TEMA CENTRAL: EL DERECHO CIVIL EN EL PERÚ. VISIÓN DE LA DOCTRINA NACIONAL Y EXTRANJERA LUEGO DE 20 AÑOS DE VIGENCIA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1984

CONTENIDO

La reedificación conceptual de la responsabilidad extracontractual objetiva.
Gastón FERNÁNDEZ CRUZ Leysser LEÓN HILARIO

Cumplimiento del tercero, oposición del deudor y derecho a la liberación. Eric PALACIOS MARTÍNEZ

Contrato inválido. Rómulo MORALES HERVIAS

Ruptura del concubinato y reparación civil. Yuri VEGA MERE

Representación sucesoria y el derecho de transmisión.
César FERNÁNDEZ ARCE

El principio de la responsabilidad patrimonial y sus limitaciones. Mirzia BIANCA

La responsabilidad del profesional. Mario ZANA

La integración del derecho de los consumidores al Código Civil. Pietro SIRENA

DERECHO PUC

MMV • N.º 58

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Presentación

El número 58 de la revista *Derecho PUC* dedica su tema central a la conmemoración de los veinte años de vigencia del Código Civil. Se trata de un aniversario no exento de valoraciones críticas, pues viene acompañado de dos décadas de historia, entre cuyos años se pueden contar los más difíciles de la República. Y, aunque esta perspectiva histórica no luzca siempre con la misma claridad en la obra civilista, resulta esencial recordar que, en la óptica de la tradición jurídica de la Europa continental (la del derecho civil), a la que se debe nuestro sistema legal, los códigos son considerados la expresión más relevante de la cultura jurídica de un país.[1]

En efecto, al margen de que la anterior observación deba ser contrastada con el peso gravitante que las Constituciones tienen —también desde un punto de vista cultural— en el mundo contemporáneo, es inevitable reconocer que los derechos patrimoniales y la compleja red de mecanismos jurídicos necesarios para su organización institucional en la sociedad tienen, en el Código Civil, su fuente más importante.

Los veinte años del Código coinciden con el proceso de crisis y violencia política desatada desde principios de la década de los ochenta. Es un período que refleja la emergencia de un cúmulo de problemas estructurales inherentes a la configuración del andamiaje institucional de la república en el siglo XIX, que, con el paso del tiempo, acentuó sus aspectos más negativos. Por ello, la debilidad de la democracia y la ausencia de referentes críticos en la cultura política y jurídica para dar respuesta a las demandas de la realidad son los rasgos que definen el horizonte social en el cual ha debido operar el Código.

El Código Civil, en su actuación, también ha compartido el escenario con las razones que buscaron, en sus distintos momentos, justificar la reforma del sistema judicial: desde su percepción como instrumento de la política económica, en los términos del neoliberalismo autoritario de la década

pasada, hasta su comprensión articulada a la democracia constitucional, en la óptica de la Comisión Especial de Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS). Y, más allá de su apariencia en el papel o en el texto de sus disposiciones, el Código Civil ha sido representado en los hechos por las decisiones judiciales del caso concreto. No puede, entonces, pasar inadvertida la articulación entre el Código y la reforma judicial, pues, si esta última es el resultado de una severa crítica a las bases culturales sobre las que se construye el sistema jurídico en su conjunto, el Código, es decir, el sentido que este adquiere en los casos concretos, forma parte de la misma realidad.

A veinte años de su entrada en vigencia, el perfil de la conmemoración del Código tampoco puede soslayar el impacto que el desarrollo de los principios constitucionales produce en el marco del ordenamiento como tal y en el seno del propio derecho civil. Esa perspectiva ha puesto en cuestión la configuración y el sentido de las normas del Título Preliminar y de los derechos de la persona en el ámbito del Código Civil, pero, desde un punto de vista más sustancial, es evidente que la construcción teórica de las instituciones civiles difícilmente puede sustraerse a la impronta argumentativa que los principios constitucionales y la interpretación tienen sobre el derecho en general.

Sin embargo, en los términos del profesor italiano Ugo Mattei, recordar estas dos décadas de vida de nuestro Código Civil debería representar también el inicio de un proceso de reflexión que aspire a lograr el nacimiento de uno nuevo, un código que sea fruto del compromiso de los propios juristas con la necesidad de ampliar los márgenes de justicia social e igualdad y de consolidar un sistema económico y político enlazado sustancialmente con los intereses ciudadanos. En este número, el profesor Matei ensaya una aguda crítica acerca de las implicancias del derecho de propiedad en el devenir histórico del país, un enfoque que busca vertebrar el sentido complejo de esta institución en su dinámica social y económica, pero también en su función política.

En el planteamiento propuesto no pasa inadvertida, sin duda, la tarea de someter a la más severa crítica la composición teórica de las instituciones del derecho civil para optimizar el ámbito de conceptualización jurídica. Este examen debe radicar su centro de gravedad en el terreno de la realidad y en los casos que la articulan en forma dinámica. En ese camino se encuentra el reto que la teoría del derecho civil debe enfrentar.

Una visión que aborda en sus distintos componentes y complejidad legal el problema de la representación sucesoria y el derecho de transmisión, es la que ofrece con su acervo y docencia el maestro César Fernández Arce. Sin duda, la conmemoración del Código Civil tiene en este tópico y gracias

a este trabajo, una contribución sistemática acerca de la posición «igualitaria de las estirpes y sus descendientes con la sucesión del causante común».

Los profesores Gastón Fernández Cruz y Leysser León Hilario desarrollan una propuesta de reconstrucción conceptual de la responsabilidad extracontractual objetiva. El trabajo provee elementos de análisis comparativo, sumamente útiles para entender el sentido que de dicha institución emerge del Código Civil. La contribución, en suma, anticipa las coordenadas esenciales para dar viabilidad a este tipo de responsabilidad en el estado de cosas creado por el impacto del desarrollo tecnológico en la vida social y económica de los tiempos actuales.

El profesor Eric Palacios Martínez, en una línea de reflexión más bien conceptual, comparte el esfuerzo de esta conmemoración con un trabajo titulado «Cumplimiento del tercero, oposición del deudor y derecho a la liberación». En el mismo sentido, el profesor Rómulo Morales desarrolla una reflexión orientada a establecer si existe compatibilidad entre las categorías jurídicas de los denominados «contrato nulo» y «contrato viciado» con las normas jurídicas que regulan las causales de nulidad y de anulabilidad. El alcance de esta contribución se extiende al caso concreto que surge, en los términos del autor, de la pregunta acerca de si es posible aplicar los conceptos de contrato nulo y de contrato viciado a los actos societarios.

En la ruta que busca confrontar la realidad y el derecho, el profesor Yuri Vega Mere se pregunta sobre las razones que operan en el imaginario jurídico oficial a propósito del problema del concubinato (o uniones de hecho). Movido entre el formalismo y los prejuicios que se enmascaran debido al primero, el tema en cuestión es uno de aquellos que suelen ser vistos con cierto desinterés por los juristas, pero que, sin duda, comprometen en su solución la viabilidad de la democracia y el Estado constitucional. Por medio de este trabajo, el profesor Vega Mere presenta un amplio panorama del problema con particular acento en la responsabilidad a que puede haber lugar una vez que se produce la ruptura de la unión de hecho.

Junto con el profesor Mattei, para el caso de los profesores extranjeros, se aúnan a la conmemoración de los veinte años de nuestro Código Civil los profesores italianos Mario Zana, Mirzia Bianca y Pietro Sirena. Del profesor Zana, actual jefe del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Pisa, se cuenta con una contribución monográfica sobre la responsabilidad profesional. Al mismo tiempo, la profesora Bianca, de la Universidad de Roma «La Sapienza», desarrolla el trabajo denominado «El principio de la responsabilidad patrimonial y sus límitaciones». Por último, el profesor Sirena, de la Universidad de Siena, presenta un ensayo en el que reflexiona sobre la conveniencia o no de la regulación de los contratos estipulados con los consumidores en el Código Civil.

En la sección interdisciplinaria, *Derecho PUC* cuenta con el aporte de diversos autores que, desde distintas áreas temáticas, complementan el presente número. El profesor de Derecho Constitucional Eloy Espinosa-Saldaña propone un artículo en el cual aborda el problema de la carrera judicial, los componentes que la definen y su regulación en el ámbito de la Constitución. La relevancia del tema abordado por el profesor Espinosa-Saldaña es central en el debate sobre la reforma institucional del sistema de justicia. En efecto, hoy no cabe duda de que la carrera judicial configura el espacio desde el cual se proveen las garantías para el ejercicio de la función jurisdiccional, en relación intensa con el papel protagónico atribuido al juez para la definición de los derechos ciudadanos en el ámbito de las democracias constitucionales.

Por su parte, Diego Zegarra Valdivia, también profesor de Derecho Administrativo del Departamento de Derecho, se ocupa sobre los principales aspectos jurídicos vinculados con la utilización del espectro radio eléctrico y la numeración en la actividad de las telecomunicaciones. Las implicancias que derivan de su carácter escaso hacen indispensable racionalizar su uso y requieren, por lo tanto, de la actuación de la administración sectorial —como advierte el profesor Zegarra— para procurar la necesaria garantía del uso eficiente de los mismos y la igualdad en su aprovechamiento.

La falta de certeza que, con mayor o menor grado, empieza a identificarse en el ámbito de las relaciones sociales y económicas del mundo contemporáneo también se observa en el derecho. Se trata de un fenómeno cuya vertiente más intensa viene asociada al impacto generado por el desarrollo científico y tecnológico. Y una de las áreas de «incidencia» que revela con mayor rigor esta característica es la propiciada por las técnicas de reproducción asistida. Juan Morales Godo, profesor de la Facultad de Derecho, incursiona en este tema y retoma la discusión sobre los tópicos centrales del mismo, en particular el problema de la consideración jurídica del embrión.

Sobre el arbitraje y la prueba anticipada en el mismo, la profesora de la Facultad de Derecho Marianella Ledesma Narváez plantea el problema relativo al supuesto de la medida cautelar en sede judicial, con el fin de asegurar algún medio de prueba para el futuro procedimiento arbitral.

El profesor Carlos Bernal Pulido, de la Universidad Externado de Colombia, acompaña la publicación del número 58 de la Revista *Derecho PUC* con un ensayo acerca de la posición de América Latina en el contexto de la globalización. La contribución del profesor Bernal, en sus propios términos, tiene como objetivo tratar el problema de la falta de igualdad en la representación política en América Latina. El análisis tiene la mira puesta en el proceso de globalización según el modelo Keynesiano-Westfaliano. El estudio aborda el déficit de representación política en la construcción del

marco de la globalización, su impacto en el disfrute inequitativo de libertades y derechos sociales; y, finalmente, el déficit de representación política que se produce debido a la emigración.

La reciente promulgación del Código Procesal Constitucional ha introducido ciertas modificaciones en el ámbito de la tutela de los derechos constitucionales. En esa dirección, el profesor de nuestra facultad Christian Donayre Montesinos se ocupa de la definición del amparo «residual» y su implicancia en la protección de los derechos laborales. También centrado en el Código Procesal Constitucional, pero desde otra perspectiva temática, el doctor Javier Aguirre Chumbimuni se pregunta acerca de la viabilidad del habeas corpus contra las resoluciones judiciales de carácter penal.

Desde el derecho penal, José Leandro Reaño, también profesor de nuestra Facultad de Derecho, ofrece, para este número, como contribución «El efecto exoneratorio por «desistimiento voluntario» de la tentativa». Por su parte, el profesor Félix Morales Luna se ocupa sobre el problema de la enseñanza del derecho y de los posibles cambios que desde la misma se reclaman.

También, en esta oportunidad, *Derecho PUC* publica un conjunto de reseñas sobre trabajos de profesores de la facultad y otros autores, aparecidos durante el último año. El número 58, finalmente, trae un apartado dedicado a la Crónica del Claustro correspondiente a los hechos institucionales del último año.

Como en otras ocasiones, esta edición es el resultado de un trabajo compartido gracias al aporte de los autores y sus obras, pero también debido a la labor del Consejo Editorial de la revista, integrado por los profesores César Delgado Barreto, Gastón Fernández Cruz y Samuel Abad Yupanqui.

El agradecimiento, como no podría ser de otra forma, también se hace extensivo a Manuela Fernández y Roxana Rodríguez-Cadilla. El aporte de ambas ha sido esencial para lograr la edición y publicación de este número.

Gorki Gonzales Mantilla
Editor general

---

[1] *Es decir, la codificación que, en su sentido más amplio, ha permitido el desarrollo organizado de las disciplinas jurídicas en el marco ideológico del liberalismo del siglo xix. Véase Tarello, Giovanni. Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto. Bolonia: Il Mulino, pp. 15-40.*

ARTÍCULOS
Tema Central:
El Derecho Civil en el Perú. Visión de la doctrina nacional y extranjera luego de 20 años de vigencia del Código Civil de 1984

La reedificación conceptual de la responsabilidad extracontractual objetiva

Gastón Fernández Cruz*
Leysser León Hilario**

1. Premisa

En la doctrina germana se ha advertido, ya desde la segunda mitad del siglo XIX, la progresiva formación de un sistema dualístico en el derecho de obligaciones (*duales Schuldrecht*), es decir, la existencia de «distintos cuerpos de reglas [el Código Civil y la legislación especial] que regulan, sobre la base de presupuestos que a veces dan la impresión de ser inconciliables, especies diversas de un mismo género de comportamientos».[1]

Sería, además, «contrario a un fundamental principio de interpretación admitir que una misma situación haya sido regulada por el legislador de modo contradictorio».[2]

Que el criterio de imputación de la responsabilidad aquiliana pueda ser el dolo o la culpa, por un lado, y el riesgo o exposición al peligro, por otro,

* Abogado graduado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y posgrado en la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en el área de magister en Derecho, con mención en Derecho Civil. Profesor principal de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor ordinario de la Universidad de Lima. Enseña la materia de Derecho Civil.

Socio principal del estudio Fernández, Portocarrero; Carpio & Torres Abogados.

** Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú desde el 2001. Profesor honorario de la Universidad Privada de Chiclayo (2004).

1 SOMMA, Alessandro. «Le tecniche di imputazione del danno extracontrattuale tra codice civile e legislazione speciale: l'esercizio di attività pericolose nel diritto tedesco». En *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, año XCIII, 1995, parte I, p. 278, Milán, quien remite, especialmente, al ensayo de VON GIERKE, Otto (1841-1921). *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* («La tarea social del derecho privado»). Berlín: Springer, 1889, pp. 12 *et passim*.

2 VENDITTI, Arnaldo. «Sull'esercizio di attività pericolose». *Giustizia civile*, 1957, parte I, p. 744.

no ya en el texto codificado y en otras leyes, respectivamente, sino de manera simultánea en el Código Civil, parece ser la plasmación entre nosotros, y a gran escala, de aquel dualismo.

Esto se debe a que, en los ordenamientos jurídicos ligados por herencia o por imitación a la tradición romano-germánica y que han hecho propia la cultura de la codificación civil, lo común ha sido que la regla legal fundamental de responsabilidad extracontractual se asiente en la culpabilidad del causante del daño; y ello, como ya se ha indicado en el comentario al artículo 1969 del Código Civil, ha obedecido al modelo circulante de los inicios de la industrialización. Por esto, refiriéndose a esta época, se ha escrito, sin incurrir en exageraciones, que «la identificación histórica entre codificación y responsabilidad subjetiva ni siquiera tiene necesidad de ser demostrada».[3]

Lo usual, entonces, ha sido que los supuestos de responsabilidad extracontractual fuera de toda imputabilidad subjetiva, o «sin culpa», reconocibles en aquellas disposiciones en las que la responsabilidad civil es «canalizada» hacia alguien legalmente predeterminado[4] muestren un aparente carácter subsidiario y sean regulados por leyes especiales. Es desacostumbrada su presencia en los códigos civiles menos recientes.

Este común modo de proceder, que no ha sido el observado por nuestros codificadores de 1984, tiene, desde luego, una explicación de carácter histórico que, por no haberse escenificado en el Perú, debe hacerse de público conocimiento, lo que en parte se ha realizado ya en el Comentario al artículo 1969 del Código Civil, poniendo el acento en el criterio de imputación «culpa».

En la misma medida, es importante ilustrar, aunque sea a grandes rasgos, la consiguiente y contemporánea evolución de los ordenamientos jurídicos de Europa y de Estados Unidos, del derecho cifrado en códigos civiles y del derecho de formación jurisprudencial, caracterizada, en ambos casos, por el declive de la culpa como fundamento exclusivo de la responsabilidad civil.

---

[3] *Castronovo, Carlo. «Responsabilità oggettiva: II) Disciplina privatistica - Diritto comparato e straniero». En Enciclopedia Giuridica Treccani. Vol. XXVII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1991, p. 1 (de la separata).*

[4] *Comporti, Marco. «Causa estranea, caso fortuito, responsabilità oggettiva». Il Foro italiano, 1985, parte I, cols. 2649-2657.*

2. Perfiles histórico-comparatísticos sobre el artículo 1970 del Código Civil peruano. Su asociación con la corriente expansiva de la responsabilidad objetiva y su encuadramiento frente a las distintas técnicas legislativas: legislación por códigos, regulación por leyes especiales, proyectos de tipo académico

Los problemas prácticos y de gran relevancia social que determinan la explosión de la llamada responsabilidad civil «objetiva» son, en su mayoría, posteriores o inmediatamente sucesivos al movimiento codificador desarrollado mundialmente durante el siglo XIX.

Al respecto, se suele sindicar a la segunda revolución industrial como el factor directo de la aparición y proliferación de nuevos daños, principalmente los sufridos por los trabajadores en el desempeño de sus labores que configuran los denominados «accidentes de trabajo», en una época en la que el sistema del seguro social todavía se encontraba en vía de implementación, daños que muchas veces, luego de ser atribuidos a la mala fortuna, quedaban sin ser resarcidos, y frente a los cuales la reacción jurídica, de la jurisprudencia y de la doctrina, plasmada en la superación de la visión de la culpa como presupuesto para la imputación del daño, no tardó en hacerse esperar.[5]

Se refiere, entonces, que el clásico principio en virtud del cual «no hay responsabilidad sin culpa» se adaptaba perfectamente a las exigencias de una sociedad como la del siglo XVIII, de intercambios económicos relativamente

---

[5] *Las referencias son de VALSECCHI, Emilio. «Responsabilità aquiliana oggettiva e caso fortuito». Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, año XLV, 1947, parte I, p. 158; TRIMARCHI, Pietro. Rischio e responsabilità oggettiva. Milán: Dott A. Giuffrè Editore, 1961, pp. 12-13; COMPORTI, Marco. Esposizione al pericolo e responsabilità civile. Nápoles: Morano Editore, 1965, p. 18; TUCCI, Giuseppe. «La responsabilità civile - Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva». En Michel Spinelli (dir.). Responsabilità civile - Corso di diritto civile, per problemi e casi, svolto nella Facoltà di Giurisprudenza dell Università di Bari. Vol. I. Bari: Editrice Adriatica, s.f. [pero de 1974], p. 14 (nota 10); SCHWARTZ, Gary T. «Tort law and the economy in nineteenth-century America: A reinterpretation» (1981). En Saul Levmore (ed.). Foundations of tort Law. Londres, Nueva York: Oxford University Press, 1994, p. 81 y ss.; LANDES, William L. y Richard POSNER. The economic structure of tort law. Cambridge (Massachusetts). Londres: Harvard University Press, 1987, p. 308 y ss.; VINEY, Geneviève. Introduction à la responsabilité. 2.ª ed. En Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudente (L. G. D. J.), 1995, p. 83; ZWEIGERT, Konrad y Hein KÖTZ. Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem gebiete des Privatrechts (3.ª ed., 1996). Traducción inglesa de Tony Weir. Introduction to comparative law. 3.ª ed. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 648; GRYNBAUM, Luc. «Responsabilité du fait des choses inanimées». En Encyclopèdie Dalloz, Répertoire de droit civil. T. IX. París: Dalloz, 2004, p. 7 (de la separata); entre otros.*

modestos y carente de un despliegue técnico apreciable,[6] en el que las principales fuentes de peligro continuaban siendo representadas por los animales o por los objetos caídos de las casas. En una sociedad no industrializada, en la que los hombres convivían con los animales, los mayores riesgos, aun los citadinos, estaban representados por el no ser mordido por un cerdo del corral de un vecino o no ser arrollado por una carroza jalada por caballos. El criterio jurídico de imputación por culpa era, ciertamente, el «adecuado para regular el problema de la responsabilidad civil de las escasas hipótesis de daño de sociedades no industrializadas ni mecanizadas: además, la regla jurídica se confundía con la regla moral que indicaba la conveniencia de basar la responsabilidad en una evaluación del comportamiento subjetivo del agente».

En cambio, con la revolución industrial,

> con el nacimiento de nuevas y poderosas fuentes de peligro (piénsese en el vapor, la energía eléctrica, la energía atómica, los descubrimientos de la química, el empleo a gran escala de sustancias inflamables, explosivas, contaminantes, etc.), con el uso de máquinas complejas y riesgosas, se multiplican con extraordinaria rapidez los accidentes y los daños, que se presentan, no ya como efecto de una «culpa humana» sino como la consecuencia, a menudo inevitable, de las nuevas técnicas introducidas en el sistema industrial.[7]

De tal forma,

> los ecos de la idea que ponía en el centro de la oleada codificadora de inicios del siglo XIX al sujeto de derecho, señor absoluto de su propio destino, en tanto y en cuanto patrón de su propia ciencia y voluntad, se atenúan gradualmente, y con ellos, por reflejo, la derivada idea de que sólo el criterio de la culpa es congruente para evaluar su responsabilidad en el plano jurídico, en términos análogos a la responsabilidad moral.[8]

Curiosamente, sin embargo, el sistema de responsabilidad de las legislaciones más remotas pareciera haber sido de carácter «objetivo». Tan es así que, en un primer momento, habría sido la responsabilidad subjetiva, más bien, la que representó «un progreso inmenso, una victoria definitiva del pensamiento y

---

6 *Rodotà, Stefano. Il problema della responsabilità civile. Milán: Dott A. Giuffrè Editore, 1964, p. 20.*

7 *Comporti, Marco. «Responsabilità per esercizio di attività pericolose». En Fondamento e funzione della responsabilità civile. Actas del seminario dirigido por Vincenzo Buonocore y Ugo Majello. Nápoles: Cooperativa Editrice Economia e Commercio, 1975, pp. 73-74.*

8 *Castronovo, Carlo. La nuova responsabilità civile. 2.ª ed. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1997, p. 34.*

de la justicia sobre el materialismo y la brutalidad de épocas pretéritas».[9] Más de un autor llega a considerar innegable que, en su momento, la culpa representó «una mayor garantía para el ciudadano y, por lo tanto, uno de los tantos pasajes hacia la afirmación del estado de derecho».[10]

A ello han respondido otros que «la referencia a la culpa, como presupuesto indefectible y elemento esencial de la responsabilidad constituye más bien un mito, e igual de prejuiciosas son las razones de orden moralista o lógico que se aducen en su sostén, como las sugestiones de la experiencia histórica»;[11] que son «fruto de una manifiesta falsificación de la experiencia histórica, según un ideal apriorísticamente asumido, la afirmación de que el progreso del derecho se desarrolla siguiendo la línea obligada de la relevancia de la culpa»;[12] que la crisis de la culpa

> como único y exclusivo criterio de imputación de las *fattispecie* de responsabilidad no es un síntoma de regresión del ordenamiento a regímenes normativos superados; ella constituye, más bien, la prueba evidente de la evolución del pensamiento jurídico, en simultáneo con la transformación de los intereses económico-sociales que se ha vuelto necesario proteger;[13]

y, en fin, que la atenuación del elemento de la diligencia «no se ha debido, primariamente, al régimen de la responsabilidad civil, sino a la difusión de los seguros, que nadie […] propondría abolir».[14]

Y hoy existe hasta un sector del análisis económico del derecho, hace algún tiempo afirmado en nuestro medio, que llega a predicar que la responsabilidad por culpa constituye una fuente de externalidades negativas o, peor aún, que se verifica una verdadera «irracionalidad del sistema, porque no permite internalizar de manera íntegra los costos ligados con determinadas actividades».[15] La responsabilidad objetiva sería más eficiente

---

9 JOSSERAND, Louis. *Della responsabilité du fait des choses inanimées. París: Arthur Rousseau éditeur, 1897, p. 128.*

10 FORCHIELLI, Paolo. *«Responsabilità oggettiva I) Disciplina privatistica». En Enciclopedia Giuridica Treccani. Vol. XXVII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1991, p. 2 (de la separata).*

11 SCOGNAMIGLIO, Renato. *«Responsabilità civile». En Scritti giuridici. Vol. I: «Scritti di diritto civile». Padua: Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 1996, p. 325.*

12 *Ib., p. 326.*

13 COMPORTI, Marco. *Esposizione al pericolo e responsabilità civile. Op. cit., pp. 10-11.*

14 TRIMARCHI, Pietro. *«Relazione di sintesi». En «Actas del seminario "Il ruolo della colpa nell attuale sistema della responsabilità civile"», publicadas en Responsabilità civile e previdenza, vol. XLII, 1977, p. 766.*

15 *La referencia es de* GALLO, *Paolo. Introduzione al diritto comparato. Vol. III: «Analisi economica del diritto». Turín: G. Giappichelli Editore, 1998, p. 82.*

que la responsabilidad «por culpa», entonces, atendiendo a que propicia un correcto análisis costo-beneficio por parte del agente de los daños y una consiguiente reducción de las actividades a su nivel óptimo.[16]

Empero, lo «superficial» de la creencia de que la responsabilidad objetiva induciría, de por sí, a los causantes de daños potenciales a ser más cuidadosos, en comparación con lo que ocurriría bajo un régimen basado en la culpabIlidad (*negligence standard*), ha sido puesta en evidencia, rotundamente, al interior del propio movimiento de *law and economics*.[17]

Con todo, y como señalábamos en el punto 1 de este comentario, el Código Civil peruano se ha apartado del camino ordinario descrito y ha consagrado, inmediatamente después de la cláusula normativa general de responsabilidad extracontractual por culpa, una cláusula de responsabilidad en la que la culpabilidad, así de simple, no aparece, una cláusula que es aplicable a los daños cometidos por la realización de actividades riesgosas o peligrosas o —incoherentemente, como veremos— por medio de bienes riesgosos o peligrosos.

En nuestro ordenamiento jurídico no faltan, sin embargo, remisiones de la legislación especial a la cláusula normativa general de responsabilidad «objetiva».

La Ley General de Residuos Sólidos (ley 27314), por ejemplo, establece en su artículo 23, subtitulado «responsabilidad por residuos sólidos peligrosos frente a daños», primer párrafo, que «el que causa un daño durante el manejo de residuos sólidos peligrosos está obligado a repararlo, de conformidad con el artículo 1970º del Código Civil».

En la misma disposición, sin embargo, se señala que el «generador» de los residuos sólidos «será considerado responsable», en cambio, «cuando se demuestre que su negligencia o dolo contribuyó a la generación del daño. Esta responsabilidad se extiende durante la operación de todo el sistema de manejo de los residuos sólidos peligrosos hasta por un plazo de veinte años, contados a partir de la disposición final».

Esta última disposición, entonces, reserva todavía un espacio a la responsabilidad por culpa en campo tan actual, trascendente y problemático como la generación (producción) de residuos sólidos, definidos como «aquellas sustancias, productos o subproductos en estado sólido o semisólido de los que su generador dispone, o está obligado a disponer, en virtud de lo

---

16 *Ib., p. 83.*

17 *LANDES, William L. y Richard POSNER. Op. cit., p. 64. BROWN, John Prather. «Economic theory of liability rules». En Peter Newman (ed.). The new Palgrave dictionary of economics and the law. Vol. II. Londres, Nueva York: MacMillan y Stockon Press, 1998, p. 19.*

establecido en la normatividad nacional o de los riesgos que causan a la salud y el ambiente» (art. 14, ley 27314). A la vez, se crea una relevante excepción a la prescripción ordinaria de la «acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual», que únicamente es de dos años (art. 1998 del Código Civil).

Es de destacar, por último, que la decisión adoptada en el Código Civil peruano de consagrar una cláusula general de responsabilidad objetiva hace eco de la doctrina, conocida o no, que tenía años sugiriendo la codificación de una regla de responsabilidad ajena a la culpa.

Puede recordarse, en tal sentido, que, a inicios del decenio 1980-1990, en el seno de una comisión ministerial donde se debatía la reforma del derecho de obligaciones alemán, se propuso, aunque infructuosamente, como solución a la dispersión legislativa reinante, la incorporación al *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) de una cláusula normativa general de responsabilidad objetiva, relativa, ni más ni menos, al ejercicio de actividades peligrosas.[18]

Un proyecto similar figuraba en los trabajos preparatorios de la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones alemán (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*) de noviembre de 2001,[19] pero tuvo el mismo resultado negativo.

Por ello, en Alemania, aquel «*duales Schuldrecht*» del que hablábamos al inicio de este comentario debe ser hoy percibido y ubicado entre el Código Civil, que continúa anclado en el dolo y la culpa como criterios de imputación, y una vastísima gama de leyes especiales que regulan la responsabilidad por actividades consideradas peligrosas (por ejemplo: transporte ferroviario; conducción, transmisión o distribución de gas, vapores o líquidos; circulación de vehículos; circulación de aeronaves; empleo pacífico de la energía nuclear; actividad minera; producción de medicinas; circulación de productos defectuosos; etc.).[20]

No menos interesante es apreciar que en los *Principles of European Tort Law* (2005), elaborados por el European Group on Tort Law, que reúne a estudiosos de distintos países del viejo continente, la norma fundamental (*basic norm*) que se propone indica tanto la responsabilidad por culpa cuanto la responsabilidad por actividades peligrosas: «Art. 1:101. (1) Aquel a quien

---

[18] *La referencia es de* SOMMA, *Alessandro. «Le tecniche di imputazione del danno extracontrattuale tra codice civile e legislazione speciale». Op. cit., pp. 280, 292-293.*

[19] *La referencia es de* FEDKE, *Jörg y Ulrich* MAGNUS. *«German report». En Bernhard A. Koch y Helmut Koziol (eds.). Unification of tort law: Strict liability. A su vez en* EUROPEAN CENTRE OF TORT AND INSURANCE LAW. *Principles of European tort law. Vol.* VI. *La Haya, Londres, Nueva York: Kluwer Law Internacional, 2002, p. 172.*

[20] *Según el elenco de* ZWEIGERT, *Konrad y Hein* KÖTZ. *Op. cit., p. 653 y ss.*

se pueda imputar jurídicamente un daño está obligado a repararlo. (2) En particular, el daño puede imputarse a la persona (*a*) cuya conducta culposa lo haya causado; o (*b*) cuya actividad anormalmente peligrosa lo haya causado; o (*c*) cuyo auxiliar lo haya causado en el ejercicio de sus funciones». Luego se precisa que «uno es responsable sobre la base de la culpa por la violación dolosa o negligente del estándar de conducta exigible» (art. 4: 101), mientras que «aquel que realiza una actividad anormalmente peligrosa responde *objetivamente* por el daño característico del riesgo que tal actividad conlleva y que resulta de ésta» (art. 5: 101-1). Y no se deja de señalar que «las leyes nacionales pueden establecer otros supuestos de responsabilidad objetiva por la práctica de actividades peligrosas, aun cuando dichas actividades no sean anormalmente peligrosas» (art. 5: 102-1).

3. Precisiones conceptuales sobre la responsabilidad civil objetiva. Los aspectos probatorios de esta responsabilidad frente a la responsabilidad subjetiva

Para un vasto sector de la doctrina comparada actual, tan general cuanto errónea es la apriorística asimilación del artículo 1970 a la expresión «responsabilidad objetiva» o con lo que se cree, corrientemente, que es la responsabilidad civil objetiva.

Y si se tiene en cuenta que el empleo de la expresión indicada es «síntoma inequívoco de una profunda transformación que se vive en el sistema de la responsabilidad civil»,[21] parece ser incuestionable la necesidad de clarificar su significado.

Se dice así que por responsabilidad «objetiva» hay que entender, en principio, la pura responsabilidad «sin culpa» o, como prefiere señalar un autor, la «imputabilidad sin culpa».[22]

La responsabilidad «objetiva» sería, pues, una «fórmula descriptiva de una serie de hipótesis en las cuales la imputación no se funda (cuando menos directamente) en la culpabilidad del comportamiento dañoso»;[23] una «etiqueta» (sic) que agrupa un conjunto de supuestos en los cuales la responsabilidad «se funda en circunstancias objetivas, y no en un juicio que

---

[21] *Forchielli, Paolo. «Intorno alla responsabilità senza colpa». Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, año xxi, 1967, p. 1378; Id. «Responsabilità oggettiva I) Disciplina privatistica». En Enciclopedia Giuridica Treccani. Op. cit., p. 1.*

[22] *Barbero, Domenico. Sistema istituzionale del diritto privato italiano. 5.ª ed. T. ii. Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET), 1962, p. 809.*

[23] *Salvi, Cesare. «Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente)». En Enciclopedia del Diritto. Vol. xxxix. Milán: Dott A. Giuffrè Editore, 1988, p. 1221.*

implique un reproche, en términos de imputación a un sujeto de negligencia (culpa) o, peor aun, de la voluntad de causar daño (dolo).[24]

Respecto de la experiencia en los países del *common law* se requiere añadir una precisión: en ellos se utiliza la expresión «*strict liability*», pero esta abarca no solo la responsabilidad que se impone por la inobservancia de deberes de cuidado (*breach of duty to excercise reasonable care*) y, más en general, la responsabilidad sin culpa (*liability without fault*), sino también aquella que deriva del atentado contra intereses legalmente protegidos cuando no se cuenta con una justificación jurídica para hacerlo.[25]

Lo correcto, se dice entonces, sería identificar como «responsabilidad objetiva», básicamente, la situación en la que alguien, señalado por la ley y ante la verificación de un presupuesto normativo, tiene que responder, sin más, frente al damnificado.

«Objetiva», desde este punto de vista, sería, por ejemplo, la responsabilidad del empleador por el hecho del dependiente (art. 1978 de nuestro Código Civil), donde, como puede apreciarse, la imposición del deber de resarcimiento al patrón no obedece a ningún aspecto subjetivo, sino a las recíprocas posiciones de mando y subordinación del principal y de su trabajador.

El empleador, en efecto, no puede eximirse de responsabilidad con la prueba de estar libre de culpa, es decir, de haber utilizado la diligencia debida en la elección y supervisión de su dependiente[26] ni alegando, por ejemplo, el caso fortuito. En Francia, en aplicación del concepto de «garantía», se afirmará que esta *fattispecie* de responsabilidad se apoya en dos ideas, a saber: que el empleado o subordinado «no tendría los medios necesarios para resarcir a la víctima de manera satisfactoria, de manera que tiene necesidad de un garante»; y que el patrón, por tener la dirección, y por hacer propios los beneficios y riesgos de la empresa en ocasión de la cual se ha cometido el daño, se presenta como garante natural frente al damnificado,[27] lo cual puede ser extendido a la responsabilidad del propietario por el

---

[24] *VISINTINI, Giovanna. Trattato breve della responsabilità civile. Padua: Cedam, 1996, p. 647.*

[25] *PROSSER, William L. y W. Page KEETON (eds). On the law of torts. 5.ª ed. St. Paul (Minn.): West Publishing Co., 1984, p. 534.*

[26] *CORSARO, Luigi. «Responsabilità civile I) Diritto civile». En Enciclopedia Giuridica Treccani. Vol. XXVI. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1991, p. 21 (de la separata); TRIMARCHI, Pietro. Istituzioni di diritto privato. 9.ª ed. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1991, p. 151.*

[27] *SAVATIER, René. «La responsabilità da delitto nel diritto francese en el progetto italo-francese di un codice delle obbligazioni». Traducción italiana de Roberto Ago. Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi, vol. IV-V, 1930, parte I, p. 293; CARBONNIER, Jean. Droit civil. T. IV: Les obligations. 11.ª ed. París: Presses Universitaires de France, 1982, p. 411.*

hecho de los animales y a la responsabilidad del propietario por la ruina del edificio, en donde, de un esquema pensado en presunciones (relativas o absolutas) de culpa, se evoluciona, por exigencias equitativas, al argumento de la necesidad de «garantizar el resarcimiento al damnificado, atribuyendo el daño a quien obtiene provechos de la actividad en el curso de la cual aquél se ha verificado».[28]

Solo que, tradicionalmente, la calificación de la responsabilidad civil como «subjetiva» u «objetiva» ha estado conceptualmente ligada con los aspectos probatorios.

Así, desde esta última perspectiva, que para algunos es la real generadora de confusión, se considera que sería «objetiva» aquella responsabilidad de la que el imputado puede librarse únicamente con la demostración, en sentido positivo, de que los daños han sido provocados por un «factor causal autónomo»: por una circunstancia inevitable o irresistible, el caso fortuito o fuerza mayor; por el hecho determinante de un tercero; o por el hecho de la propia víctima. «Subjetiva», en cambio, sería la responsabilidad que recae sobre alguien como puro correlato de la prueba de una conducta negligente o dolosa por su parte.

Bien vistas las cosas, la explicación anterior resulta insatisfactoria en materia de responsabilidad por inejecución de obligaciones, como insatisfactoria —prima facie— resultará la explicación si la problemática de diferenciación de estos dos tipos de responsabilidad pudiera reducirse al simple recurso de la inversión de la carga de la prueba. Y es que si la diferenciación entre responsabilidad subjetiva u objetiva « se redujera a una proclamada inversión de la carga de la prueba, no habría razón para entender por qué se debe abandonar el principio de la culpa, que, en lo sustancial, permanecería como único fundamento del deber de resarcimiento».[29]

De un lado, una tradicional y respetable corriente de opinión hace ver, en efecto, que la prueba del caso fortuito y circunstancias similares no es otra cosa que la demostración de la ausencia de culpabilidad: se echa mano, así, a la noción subjetivista del «caso fortuito»[30] o bien se establece, con terminología derivada del derecho de obligaciones francés, una automática sinonimia entre el «caso fortuito» y la «causa no imputable».[31]

---

[28] *TRIMARCHI, Pietro. Rischio e responsabilità oggettiva. Op. cit., p. 12.*

[29] *SCOGNAMIGLIO, Renato. «Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva». En Scritti giuridici. Vol. I: «Scritti di Diritto Civile». Padua: CEDAM, 1996, p. 410.*

[30] *FORCHIELLI, Paolo. «Intorno alla responsabilità senza colpa». Op. cit., p. 1394; entre otros.*

[31] *VENDITTI, Arnaldo. «Sull□esercizio di attività pericolose». Op. cit., p. 746; NATOLI, Ugo. «Considerazioni finali». En «Actas del seminario "Il ruolo della colpa nell□attuale sistema della responsabilità civile"», publicadas en Responsabilità civile e previdenza. Vol. XLII, 1977, p. 769.*

La prueba del caso fortuito consistiría, por consiguiente, en la demostración de que el daño se ha debido a un evento que no podía ser previsto o evitado con la diligencia debida.[32]

En esta línea de pensamiento, donde hay una presunción que es superable a través de la prueba del caso fortuito, la doctrina hace referencia, en todo caso, a una responsabilidad «agravada», pero que en ningún momento deja de ser «subjetiva»,[33] o bien de una responsabilidad «semiobjetiva»,[34] o de una responsabilidad «objetiva intermedia».[35]

De otro lado, hay quien llega a afirmar que, cuando se dice que la responsabilidad objetiva existe, en todas las hipótesis en que la ley admite la prueba del caso fortuito se comete, además, el error garrafal de olvidar que lo propio de la responsabilidad objetiva es la prescindencia de todo eximente,[36] de donde es válido concluir que, para algunos, responsabilidad objetiva es sinónimo de responsabilidad por la mera causalidad; de esta forma, los únicos casos de responsabilidad objetiva serían «aquéllos en los cuales ni siquiera el caso fortuito o la fuerza mayor son admisibles para librar al imputado del resarcimiento que se le impone».[37]

Dentro del elenco de tesis extremas, no ha faltado alguna que pretende emancipar la responsabilidad objetiva inclusive del análisis del elemento causal, la cual no debe descartarse de plano (aun cuando no se la comparta), mucho menos en un campo tan propenso a padecer la influencia de los cambios sociales como es la responsabilidad civil.

Según esta última tesis, considerar que las hipótesis de responsabilidad «objetiva» demandan la verificación de la relación causal, tal cual ocurre con las de responsabilidad «subjetiva», significa

---

32 *BIANCA, Cesare Massimo. Diritto civile. T. V: La responsabilità. Milán: Dott A. Giuffrè Editore, 1994, pp. 689, 710; TORRENTE, Andrea y Piero SCHLESINGER. Manuale di diritto privato. 14.ª ed. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1995, p. 629.*

33 *VENDITTI, Arnaldo. «Del fondamento della responsabilità per danni da cose in custodia». Giustizia civile, 1956, parte I, p. 880; BIANCA, Cesare Massimo. Diritto civile. Op. cit., p. 686; TORRENTE, Andrea y Piero SCHLESINGER. Op. cit., p. 635 y ss.*

34 *BIGLIAZZI-GERI, Lina, Umberto BRECCIA, Francesco Donato BUSNELLI y Ugo NATOLI. Diritto civile. Vol. III: Obbligazioni e contratti. Turín: UTET, 1989, pp. 753 y 759; BUSNELLI, Francesco Donato y Giovanni COMANDÉ. «Italian report». En Bernhard A. Koch y Helmut Koziol (eds.). Op. cit., p. 212.*

35 *VISINTINI, Giovanna. Trattato breve della responsabilità civile. Op. cit., p. 695.*

36 *BIANCA, Cesare Massimo. «La colpa come elemento costitutivo della fattispecie dell illecito». Roma e america. Diritto romano comune, n.º 3, 1997, p. 204.*

37 *LEÓN, Leysser L. «La responsabilidad extracontractual (Apuntes para una introducción al estudio del modelo jurídico peruano)». En La responsabilidad civil - Líneas fundamentales y nuevas perspectivas. Trujillo: Editora Normas Legales, 2004, p. 28.*

> proponer un requisito que, o es superfluo, porque se limita a repetir los resultados a los cuales se arriba con el mero recurso a los criterios de responsabilidad, o es equívoco, si se revelara susceptible de conducir a resultados diferentes. […] [A] diferencia de la responsabilidad subjetiva, donde la culpa y el dolo son criterios de calificación del nexo causal, de modo que la presencia de este último se establece en el caso concreto, en la responsabilidad objetiva el juicio es puramente tipológico, y consiste en la decisión sobre si el hecho producido pertenece o no a la serie de aquellos hechos que el criterio de imputación adscribe a cierta esfera subjetiva por su simple acaecimiento. Esto significa que en la responsabilidad objetiva no puede plantearse un problema de relación de causalidad, porque éste ya ha sido resuelto previamente, en la descripción de la *fattispecie*; por lo tanto, la presencia de los elementos de ésta en el caso concreto es suficiente para efectos del juicio de responsabilidad.[38]

Estas afirmaciones son solo parcialmente correctas: las dudas surgen, en nuestra opinión, al calificar los problemas de imputabilidad (criterios de imputación) como problemas de casualidad (de allí la inveterada costumbre de la doctrina italiana de afirmar dos tipos de causalidad: la material y la jurídica). Lo cierto es que el problema de la causalidad es siempre material y necesariamente se resuelve en forma previa a la utilización de los criterios de imputación. Con la causalidad se identifica al causante del daño; con la imputabilidad, al responsable. Y esto es así sin perjuicio de que, al finalizar el análisis de imputabilidad, la comprobación de su distribución (por ejemplo, si se concluye en una identificación de culpas, tanto en el agente como en la propia víctima) tenga incidencia en la valoración previa hecha de la relación causal, lo que se explica en el hecho de que el fenómeno de responsabilidad es único y solo admite un estudio «por partes» con fines didácticos. Lo mismo sucede, por ejemplo, cuando se analizan, en la etapa de «análisis material» del fenómeno de responsabilidad, los requisitos del daño resarcible y, concretamente, el requisito de la certeza: el plano fáctico de la certeza se analiza dentro del propio elemento «daño», pero el plano lógico de la certeza solo se comprueba en el análisis de la relación causal.

En esta línea de pensamiento, en el Perú, De Trazegnies, refiriéndose al artículo 1972 del Código Civil peruano, afirma que, pese a la referencia expresa que hace este artículo del artículo 1970 (responsabilidad por riesgo),

> es sólo después de haber establecido la vinculación entre el demandado y el daño que nos preguntamos por los factores de atribución; se aplicará el artículo 1969 (que lleva a discutir sobre la culpabilidad o no culpabilidad de esa persona ya

[38] *Castronovo, Carlo. «Responsabilità oggettiva: II) Disciplina privatistica - Diritto comparato e straniero». Op. cit., p. 12.*

> determinada como causante) o se aplicará el artículo 1970º (que le atribuye responsabilidad por el solo hecho de ser el causante). Pero en los dos casos posibles de atribución (culpa o riesgo), existe una relación de causalidad, previa en el análisis y subyacente en ambos tipos de responsabilidad.[39]

Lo cuestionable en esta cita es solo la confusión entre responsabilidad objetiva (o por riesgo) con responsabilidad por la mera causalidad (que corresponde a la denominada «responsabilidad objetiva absoluta» no acogida en el Código Civil peruano), pues, si estos conceptos fueran sinónimos, resultaría enteramente cierto, en nuestra opinión, que sería superfluo o reiterativo separar los planos de causalidad e imputabilidad y considerar que las hipótesis de responsabilidad objetiva demandan la verificación previa de la relación causal.

La misma objeción parecería caber en los supuestos en que se acoja la denominada «responsabilidad objetiva relativa», que admite la exclusión de responsabilidad probando una causa no imputable: ¿para qué decir que en la responsabilidad objetiva siempre se responde, a no ser que se pruebe el caso fortuito u otro supuesto de causa no imputable, si este asunto ya fue resuelto previamente? La explicación en el *civil law* clásico de lo que sucede es sencilla: cualquier criterio de imputación no es sino un «justificativo» teórico del traspaso del peso económico del daño que sufre la víctima hacia una esfera ajena, por lo que persigue explicar, con criterios de justicia, el porqué alguien debe soportar el coste económico del daño sin que esta decisión pueda calificarse de arbitraria. En la llamada «responsabilidad objetiva por hecho propio», el causante del daño será calificado también como «responsable» en la medida que reconozcamos que la actividad desarrollada por aquel justifica que se responda por los daños causados, puesto que, por ejemplo, para la obtención de un beneficio, se generaron riesgos adicionales al simple hecho de vivir (riesgo-creado; riesgo-beneficio) que expusieron al peligro a todos aquellos integrantes de la sociedad que vieron conectadas sus esferas jurídicas con la actividad desarrollada por el agente (ver *infra*, numeral 6); por ello, si dicha exposición al peligro no le es causalmente atribuida a este, por la existencia de una fractura causal, resulta también «justo» que no se responda, por no ser el causante del daño. De aquí el reconocimiento del límite de la responsabilidad objetiva en la causa no imputable.

Si este razonamiento retrata una contradicción o, en el mejor de los casos, una reiteración innecesaria, que representa una aproximación «intuitiva» a

---

[39] *Trazegnies, Fernando de. La responsabilidad extracontractual (arts. 1969-1988). T. I. Serie Biblioteca para leer el Código Civil, vol. IV. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, p. 300.*

un problema irresoluto en la teoría clásica del *civil law,*[40] bien cabría admitirlo en la literatura jurídica contemporánea, principalmente a partir de los aportes de Calabresi y su teoría del análisis de las capacidades de prevención, de donde se concluye que el costo del daño debe gravar a aquel sujeto de la relación que está en grado de soportarlo del modo más económico posible.

Lo cierto, sin embargo, a esta altura del discurso, es que —en nuestro concepto y dentro del Código Civil peruano— nunca puede reducirse la responsabilidad objetiva a responsabilidad por la mera causalidad; para arribar a esta conclusión, debe bastar el análisis de los supuestos de responsabilidad objetiva por hecho ajeno, en donde claramente se puede hallar un responsable que no sea causante del daño.

La doctrina del *civil law* anterior a la influencia y aportes del análisis económico del derecho trató decididamente de ordenar los conceptos sobre la base de la reserva propia del ámbito de la diligencia y su contravención al área de aplicación de la cláusula general por culpa; de esta forma, ascendió casi a la categoría de «dogma» la definición de la culpa como concepto antitético al de diligencia.

Así, se afirmó que el sistema de responsabilidad subjetiva debe contener no solo aquellas hipótesis en que la culpa funge de criterio de imputación en forma expresa, sino también aquellas en las cuales el eximente de responsabilidad está dado por la ausencia de culpa, entendida como inevitabilidad del hecho.[41]

A su vez, se indicó que los supuestos de responsabilidad en los cuales el límite esté representado por el caso fortuito, entendido como «causa extraña del todo inevitable», serán *fattispecie* de responsabilidad objetiva, porque «lo inevitable del caso fortuito no se mide con el criterio normal de la diligencia […], sino que es apreciado con un criterio que apunta hacia un absolutismo más rígido».[42]

De esta manera, los supuestos de responsabilidad que tienen como límite el caso fortuito serían supuestos de responsabilidad «objetiva» porque lo inevitable del caso fortuito no se evalúa ni mide con criterios de diligencia, sino con criterios absolutos.[43] La diferencia entre la prueba liberatoria basada en la ausencia de culpa y la prueba liberatoria basada en el caso fortuito radicaría en que la primera

---

[40] *Castronovo, Carlo. La nuova responsabilità civile. Op. cit., pp. 71-77.*

[41] *Comporti, Marco. Esposizione al pericolo e responsabilità civile. Op. cit., pp. 59 y 89.*

[42] *Ib., pp. 83 y 89.*

[43] *Comporti, Marco. «Causa estranea, caso fortuito, responsabilità oggettiva». Op. cit., col. 2654.*

> atañe a la evaluación de la conducta del sujeto-presunto responsable, según el criterio de la diligencia; la segunda, en cambio, no concierne a la evaluación del comportamiento del sujeto, sino que se refiere, exclusivamente a la demostración de que el daño ha sido producido por un caso fortuito, es decir, por una causa extraña del todo inevitable, a tal punto que resultaría absolutamente irrelevante brindar la prueba de la normal diligencia, es decir, de la ausencia de culpa del sujeto considerado.[44]

Y puesto que «cuando las pruebas liberatorias se refieren al caso fortuito ellas no tienen que ver, para nada, con la culpa del presunto responsable, ni en el hecho constitutivo, ni en el hecho impeditivo, dichos supuestos se comprenden en el sistema de responsabilidad objetiva».[45]

Por esto y, como antes se ha hecho ya referencia, en lo que respecta a la posibilidad de liberación de la responsabilidad objetiva por causa no imputable, se ha clasificado a esta en (a) «relativa», cuando el límite aplicable es el caso fortuito o fuerza mayor; y (b) «absoluta», cuando la imputación al agente procede aunque el daño sea suscitado por caso fortuito o fuerza mayor,[46] hipótesis esta última aplicable fundamentalmente a los supuestos de «ultrarriesgo».

Lo oportuno de separar entonces la naturaleza «objetiva» o «subjetiva» de la responsabilidad de las cuestiones relativas a la prueba salta a la vista si se echa una mirada al tratamiento que al respecto ha brindado el articulado del Código Civil peruano.

En el artículo 1969, se establece que la responsabilidad extracontractual está basada en el dolo o la culpa, pero la ausencia de estos tiene que ser probada por el agente y no por el damnificado, como sí ocurre, coherentemente, en los países jurídicamente cercanos al nuestro.

Este solo dato haría legítimo poner en duda lo «subjetivo» de la cláusula normativa general contenida en la disposición citada, que aproxima la responsabilidad subjetiva a una responsabilidad semiobjetiva, contraviniéndose el principio de que «en la responsabilidad subjetiva, la víctima no puede obtener reparación si no es aportando la prueba de la culpa».[47]

---

44 *COMPORTI, Marco. «Fatti illeciti: Le responsabilità presunte». En Il Codice civile - Commentario fondato da Piero Schlesinger, diretto da Francesco D. Busnelli. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 2002, p. 156. En el mismo sentido, parecería estar orientado VALSECCHI, Emilio. Op. cit., p. 176-177.*

45 *COMPORTI, Marco. «Fatti illeciti: Le responsabilità presunte». Op. cit., p. 156.*

46 *MAIORCA, Carlo. «Colpa civile (teoria generale)». En Enciclopedia del Diritto. Vol. VII. Milán: Dott A. Giuffrè Editore, 1960, p. 552. Se adhiere a esta clasificación, COMPORTI, Marco. Esposizione al pericolo e responsabilità civile. Op. cit., p. 89.*

47 *CARBONNIER, Jean. Op. cit., p. 342.*

Hoy por hoy, sin embargo, la antinomia «diligencia/culpa» ha debido ser repensada, fundamentalmente a partir de los aportes del análisis económico del derecho, y se ha reconocido que la diligencia —bajo los deberes de cuidado o prevención— orienta y llena de contenido la aplicación de las cláusulas generales interpretativas de responsabilidad subjetiva y objetiva, siendo «un error establecer una dicotomía entre la negligencia y la responsabilidad estricta».[48]

4. La terminología del Código Civil y los orígenes del artículo 1970. La fusión de la responsabilidad por «hecho de las cosas» del Código Civil francés y la responsabilidad «por actividades peligrosas» del Código Civil italiano. ¿Por qué es «objetiva» la responsabilidad por riesgo o exposición al peligro?

La correcta comprensión del contenido del artículo que se comenta requiere, como mínimo, la clarificación, en términos jurídicos, de los conceptos de «actividad riesgosa o peligrosa» y de «bien riesgoso o peligroso».

Para cumplir tal objetivo es útil desentrañar los orígenes de esta disposición.

Debe señalarse, entonces, que, en el artículo 1970 del Código Civil peruano, parecieran refundirse dos regímenes jurídicos que, en los textos legislativos que nos han servido de modelo, se distinguen convenientemente: la responsabilidad por ejercicio de actividades peligrosas del Código Civil italiano y la responsabilidad por hecho de las cosas, también presente en este último pero original del Código Civil francés.

En primer lugar, es manifiesta la influencia del artículo 2050 del Código Civil italiano, subtitulado «responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas», en la que se establece que «aquel que ocasiona un daño a otro en el desenvolvimiento de una *actividad peligrosa*, por su naturaleza o por la naturaleza de los medios adoptados, queda obligado al resarcimiento, a no ser que pruebe haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño».

En relación con este artículo, novedad introducida en el *civil law* por la codificación italiana, se refiere que constituye «una generalización de *fattispecie* típicas de responsabilidad que habían sido consagradas en la legislación especial (especialmente, en la relativa a la circulación vehicular), para hacer

[48] *Posner, Richard. El análisis económico del derecho (1992). Traducción del inglés por Eduardo Suárez. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 172.*

frente a las actividades peligrosas no asimilables a las figuras tradicionales del daño mediante cosas o animales».[49]

Las actividades peligrosas podían regularse, entonces, de dos maneras: «o se las prohibía, con la previsión de un sistema de control para los infractores y, de ser el caso, con sanciones penales; o se las admitía, como al final se hizo, bajo la condición de que los damnificados puedan ser resarcidos con mayor facilidad».[50]

De otro lado, se ha señalado que el ordenamiento jurídico, frente al ejercicio de una actividad peligrosa, puede

> prohibir el ejercicio de la actividad, por considerar intolerables los riesgos a los que quedarían expuestos los demás miembros de la sociedad, en proporción a las ventajas que el desarrollo de la actividad y sus resultados útiles pueden aportar a éstos (en el sentido de reflejo colectivo de una utilidad individual, atendiendo a la difusión del ejercicio de la actividad o a la contribución de la actividad a la producción nacional, a la ocupación, a la utilización de las fuerzas laborales de la sociedad o, como ha ocurrido en los últimos años, al desarrollo de los conocimientos técnico-científicos); o puede, por el contrario, permitir el ejercicio de la misma actividad peligrosa, si la relación entre el riesgo y la ventaja, colectivamente valorizados, haga aceptable su desenvolvimiento. En este segundo caso, el ordenamiento debe realizar una elección en lo relativo a la repartición del riesgo entre todos los miembros de la sociedad, por un lado, y el que ejerce la actividad, por otro.[51]

Por esta razón, se dice que, en el supuesto analizado, nos encontramos ante actividades que, a pesar de estar permitidas, obligan al resarcimiento de los daños que generan: actividades dañosas o riesgosas que no se prohíben y que, pese a ser consentidas, son fuente de responsabilidad (objetiva).[52]

Como bien hacía ver Esser, además, hay actividades peligrosas que resultan ser esenciales en la vida moderna, y alguien tiene que realizarlas necesariamente.[53]

---

[49] *SALVI, Cesare. Op. cit., p. 1232. En perspectiva histórica, véase MINERVINI, Gustavo. «Orientamenti verso la responsabilità senza colpa nella più recente dottrina straniera». Giustizia civile, año II, 1952, pp. 626-627.*

[50] *FRANZONI, Massimo. «Dei fatti illeciti». En Commentario del codice civile Scialoja e Branca a cura di Francesco Galgano. Bolonia, Roma: Zanichelli Editore, Società Editrice del Foro Italiano, 1993, p. 482.*

[51] *MARTINI, Demetrio de. «Responsabilità per danni da attività pericolosa e responsabilità per danni nell esercizio di attività pericolosa». Giurisprudenza italiana, 1973, parte I, col. 978.*

[52] *TRIMARCHI, Pietro. Istituzioni di diritto privato. Op. cit., p. 147.*

[53] *La referencia es de MINERVINI, Gustavo. Op. cit., p. 638.*

Pero ¿qué debe entenderse por «ejercicio de actividad» de un lado y por «actividad peligrosa» del otro?

En principio, por «ejercicio de actividad» se propone entender

> una sucesión continuada y repetida de actos que se desarrolla en el tiempo y que se encuentra coordinada en sus fines. Los dos términos *ejercicio* y *actividad* concurren, por igual, para representar esta continuidad, esta sistematicidad energética que no se encuentra encerrada en una acción que se agota en sí misma, sino que presupone la inmanencia de una continua renovación en situación constante. *Ejercicio* —de *exercere*, tener en movimiento [...]— expresa cinemáticamente dicho concepto de continuidad en una serie de actos repetidos y constantes, que no concluye en una acción aislada, sino que se desenvuelve persistentemente, con constancia en el tiempo. *Actividad*, por su parte, refuerza el mismo concepto en su derivación prácticamente frecuente de *acto*, respecto del cual presupone una continua repetición en una serie de actos, ligados y coordinados a un fin orgánico y sistemático, como de explotación industrial.[54]

Para el derecho, «actividad» es, pues, el conjunto de actos «coordinados o unificados en el plano funcional por la unicidad de su fin».[55]

Ello no quiere decir, desde luego, que, abusando de la interpretación literal, estemos autorizados para asumir que queden fuera del ámbito de aplicación de la norma las omisiones. Estas, qué duda cabe, bien pueden traducirse en una situación de riesgo o de exposición al peligro[56] y dar lugar, entonces, a la responsabilidad civil contemplada en el artículo 1970 de nuestro Código Civil.

Desde una perspectiva comparativa, sin dejar de reconocerse que la norma italiana constituye un avance respecto de las codificaciones europeas más tempranas, se manifiestan dudas sobre la conveniencia del camino seguido: un incremento en el plano de las categorías, en lugar de la formulación de cláusulas generales aplicables, por igual, a los daños causados por cosas o actividades[57] o a los daños provocados, fuera de toda intervención

---

[54] *Gentile, Guido. «Responsabilità per l esercizio di attività pericolose». Responsabilità civile e previdenza, año xv, 1950, p. 104. En el mismo sentido, véase Scognamiglio, Renato. «Responsabilità civile». Op. cit., p. 351.*

[55] *Auletta, Giuseppe. «Attività (Diritto privato)». En Enciclopedia del diritto. Vol. iii. Milán: Dott A. Giuffrè Editore, 1958, p. 982.*

[56] *Este realce ya figura en Venditti, Arnaldo. «Sull esercizio di attività pericolose». Op. cit., p. 745. Véase infra, § 7, en relación con la responsabilidad de la Administración Pública por «peligros ocultos» en inmuebles de uso público.*

[57] *Stone, Ferdinand S. «Liability for damage caused by things». En International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. xi: Torts. Tubinga, La Haya, París, Nueva York: Mohr, Mouton, Oceana Publications Inc, 1972, p. 9.*

causal del legalmente responsabilizado, «por entidades *seagentes*» (personas, animales o cosas que «actúan autónomamente»), como prefiere denominarlas, con fines sistemáticos, algún autor.[58]

Y, por «actividad peligrosa» (con cargo de examinar el desarrollo conceptual en *infra*, § 6), puede indicarse preliminarmente que esta cabe ser entendida —desde una perspectiva tradicional— como «actividad potencialmente idónea para provocar daños inevitables»,[59] por lo que refiere a la introducción o incremento de riesgos o peligros a la sociedad. Empero, ¿de qué nivel de riesgo se habla? Las respuestas no han sido unívocas.

De un lado, se ha señalado que, si se reconoce que la vida misma está en capacidad de generar riesgos, una «actividad riesgosa» será aquélla que adiciona al individuo un peligro adicional al simple hecho de vivir.[60] Para otros, involucrará a «todas aquellas actividades que incrementan el nivel medio del riesgo».[61] Y, en experiencias extrañas al *civil law*, se llegará a afirmar inclusive que «en los ordenamientos donde la peligrosidad de la actividad comporta un régimen especial de responsabilidad se debe requerir una específica cualificación de tal peligrosidad: en el *common law*, por ejemplo, ésta tiene que ser *ultrahazardous or extraordinary* [ultrarriesgoso o extraordinario]».[62]

Entendemos que la opinión anterior es crítica frente al mantenimiento en el Código Civil italiano de una norma que regula, con diverso tenor, la responsabilidad por hechos de cosas.

De ser así, la solución recogida en el Código Civil peruano parecería ser correcta si apuntara a unificar el tratamiento de ambos supuestos, solo que, siguiendo cabalmente a la aguda observación del autor citado, es menester afirmar también que las buenas expectativas que genera nuestro artículo 1970 se frustran por la conservación de disposiciones especiales de encriptado decimonónico, pero de historia más que milenaria, como la responsabilidad por daños causados por animales (art. 1979) y por caída de edificios (art. 1980), ambos con redacción defectuosa y, peor aún, distinta y contrastante con el sentido de la cláusula normativa general de vanguardia, desde cierto punto de vista, que los antecede.

---

58 *MARTINI, Demetrio de. «Responsabilità per danni da attività pericolosa e responsabilità per danni nell esercizio di attività pericolosa». Op. cit., cols. 968-969.*

59 *Ib., col. 978.*

60 *TRAZEGNIES, Fernando de. Op. cit., § 73, p. 159.*

61 *GALLO, Paolo. Introduzione alla responsabilità civile. Articoli 2043/2059 C.C. Turín: G. Giappichelli Editore, 2000, p. 123.*

62 *COMANDÉ, Giovanni. «Commentario sub art. 18». En Massino Bianca y Francesco D. Busnelli (eds.). Tutela della privacy-Legge 31 dicembre 1996 n. 675. A cura di C. Massimo Bianca e Francesco D. Busnelli. A su vez en Le Nuove leggi civili commentate, 1999, p. 491.*

En segundo lugar, y retomando el tema de los orígenes del artículo examinado, hay que señalar, aunque el vínculo sea más remoto, que, en lo dispuesto en nuestro Código Civil, se percibe la herencia del artículo 1384 del Código Civil francés, a tenor del cual, justamente, «se es responsable no sólo del daño causado por hecho propio, sino también por el daño causado por el hecho de las personas de las que se debe responder o de las *cosas* que se tienen bajo custodia».

Respecto de la experiencia francesa, en relación con el citado artículo del Código napoleónico, nos limitamos a informar que, a partir de una decisión judicial famosa de la Cour de Cassation, la sentencia *Jeand'heur* de 1930, la *responsabilité objective*, también denominada responsabilidad «de derecho» (*de droit*) o «de pleno derecho» (*de plein droit*) por el hecho de las cosas, se ha definido como «la obligación para el custodio de una cosa inanimada de indemnizar todo daño causado por otro por el hecho de dicha cosa; el custodio no puede eximirse si no es demostrando la fuerza mayor o el hecho de la víctima».[63]

Conocer los antecedentes del artículo 1970 del Código Civil es, desde luego, importante, pero no lo es menos asignarles su correcto lugar para evitar lecturas distorsionadas de la doctrina elaborada en Italia y Francia a partir de las normas citadas.

Por ello, es esencial informar que, en Italia, la segunda parte del artículo 2050, donde se hace referencia a la prueba de la «adopción de todas las medidas idóneas para evitar el daño», vuelve legítima la posición de quienes sostienen que el criterio de imputación allí establecido sigue teniendo carácter subjetivo[64] y que nos encontramos, entonces, frente a una hipótesis de «responsabilidad agravada por culpa presunta».[65] Esto significa que, al hacer referencia el artículo 2050 del Código Civil italiano a medidas de diligencia, se termina, desde la óptica tradicional (y en donde el concepto de culpa es definido como «negligencia»: noción opuesta a la de «diligencia»), en un «anclaje» de este precepto en el concepto de culpa, lo que para muchos ha impedido sustentar en Italia la exposición al peligro como basamento de una nueva cláusula general normativa de responsabilidad de naturaleza objetiva.[66]

---

[63] *GRYMBAUM, Luc. Op. cit., p. 4. En perspectiva comparativa, véase STONE, Ferdinand S. Op. cit., p. 7.*

[64] *VALSECCHI, Emilio. Op. cit., pp. 160 (nota 1), 164; SCISO, Carla Maria. «Spunti in tema di responsabilità per l esercizio di attività pericolose». En Michelle Spinelli (dir.). Vol. II. Op. cit., p. 564; NATOLI, Ugo. Op. cit., p. 769; CORSARO, Luigi. «Responsabilità civile: I) Diritto civile». Op. cit., p. 24; entre otros.*

[65] *BIANCA, Cesare Massimo. Diritto civile. Op. cit., p. 709.*

[66] *CASTRONOVO, Carlo. La nuova responsabilità civile. Op. cit., p. 56.*

Se escribe, desde esta perspectiva, que «la norma que regula la materia de los daños ocasionados a otros en el ejercicio de una actividad peligrosa ha repudiado el principio de la responsabilidad objetiva, al permitir al causante del daño la prueba de haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el mismo»[67]

> La alta probabilidad de que la actividad desarrollada dañe a otros y la potencialidad de crear daño que califica la actividad como peligrosa aconsejan a la ley obligar a quien la ejerce a una prevención severa y rigurosa para salvar a los terceros, y a imponer, en concreto, a través de la regulación de la carga de la prueba, una regla de conducta para el que ejerce la actividad.[68]

Según esta misma línea de pensamiento, que hasta hoy goza de abrumadora acogida en la jurisprudencia italiana, dichas medidas serían todas aquellas brindadas «por la técnica y que se tengan a disposición, atendiendo a las circunstancias del caso; ello implica la observancia de un comportamiento libre de negligencia reprobable».[69] En otras palabras, estaríamos ante una presunción legal que solo puede superarse mediante la prueba liberatoria, por lo demás difícilmente realizable, de la «diligencia profesional», o sea, la conformidad del propio obrar a las prescripciones técnico-normativas que rigen una actividad determinada.[70]

Los partidarios de esta apreciación esgrimen en pro de su causa, de igual forma, un pasaje de la *Relazione al Codice civile* (una especie de exposición de motivos de este texto legal), donde se expone que, en el terreno de las actividades peligrosas, se aplica una «solución intermedia» entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva: se establece una inversión de la carga de la prueba y esta, para efectos liberatorios, pasa a recaer en el causante del daño —quien verá, así, ampliado el contenido de su deber de diligencia—, pero la culpa sigue constituyendo la base de la responsabilidad.[71]

Llama la atención, de todas formas, que un temprano analista de la norma, sin alejarse de la perspectiva subjetivista, haya auspiciado algo que coincide

---

67 *MICCIO, Renato. Dei singoli contratti e delle altre fonti delle obbligazioni. 2.ª ed. aumentada. En Commentario del codice civile. Turín: UTET, 1966, p. 813.*

68 *CORSARO, Luigi. «Responsabilità da attività pericolose». En Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile. Vol. XVII. Turín: UTET, 1998, p. 88.*

69 *CUPIS, Adriano de. Il danno - Teoria generale della responsabilità civile. 3.ª ed. T. II. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, p. 184.*

70 *BIANCA, Cesare Massimo. Diritto civile. Op. cit., p. 709. En igual sentido, véase SCISO, Carla Maria. Op. cit., p. 571.*

71 *A este argumento recurren VALSECCHI, Emilio. Op. cit., p. 160 (nota 1); FORCHIELLI, Paolo. «Intorno alla responsabilità senza colpa». Op. cit., pp. 1381-1382; SCISO, Carla Maria. Op. cit., p. 567; entre otros.*

con lo determinado por nuestros codificadores. Él consideraba que el artículo 2050 del Código Civil italiano se encontraba

> en el camino de los grandes principios: con él se ha colmado una laguna, y se influye en ulteriores sectores de la actividad humana, por el progresivo restablecimiento de la libre coexistencia de los derechos. En un ulterior desarrollo del concepto se podrá arribar a la codificación de una presunción única que se centre en el principio de la peligrosidad, así como, en su momento, el principio de la responsabilidad por culpa subjetiva resultó de la unificación del concepto de la culpa en las diversas hipótesis de *damnum iniuriam datum*.[72]

Pero otro grupo de autores, a quienes cabe reconocer, además, el mérito de superar con fundamentos la interpretación «auténtica» de la ley —llamémosla así— considera, en cambio, que la inversión de la carga de la prueba en el artículo 2050 coincide, en último análisis, con una regla de responsabilidad objetiva.[73]

Lo que el Código Civil italiano exige probar es, según esta línea de pensamiento, «el hecho objetivo de que se han adoptado medidas brindadas por la técnica, aptas para evitar el daño», de modo que estaríamos ante una hipótesis de responsabilidad «por riesgo objetivamente evitable».[74]

Se sostiene, igualmente, en esta línea de pensamiento, que debiera juzgarse correcto, desde una óptica objetivista, que en la responsabilidad por ejercicio de actividades peligrosas

> el núcleo constitutivo prescinde de la existencia de un comportamiento culposo, y requiere sólo que la acción sea llevada a cabo por quien ejerce una actividad peligrosa, durante cuyo ejercicio se produzca un daño injusto. La relación entre hecho y daño se establece, entonces, con prescindencia de la culpa, y el efecto del resarcimiento depende exclusivamente del ejercicio en concreto de una actividad peligrosa […]. La concepción que atribuye un fundamento culposo a la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas no es leal con la evolución producida en el campo de la actividad industrial, que produjo la categoría de los llamados daños anónimos y necesarios.[75]

---

[72] *Gentile, Guido. Op. Cit., p. 103.*

[73] *Trimarchi, Pietro. Rischio e responsabilità oggettiva. Op. cit., p. 278; Comporti, Marco. Esposizione al pericolo e responsabilità civile. Op. cit., pp. 96-97; Visintini, Giovanna. La responsabilità civile nella giurisprudenza. Padua: Cedam, 1967, p. 388; Patti, Salvatore. Prove - Disposizioni generali. En Commentario del Codice civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca. Bolonia, Roma: Zanichelli Editore, Società Editrice del Foro Italiano, 1987, p. 126; entre otros.*

[74] *Trimarchi, Pietro. Rischio e responsabilità oggettiva. Op. cit., pp. 48, 278-279.*

[75] *Franzoni, Massimo. Dei fatti illeciti. Op. cit., pp. 533-534.*

Pero en el Código Civil peruano —esto es lo que cuenta— no se presenta la criticada inversión de la carga de la prueba que ha movido a un sector de la doctrina italiana a calificar el artículo 2050 del Código Civil de su país como «el mayor obstáculo para la identificación de un principio general de responsabilidad objetiva de empresa en el sistema del Código Civil»[76] y hasta como una «desilusión» propiamente dicha.[77]

La norma italiana también ha sido juzgada por algunos como «insuficiente» y «excesiva»: lo primero,

> porque la prueba liberatoria de haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño […] puede devenir una *probation diabolica*, o puede, por el contrario, ser demasiado fácil […]. Es excesiva en el aspecto de la previsibilidad del daño, el cual, cuando se trata de actividades peligrosas, está […] *in re ipsa*, de modo que el empresario respondería siempre, porque el daño sería siempre previsible.[78]

La interpretación en clave «objetiva» del artículo 1970 de nuestro Código tiene también a su favor una antigua y autorizada doctrina francesa que, de la mano con una jurisprudencia vanguardista, subraya con decisión, en el citado artículo 1384 del *Code Napoléon*, la ausencia de toda referencia a la culpa (*faute*) y, por lo tanto, la mera exigencia de una relación de causa-efecto entre la cosa y el daño,[79] a fin de establecer la responsabilidad.

Sobre la base de esta apreciación, tan simple cuanto aguda, nacen sucesivamente, a fines del siglo XIX, las llamadas teorías del «riesgo profesional» (*risque professionnel*) y del «riesgo creado» (*risque créé*).

Entre ambas teorías hay —digámoslo así— una diferencia de amplitud del campo visual. La primera, esbozada por Raymond Saleilles (1855-1912) a partir de 1894, aplica la perspectiva objetiva a la administración de los daños producidos por las grandes fábricas.[80] La segunda, planteada por Louis Josserand (1868-1941), es menos limitada y considera que se es inmediatamente responsable, por razones de equidad y sin que para ello sea necesario analizar el plano subjetivo o el rubro de actividad, de los daños causados por el hecho de las cosas de las que uno se sirve. El deber de

---

[76] *SALVI, Cesare. Op. cit., p. 1234.*

[77] *CASTRONOVO, Carlo. «Responsabilità oggettiva: II) Disciplina privatistica - Diritto comparato e straniero». Op. cit., p. 4.*

[78] *GRASSETTI, Cesare. «Diritto dell□energia nucleare: Il regime giuridico della responsabilità civile». En Il Foro padano, vol. X, 1960, col. 51.*

[79] *JOSSERAND, Louis. Op. cit., p. 74.*

[80] *Según la síntesis de MASSIGLI, Charles. «Les travaux de Raymond Saleilles sur la théorie objective de la responsabilité extra-contractuelle». En BEUDANT, Robert et al. L'œuvre juridique de Raymond Saleilles. París: Arthur Rousseau, 1914, p. 435 y ss.*

resarcir tales daños se concreta en una obligación que nace *ex lege*,[81] en cabeza de quien genera el riesgo. Este «debe ser asumido por aquel que lo ha creado, al margen de todo derecho de propiedad o de otro derecho real sobre la cosa [...]. El riesgo, noción concreta y de orden esencialmente práctico, debe ser asumido por el individuo que dispone de la cosa y ejerce el gobierno de ésta».[82]

A aquella doctrina francesa, en su momento contestataria, se debe la centenaria asociación de la responsabilidad objetiva con el ámbito, precisamente, de los daños causados por cosas,[83] mientras que en el resto de hipótesis sigue predominando la responsabilidad por culpa.

Hay quien ha advertido la incompatibilidad entre la culpa y el riesgo, y propone una noción alternativa: la «garantía», como verdadero fundamento de la responsabilidad civil.[84]

En Italia, el debate se escenifica en el decenio 1960-1970, y se hablará de riesgo de empresa (*rischio di impresa*) y de exposición al peligro (*esposizione al pericolo*) (véase *infra*, § *6*). Este hecho está ligado directamente con la terminología de nuestro codificador que utiliza los adjetivos «riesgoso» y «peligroso».

Un autor, teniendo a la vista la sola cláusula normativa general de responsabilidad extracontractual consagrada en el Código Civil de su país (que es de carácter subjetivo), decía bien que el riesgo no tenía posibilidad de sustituir a la culpa como criterio de imputación, porque este «debe ser determinado por la ley, y no inventado por el intérprete. La ley ha escogido y señalado la culpa; no hay ninguna indicación, junto a ella, del riesgo».[85]

Por la misma razón, sin embargo, se señalaba también que, en la interpretación del artículo 2050 de dicho Código, aun cuando estuviera fuera de lugar y fuera irrelevante recurrir al «riesgo», no podía afirmarse lo mismo respecto del «peligro», porque este sí es un elemento en el que se apoya la ley expresamente.[86]

Ateniéndonos a estas consideraciones doctrinales y a los antecedentes del artículo 1970 del Código Civil peruano que hemos revisado, así como al «riesgo» y a la «exposición al peligro», a los cuales se remite legalmente

---

[81] JOSSERAND, Louis. *Op. cit., pp. 89 y 98.*

[82] *Ib., p. 125.*

[83] VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité. Op. cit., p. 84.*

[84] STARCK, Boris. *Essai d□une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée. París: L. Rodstein, 1947, p. 51 y ss.*

[85] BARBERO, Domenico. *Op. cit., p. 811. En igual sentido, véase* SCISO, Carla Maria. *Op. cit., pp. 561-562 y 566.*

[86] SCOGNAMIGLIO, Renato. *«Responsabilità civile». Op. cit., p. 351.*

como criterios de imputación, podemos afirmar, ahora sí, sin incurrir en apriorismos, la naturaleza objetiva de la responsabilidad allí normada.

En la codificación peruana no existe, pues, desde el punto de vista de los conceptos tradicionales, la discusión del «anclaje» de la responsabilidad por exposición al peligro en la cláusula general por culpa, por lo que, al no haberse codificado tampoco la teoría del «hecho ilícito», cabe perfectamente afirmar a la responsabilidad objetiva por riesgo como una cláusula general interpretativa de responsabilidad de igual valor que la cláusula general por culpa; todo ello, sin perjuicio de analizar más adelante (*infra*, § *9*), si en verdad una referencia tal, como la realizada por el artículo 2050 del Código Civil italiano, a la «prueba de haber adoptado toda las medidas idóneas para evitar el daño», representa o no en realidad un «anclaje» en el concepto de culpa.

5. La terminología del Código Civil y los orígenes del artículo 1970 (sigue): ¿por qué es erróneo hablar de «bienes riesgosos o peligrosos»?

Acabamos de anotar que, con lo decidido por el legislador peruano, al no prescribirse ninguna inversión de la carga de la prueba, se ha evitado, a fin de cuentas, la importación de la discusión entablada al respecto entre los intérpretes del artículo 2050 del Código Civil italiano, que parece haber servido al artículo 1970 del Código Civil peruano de modelo.

Sin embargo, en el artículo que estamos comentando, se comete una incoherencia de la que, curiosamente, bien pudo habernos prevenido la propia doctrina italiana: hablar de «bienes riesgosos o peligrosos» es doblemente errado.

Es errado, en primer lugar, porque haber utilizado el término «bien», en vez de «cosa», como se hace acaso en todos los Códigos Civiles foráneos, no es correcto desde una perspectiva estricta y necesariamente técnica.

Dogmáticamente entendido, el concepto de «bien» equivale a «objeto de protección jurídica», en sentido lato; o «punto de referencia objetivo de un derecho subjetivo (o, de ser el caso, de una situación subjetiva)», en sentido estricto.[87]

Así pues, pertenecen también a esta categoría los *Lebensgüter* («bienes de la vida»), los «bienes esenciales de la persona, es decir, sus valores esenciales (vida, honor, etc.)»,[88] que son objeto de los derechos de la personalidad, de

---

[87] *PUGLIATTI, Salvatore. «Beni (Teoria Generale)». En Enciclopedia del Diritto. Vol. V. Milán: Dott A. Giuffrè Editore, 1959, pp. 173 y 187.*

[88] *BIANCA, Cesare Massimo. Diritto civile. T. VI: «La proprietà». Milán: Dott A. Giuffrè Editore, 1999, p. 52.*

los *Grundrechte* («derechos fundamentales», como se acostumbra también llamarlos), constitucionalmente protegidos.[89] Por obvios motivos, estos «bienes» no admiten, desde ningún punto de vista, ser calificados como «riesgosos» o «peligrosos».

El mismo reparo puede formularse si se piensa en aquellas entidades, igualmente no susceptibles de ser calificadas en términos de «riesgo» o «peligrosidad», que ostentan la característica de la ausencia de corporalidad, pero que, por poseer objetividad jurídica, por ser objeto de derechos subjetivos, reciben la denominación de «bienes inmateriales»:[90] marcas, diseños industriales, patentes, etc.

A la misma constatación se arriba si se piensa en los llamados «derechos patrimoniales», o sea, en los «derechos subjetivos que protegen un interés económicamente valorable y que concurren a conformar el patrimonio de un sujeto»,[91] que, para una parte de la doctrina, también serían bienes. Para efectos de la responsabilidad patrimonial del deudor, por ejemplo, los créditos, que son «derechos», se consideran «bienes», en tanto y en cuanto elementos «activos» (ejecutables) de un patrimonio.[92] En nuestro Código Civil (art. 886, n.º 7), las «rentas o pensiones» forman parte del elenco de los «bienes muebles».

En cambio, la noción de «cosa», en sentido jurídico, es «eminentemente histórica, y no ya naturalística o abstracta. Cosa es toda parte del mundo externo al ser humano […] que puede quedar sujeta a su señorío».[93] Es una noción «prejurídica y, por lo tanto, extrajurídica: se trata de un elemento de la realidad que es tomado en consideración por el derecho; si al final del examen se considerará que tal elemento puede constituir objeto de un interés jurídicamente relevante, entonces la «cosa» será calificada como «bien»».[94]

---

[89] *GAZZONI, Francesco. Manuale di diritto privato. 10.ª ed. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane (ESI), 2003, p. 194.*

[90] *MESSINETTI, Davide. «Beni immateriali». En Enciclopedia Giuridica Treccani. Vol. V. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988, p. 1 (de la separata); SCOZZAFAVA, Oberdan Tommaso. Dei beni. En Il Codice civile - Commentario diretto da Piero Schlesinger. Milán: Dott A. Giuffrè Editore, 1999, p. 5.*

[91] *BIANCA, Cesare Massimo. Diritto civile. T. VI. Op. cit., p. 52.*

[92] *MAIORCA, Carlo. «Beni». Enciclopedia Giuridica Treccani. Vol. V. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988, p. 11 (de la separata); BIANCA, Cesare Massimo. Diritto civile. T. VI. Op. cit., p. 52; GAZZONI, Francesco. Op. cit., pp. 193-194. En contra, véase SCOZZAFAVA, Oberdan Tommaso. Op. cit., pp. 18-19.*

[93] *MARTINO, Francesco de. «Commentario sub art. 810». En Della proprietà. 3.ª ed. A su vez en Commentario del Codice civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca. Bolonia, Roma: Nicola Zanichelli Editore, Società Editrice del Foro Italiano, 1968, p. 1.*

[94] *ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. «Cosa». Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile. Vol. IV. Turín: UTET, 1989, pp. 443-444.*

Esta última es la idea que se quería reflejar en la norma del Código Civil francés sobre la responsabilidad «*du fait des choses*». Más aún, la doctrina francesa ha circunscrito la aplicación del artículo a las «*choses inanimées*», atendiendo a que los daños por hechos de las cosas «con actividad propia», como los animales, reciben un tratamiento especial dentro del mismo código.[95] De aquí también que, en Francia e Italia, el concepto fundamental para entender a cabalidad tal hipótesis sea la relación de «custodia» entre el imputado y la cosa. En ninguna de las experiencias de tales países, como es palmario, se está pensando en la idea de «bien».

Por lo demás, la usual restricción del término «cosa» a las solas entidades «corporales», admitida por la doctrina,[96] también concuerda perfectamente con el sentido de estas reglas jurídicas importadas.

En nuestro Reglamento Nacional de Tránsito se ha salvado bien esta incorrección terminológica al establecerse que el peligro se refiere a la conducción de automóviles, y no a los automóviles en sí mismos: «la persona que conduzca un vehículo en forma de hacer peligrar la seguridad de los demás, infringiendo las reglas de tránsito, será responsable de los perjuicios que de ello provengan» (art. 271).

Sin perjuicio de cuanto acabamos de señalar, está claro que la crítica no puede tener como único sustento una observación terminológica por más pertinente que esta sea, más aún teniendo en cuenta que, en nuestro Código Civil, hay ocasiones en las cuales se utilizan indistintamente los términos «bien» y «cosa».

Recuérdense, a propósito, los artículos 947 y 948, en los que se hace referencia a la transferencia de propiedad de una «cosa mueble», mientras que, pocas líneas después, el artículo 951 trata de la adquisición por prescripción de un «bien mueble».

Por ello, hay que refinar la crítica añadiendo, en segundo lugar, que lo dispuesto en el artículo 1970 del Código Civil es equívoco porque *las cosas no son jamás en sí mismas riesgosas ni peligrosas*.

No existe una categoría de «*res periculosae*» ni cosas de las que se pueda afirmar que tengan una aptitud intrínseca para producir consecuencias dañosas.

Lo cierto es que incluso la cosa más inocua puede convertirse en peligrosa, atendiendo a la situación específica, y aun en grado superior al de aquellas que, a primera vista, sí se juzgarían como tales.[97]

---

95 *DEMOGUE, René. Traité des obligations en général. Parte I: Sources des obligations. T. V. París: Librairie Arthur Rousseau, 1925, p. 364.*

96 *ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. Op. cit., p. 444; BIANCA, Cesare Massimo. Diritto civile. T. VI. Op. cit., p. 54; SCOZZAFAVA, Oberdan Tommaso. Op. cit., p. 13.*

97 *GERI, Vinicio. Responsabilità per danni da cose ed animali. 2.ª ed. Milán: Dott A. Giuffrè Editore, 1967, p. 242; GRYNBAUM, Luc. Op. cit., p. 7.*

> Puede ser más peligrosa una navaja de afeitar en las manos de un niño o de una persona inconsciente o exaltada, que un arma cuyo uso sea difícil o que, por su peso, no pueda ser sostenida por un muchacho. Una piedra pequeña, lanzada con gran violencia, incluso por una persona no particularmente fuerte puede ser más peligrosa que una roca que no pueda ser levantada con facilidad. [...]. Los medicamentos pueden ser curativos, pero también letales, dependiendo de la persona que los tome, de la cantidad y del uso que se haga de ellos, según las circunstancias. Jamás se podrá decir que un medicamento es una cosa peligrosa, aunque todo medicamento, desde cierto punto de vista, sí puede ser peligroso.[98]

Anotaba por esto bien Trimarchi que, en realidad,

> la responsabilidad objetiva viene ligada a «actividades» y no a «cosas» que presenten un riesgo. Se ha en efecto sostenido que la norma sobre el daño por cosas se debe aplicar sólo a las «cosas» peligrosas, y justamente esta tesis ha sido criticada en base a la consideración que no existe una categoría de las «cosas peligrosas», por lo que la misma cosa puede ser peligrosa o inocua según las circunstancias. Observación exacta: para convencerse baste pensar que existen sustancias químicas inocuas en condiciones normales, las cuales resultarán peligrosas cuando vengan expuestas, en el curso de un procedimiento industrial, a ciertas presiones, a ciertas temperaturas, al contacto con otras sustancias. Pero sería injustificado extraer de esta exacta premisa la conclusión de que la existencia y el grado del riesgo no desarrollan algún rol en la interpretación y en la aplicación del art. 2051º c.c. Ya Stallybrass, en un estudio dedicado a un problema análogo en relación al *common law*, ha observado que no se puede hablar de cosas peligrosas *in sé*, sino sólo de cosas peligrosas *sub modo*, habiendo concluido que la responsabilidad se conecta no tanto a la cosa cuanto a la actividad que con ella viene desenvuelta, y al riesgo que así viene creado: y esta me parece la única conclusión adecuada.[99]

La posición contraria, si bien ilustremente representada, se basará en la referencia expresa del artículo 2050 del Código Civil italiano a la «naturaleza de los medios adoptados».[100] Este es un dato fundamental por tener en cuenta, ciertamente. Ocurre, sin embargo, que dicho fragmento quedó al margen en la importación normativa verificada en nuestro artículo 1970. Este es un decisivo argumento a favor de la inexistencia de las cosas riesgosas o peligrosas.

---

98 *Brasiello, Ugo. «Cose "pericolose" e cose "seagenti"». Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, año x, 1956, p. 35.*

99 *TRIMARCHI, Pietro. Rischio e responsabilità oggettiva. Op. cit., pp. 215-216.*

100 *Comporti, Marco. Esposizione al pericolo e responsabilità civile. Op. cit., p. 200; Cupis, Adriano de Dei fatti illeciti. 2.ª ed. En Commentario del codice civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca. Bolonia, Roma: Nicola Zanichelli Editore, Società Editrice del Foro Italiano, 1971, p. 90.*

Se afirmará, de igual forma, que existen ciertas cosas que poseen en sí mismas cierta potencialidad dañosa y que pueden considerarse peligrosas de acuerdo con un juicio de estimación de su peligrosidad basado en criterios estadísticos y cuantitativos. Así, una «materia venenosa, observando los hechos de un determinado período de tiempo, es decir, siguiendo un criterio rigurosamente objetivo, ocasiona una serie de accidentes infinitamente superiores, tanto en cantidad cuanto en gravedad, que los derivados de una navaja de afeitar».[101]

Pero, aunque se admitiera que una cosa tiene una propia y autónoma potencialidad dañosa, la causa principal del daño siempre será representada por una actividad peligrosa y no por la cosa en sí. «Es la acción del hombre lo que hace de la cosa un objeto mediato de su actividad, aun cuando ella escape de todo control en la fase dinámica».[102]

Para el ordenamiento jurídico, por lo demás, «la pura y simple derivación del daño de la cosa es irrelevante; lo que cuenta, para efectos de la responsabilidad, es que un comportamiento humano haya alimentado el peligro del daño, y haya influido, de tal forma, en el origen del daño mismo, es decir, en el peligro, y por este medio, en el propio proceso dañoso que deriva de la cosa».[103]

En este punto, tampoco debe ser generador de confusión el hecho de que, en los países donde sí se ha regulado la responsabilidad civil por hecho de las cosas, algunos autores hayan pretendido restringir la aplicación de las disposiciones respectivas a las «cosas peligrosas», bajo la creencia de que solo estas son idóneas para provocar daños.

También en dichas experiencias se ha respondido, decididamente, que la peligrosidad es «una noción relativa que puede referirse a todo tipo de objeto […]. [T]odo cuerpo se halla sometido, cuando menos, a la fuerza de gravedad, y es susceptible, por lo tanto, y bajo determinadas circunstancias, de causar daños».[104]

---

[101] *COMPORTI, Marco. Esposizione al pericolo e responsabilità civile. Op. cit., p. 201.*

[102] *FRANZONI, Massimo. Dei fatti illeciti. Op. cit., p. 525. Véase también VISINTINI, Giovanna. Trattato breve della responsabilità civile. Op. cit., p. 657; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «La responsabilidad civil del gestor de base de datos en la informática jurídica». Ius et Veritas, año VIII, n.º 15, 1997, pp. 279-280; LEÓN, Leysser L. «Consideraciones sobre los daños por homicidio y las técnicas para su resarcimiento» (2002). En La responsabilidad civil - Líneas fundamentales y nuevas perspectivas. Op. cit., pp. 172-173 (48).*

[103] *CUPIS, Adriano de. Il danno - Teoria generale della responsabilità civile. T. II. Op. cit., p. 191.*

[104] *ZIVIZ, Patricia. «Il danno cagionato dalle cose in custodia». En La Nuova giurisprudenza civile commentata, 1989, parte II, p. 101; pero ya BRASIELLO, Ugo. Op. cit., p. 27 et passim; y VENDITTI, Arnaldo. «Del fondamento della responsabilità per danni da cose in custodia». Op. cit., p. 882.*

La unanimidad de la jurisprudencia francesa en este último sentido, que se rehúsa a limitar la aplicación de la responsabilidad por hecho de las cosas a las «*choses dangereuses*», es también ilustrativa al respecto.[105] Un autor informa irónicamente, acerca de este punto, que los jueces franceses han declarado procedente la responsabilidad civil en casos relativos a vehículos (incluidas las bicicletas), árboles, instalaciones eléctricas, sustancias explosivas, pero también al jabón.[106]

A la mención de los bienes riesgosos o peligrosos se debe, con seguridad, más de una cuestionable decisión de nuestro Poder Judicial.

En CAS. n.º 823-2002, por ejemplo, uno de los puntos que los magistrados dan por descontado, inaceptablemente, para formular sus consideraciones sobre un tema de liquidación de daños a la integridad física causados con una motonave (véase *infra*, § 10) es la naturaleza de bien peligroso de esta.

En dicho fallo se lee, sin más, que «al tratarse de un accidente en una motonave calificada como bien riesgoso debe tenerse en cuenta, además, el artículo 1970º del código», y, naturalmente, que «al producirse un daño mediante un bien riesgoso la demandante está obligada a indemnizar».

También se señala que el desperfecto del motor de la nave, que desencadena el accidente, es «un riesgo típico de la actividad de transporte» (véase *infra*, § 10).

Lo anterior es correcto en tanto niega que un hecho semejante pueda considerarse «caso fortuito». La doctrina secunda tal perspectiva, pues no admite que se reconozcan como «causas extrañas inevitables» eximentes de responsabilidad tales como la autocombustión de sustancias inflamables, la ponchadura de una llanta, el mal funcionamiento repentino de los frenos o incluso un malestar que sobreviniera al conductor de un vehículo, entre otros ejemplos.[107]

Ocurre, nada más, que, con lo señalado por la Corte Suprema, como es fácil de apreciar, la característica de «riesgoso» deja de vincularse con el «bien» del que se está tratando y pasa a referirse a la «actividad».

Contradicciones similares se aprecian en nuestra también citada Ley General de Residuos Sólidos. En su artículo 22, subtitulado «definición de residuos sólidos *peligrosos*», se señala que son tales «aquéllos que por sus *características* o el *manejo* al que son o van a ser sometidos representan un

---

[105] *La referencia es de* VINEY, *Geneviève y Patrice* JOURDAIN. *Les conditions de la responsabilité. 2.ª ed. En Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin. París: L. G. D. J., 1998, p. 575.*

[106] STONE, *Ferdinand S. Op. cit., p. 7.*

[107] COMPORTI, *Marco. Causa estranea, caso fortuito, responsabilità oggettiva. Op. cit., col. 2654.*

riesgo significativo para la salud o el ambiente». Hasta este punto parece que la peligrosidad puede obedecer tanto a las «características» (plano estático) cuanto al «manejo» (plano dinámico) de los residuos, solo que, en la misma ley, la responsabilidad (art. 23.1) recae en «el que causa un daño *durante el manejo* de residuos sólidos peligrosos».

La Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil, reconstituida mediante Resolución Ministerial n.° 460-2002-JUS, formula una solución a este problema terminológico, pero atendiendo a un fundamento parcialmente diverso.

El nuevo texto del artículo 1970 pasaría a ser el siguiente: «aquel que por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo». Se propone, pues, omitir la referencia a los bienes riesgosos o peligrosos, porque se asume que esta calificación es

> arbitraria y limitante. Arbitraria, debido a que al determinar el carácter de «peligrosidad», la mayoría de las veces, se confunde la naturaleza del bien con la utilización que se hace del mismo; por ejemplo, un lápiz puede ser calificado como inofensivo, pero si se usa para agredir físicamente a una persona deja de serlo y, en buena cuenta, lo que se debe tener presente es la «actividad», entendida como una práctica reiterada, para la calificación del «riesgo» o del «peligro». Limitante, porque curiosamente, no existe —como en otras experiencias— un precepto general de responsabilidad objetiva por daños ocasionados por los bienes (sean o no peligrosos). Es en atención a ello que se mantiene la responsabilidad objetiva por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa.[108]

Si es de saludar la decisión de la Comisión en este punto, resulta dudosa la bondad de un cambio que proponga, como «complemento de la reforma introducida» (sic) en el artículo 1970, la eliminación del supuesto de responsabilidad civil por la caída del edificio «para sustituirlo por el de responsabilidad objetiva por los daños ocasionados por los bienes (riesgosos o no, edificios o no), estableciéndose una responsabilidad solidaria entre el propietario y el poseedor».[109] El reformado artículo 1980 señalaría: «El propietario del bien es responsable por los daños que éste cause. Su responsabilidad es solidaria con la del poseedor».

A todas luces, esta propuesta de la Comisión no tiene en cuenta que las finalidades de la norma que se pretende erradicar, inspirada en el Código Civil italiano, siguen teniendo vigencia y conviven en su país de origen, sin

---

[108] *Avendaño Valdez, Jorge. «Exposición de Motivos del Anteproyecto de Enmiendas al Código civil de 1984», 2005, p. 19 (del documento). En <http://www.minjus.gob.pe>.*

[109] *Ib., loc. cit.*

problemas, con la disposición en materia de responsabilidad civil por daños de cosas que se tienen bajo custodia.

También la doctrina ha identificado, en la situación subjetiva de propietario (o de titular de otro derecho —real o personal— de uso y disfrute), uno de los criterios de imputación en la responsabilidad civil,[110] pero se ha advertido, por algún autor, que apartarse de la culpa, en ciertas hipótesis y en tan terminante grado, constituye una «ilusión tan generosa cuanto peligrosa».[111]

Lo cierto es que la responsabilidad del propietario es normalmente reconocida como un supuesto de responsabilidad legal que, asociado a veces con la actividad que involucra a la cosa que es de su dominio, «subentra» bajo el campo de aplicación de determinado criterio de imputación. Ello sucede, por ejemplo, con los artículos 1979 y 1980 del Código Civil peruano, que imputan responsabilidad al propietario de un can y al propietario de un edificio, respectivamente. Más curiosa es la imputación directa de responsabilidad objetiva que realiza la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre en el Perú, ley 27181, que en su artículo 29 establece que

> la responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito causados por vehículos automotores es objetiva, de conformidad con lo establecido en el Código civil. El conductor, *el propietario del vehículo* y, de ser el caso, el prestador del servicio de transporte terrestre son solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados.

Lo curioso de esta norma es precisamente su referencia directa al Código Civil como si fuere este cuerpo normativo el que calificara a la actividad de transporte y tránsito terrestre como una actividad «per se» peligrosa o, peor aún, al vehículo automotor como un «bien riesgoso».

Un frecuente y grueso error de muchos de los juristas del *civil law* es el de generalizar y pensar que existen actividades que, en su totalidad, puedan ser llevadas a supuestos de aplicación de responsabilidad objetiva o subjetiva. Ello dependerá, en realidad, de la identificación de las capacidades de prevención exigibles a los sujetos en cada supuesto en particular y, llegado el caso, de la necesidad de contrastar este hecho con la función de incentivación de actividades.

---

[110] *Bigliazzi-Geri, Lina, Umberto Breccia, Francesco Donato Busnelli y Ugo Natoli. Op. cit., pp. 735, 750 y ss.*

[111] *Busnelli, Francesco Donato. «Principi per l'unificazione del diritto in materia di responsabilità extracontrattuale (Elementi costitutivi della fattispecie, colpa e ingiustizia)». Roma e America. Diritto romano comune, n.º 3, 1997, p. 192.*

Así como no existen actividades que por sí mismas puedan ser calificadas en su totalidad como «riesgosas» (sin perjuicio de considerar una generalidad no absoluta si se reputa que la actividad ya ha alcanzado un aceptable desarrollo tecnológico, como, por ejemplo, la circulación vial, el transporte aéreo, la responsabilidad del productor, etc.), no han faltado autores que consideran que todos los supuestos de responsabilidad sin culpa regulados en leyes especiales deben ser reputados como supuestos de responsabilidad por riesgo.[112]

6. Los criterios objetivos de imputación: el riesgo de empresa y la exposición al peligro. Su encuadramiento desde el punto de vista teórico

Como hemos anotado, los adjetivos «riesgo» y «peligro» utilizados en nuestro Código Civil corresponden históricamente a dos teorías perfectamente distinguibles en su origen acerca de la responsabilidad objetiva. Cada una de estas teorías tiene un lenguaje propio y, lo que es más, una de ellas, la teoría de la «exposición al peligro», ha sido formulada como superación de la otra, la teoría del «riesgo».

Tal vez por esta última razón se ha dictaminado que el límite del intento de fundar un sistema moderno de responsabilidad donde coexistan dos reglas generales (subjetiva y objetiva) consiste en lo difícil de derivar una regla de responsabilidad objetiva que sea válida para congregar las diversas *fattispecie* normativas que no se fundan directamente en el criterio de la culpa.[113]

Pero dado que las dos teorías inicialmente señaladas aspiran, precisamente, a dotar de fundamento a la responsabilidad objetiva, rendiremos breve cuenta de ellas.

6.1. Riesgo creado, riesgo-beneficio, riesgo de empresa

Hay que aclarar, previamente, que «riesgo» es un concepto que cobra importancia en el marco de una actividad humana, es decir,

> un fenómeno subjetivizado, atendiendo a la valoración esencialmente económica del *alea* que un sujeto asume al emprender una empresa o un negocio. En cambio,

---

[112] *STARCK, Boris, Henri ROLAND y Laurent BOYER. Obligations. T. 1: Responsabilité délictuelle. 5.ª ed. París: Éditions Litec, 1996, § 51, p. 34.*

[113] *BIGLIAZZI-GERI, Lina, Umberto BRECCIA, Francesco Donato BUSNELLI y Ugo NATOLI. Op. cit., p. 685.*

> «peligro» es amenaza notable de daño a terceros, grave probabilidad de lesión, derivada de una determinada actividad o de un determinado comportamiento o situación. Es una noción esencialmente objetiva, que representa la relevante potencialidad actual de daño o de mayor daño, cuyo aspecto principal resulta de su proyección hacia el exterior, en relación con los terceros amenazados por el daño.[114]

El riesgo «no es más que un aspecto, el aspecto económico del peligro objetivamente considerado».[115] «Peligrosidad» es «imposibilidad de adoptar medidas preventivas tales que descarten la posibilidad del daño».[116]

De «riesgo» empieza hablarse, en el terreno que nos interesa, bajo la idea de que quien obtiene un beneficio debe ser responsable por los daños que genere para los demás con tal aprovechamiento. De esta forma comienza a mencionarse en la obra de autores de la primera mitad del siglo XX y para explicar la responsabilidad civil por daños cometidos por animales. Así, por ejemplo, se afirma una máxima latina que, curiosamente, no está presente en las fuentes del derecho romano: «*Ubi commoda ibi et incommoda*» o «*cuius commoda eius incommoda esse debet*» o, con tono menos indirecto, «*ubi emolumentum, ibi onus*»,[117] para decir que «quien tiene como parte de su patrimonio, o en su empresa, animales necesarios, o útiles o necesarios para conservar o desarrollar esta última, responde, aun cuando libre de toda culpa, haya ocasionado daños con tales animales».[118] En la reparación de los daños, se apreciará la «contrapartida de los beneficios procurados».[119]

El empleo de dicha máxima ha sido objeto de una crítica inapelable. Si, por ejemplo, se pretendiera recurrir a la idea del *commodum* para explicar la responsabilidad de los propietarios de automóviles (que es lo que se hace, nótese bien, en aquel sector de nuestra jurisprudencia que parte de la equivocada idea de que los conductores son a priori responsables y de que el automóvil es un bien peligroso que, además, hoy en el Perú, pareciera tener hasta sustento legal con las presunciones de responsabilidad contenidas en los artículos 272, 273 y, sobretodo, 276 del Reglamento Nacional de Tránsito apro-

---

[114] *COMPORTI, Marco. Esposizione al pericolo e responsabilità civile. Op. cit., p. 170.*

[115] *FORCHIELLI, Paolo. «Intorno alla resopnsabilità senza colpa». Op. cit., p. 1387 (nota 25).*

[116] *MARTINI, Demetrio de. «Responsabilità per danni da attività pericolosa e responsabilità per danni nell□esercizio di attività pericolosa». Op. cit., col. 973. También en MARTINI, Demetrio de. I fatti produttivi del danno risarcibile. Padua: Cedam, 1983, pp. 241-242.*

[117] *CARBONIER, Jean. Op. cit., p. 341.*

[118] *PACCHIONI, Giovanni. Diritto civile italiano. Parte II. Vol. IV: «Dei delitti e quasi delitti». Padua: Cedam, 1940, p. 240. De acuerdo, véase VALSECCHI, Emilio. Op. cit., p. 159; MARTINI, Demetrio de. «Responsabilità per danni da attività pericolosa e responsabilità per danni nell□esercizio di attività pericolosa». Op. cit., col. 971.*

[119] *CARBONIER, Jean. Op. cit., p. 341.*

bado por decreto supremo 033-2001-MTC), se pasaría por alto, de modo imperdonable, que el *commodum* o beneficio es, en realidad, como ha advertido algún autor,

> de todos aquellos que utilizan automóviles para transportarse de un lugar a otro, es decir, de la mayor parte de los miembros de la sociedad. Y no debe perderse de vista que el sector de los accidentes automovilísticos es, justamente, aquel en el cual la conciencia social advierte en gran medida la necesidad de evaluar la responsabilidad de los conductores en términos de culpa, con la exoneración de aquellos que se atienen perfectamente a las normas jurídicas y técnicas para el manejo de vehículos. Que yo deba resarcir los daños por un choque que no se ha debido a mi culpa es juzgado, socialmente, como una clara injusticia.[120]

También se ha argumentado que la máxima puede, a lo sumo, justificar una responsabilidad extendida a los riesgos normales (o a los riesgos razonablemente probables), pero no a los riesgos absolutamente fuera de la normalidad, respecto de los cuales no habría razón para asumir que el empresario ha decidido soportarlos libre y espontáneamente.[121]

Hay, en fin, quien manifiesta que las máximas en mención, vagas, indeterminadas e inciertas, no pueden ser invocadas, por carecer de idoneidad, en el campo de la responsabilidad, ni mucho menos ser consideradas como principios generales del derecho;[122] y quien recuerda que la responsabilidad civil, en la figura bajo examen, se aplica incluso a quienes no obtengan ninguna «utilidad» o «beneficio» por el uso, por ejemplo, de una cosa.[123]

También de las teorías que recurren a las ideas de «riesgo-beneficio» (que aprecia en la responsabilidad por riesgo la contrapartida de los beneficios logrados por quien ejerce la actividad riesgosa) y del «riesgo creado» (que pretende desvincular la responsabilidad por riesgo de un criterio de imputación meramente económico para pasar a asociarla, directamente, con el dato objetivo de la creación del riesgo) se ha afirmado que representarían no otra cosa que acuñaciones de «fórmulas descriptivas, privadas de toda relevancia sistemática».[124]

---

[120] *BIANCA, Cesare Massimo. «La colpa come elemento costitutivo della fattispecie dell□ilecito». Op. cit., pp. 203-204.*

[121] *FORCHIELLI, Paolo. «Intorno alla responsabilitá senza colpa». Op. cit., p. 1388.*

[122] *COMPORTI, Marco. Esposizione al pericolo e responsabilità civile. Op. cit., p. 153.*

[123] *MONATERI, Pier Giuseppe. «La «custodia» di cui all□art. 2051 c.c.». Responsabilità civile e previdenza. Vol. XLVII, 1982, p. 763. La posición restrictiva contraria era defendida, entre otros, por VENDITTI, Arnaldo. «Sull□esercizio di attività percolose». Op. cit., p. 745.*

[124] *BUSNELLI, Francesco Donato. «Illecito civile». En Enciclopedia Giuridica Treccani. Vol. XV. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1989, p. 4 (de la separata).*

La aparición del «riesgo de empresa» es posterior, y se guía, ante todo, por las pautas de un análisis económico del concepto de «riesgo»: «la situación de la que puede derivar un daño según un índice normal de probabilidades».[125] El fin de la responsabilidad objetiva consistiría en «presionar para la eliminación del riesgo socialmente injustificado».[126] El empresario es visto como aquel que está en condiciones de soportar el riesgo por él creado, asumiendo, eventualmente, un seguro específico y proveyendo a destinar sumas para el resarcimiento de daños causados por sus actividades, al tiempo que se compensa con un correspondiente aumento del precio de los bienes y servicios que produce.[127] La responsabilidad objetiva por riesgo de empresa cumple, desde tal punto de vista, una función económica que la justifica: hacer que la empresa soporte el riesgo que le concierne «como parte de sus costos, de forma tal que se determine la sola supervivencia de las empresas y de los métodos de producción socialmente activos»:[128]

> la empresa que implique un riesgo de daño a terceros superior al normal y que ocupe, por ello, una posición marginal en el mercado, no podrá realizar la traslación del riesgo; el costo de éste quedará a su cargo, determinará una reducción de los beneficios y, de tal modo, una presión para la racionalización del método productivo o, si esto no es posible, para el cierre de la empresa, o de una rama marginal de ella».[129]

La función que se indica está vinculada con la teoría económica de la distribución de costos y beneficios como condición determinante de las decisiones en la producción:

> la decisión sobre el qué y el cómo producir se realizan, por lo general, sobre la base de criterios económicos: se produce un cierto bien, utilizándose un cierto método de producción atendiendo a que el rédito a producir supere los costos. Puede afirmarse, en principio, y respecto de la mayor parte de los sectores productivos, que tales decisiones, realizadas en el ámbito de las distintas empresas, tienen también un valor social, cuando la cuenta del activo y del pasivo de la empresa reflejen, respectivamente, el valor producido y el valor destruido por ella. Ahora bien, es

---

125 *Tucci, Giuseppe. Op. cit., p. 14.*

126 *Trimarchi, Pietro. Rischio e responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva. Op. cit., p. 37.*

127 *Trimarchi, Pietro. «Il «caso fortuito» quale limite della responsabilità per il danno da cose (contributo ad una teoria del rischio di impresa)». Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, año XIII, 1959, p. 828.*

128 *Trimarchi, Pietro. Rischio e responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva. Op. cit., p. 10.*

129 *Ib., p. 249.*

> claro que del valor destruido por la empresa forman parte no sólo las energías de trabajo, el material empleado y el conjunto de las máquinas, sino también los daños que el ejercicio de la empresa causa regularmente a terceros. Por ello, hay que concluir que si el sistema jurídico no atribuye al empresario el costo del riesgo creado por éste, puede ocurrir que empresas marginales o sectores marginales de empresa sean activos desde el punto de vista del empresario específico, mientras que desde el punto de vista social son pasivos, y destruyen un valor mayor del que producen, y se mantienen en vida sólo en cuanto una parte de su pasivo social, es decir, el costo del riesgo por ellas introducido en la sociedad, sea pagado por el público.[130]

La responsabilidad civil debe recaer en quien «tiene el control de las condiciones generales del riesgo, y tiene la capacidad de traducir el riesgo en costo, insertándolo armónicamente en el juego de los beneficios y pérdidas, con el instrumento de los seguros o de la autoprovisión».[131] Transformada en costo, a través del mecanismo de los seguros, la responsabilidad «por riesgo de empresa» induce, hipotéticamente, al empresario «a adoptar medidas para la reducción del riesgo, de la cual él saca ventaja, porque ésta implica una reducción de las primas».[132]

Se dice entonces que la responsabilidad objetiva, en suma, «puede presionar para la adopción de ulteriores medidas de seguridad si su costo es inferior al costo del riesgo que se elimina recurriendo a ellas; además, puede promover la investigación técnica y científica, para encontrar nuevas medidas»,[133] conclusión última que, sin embargo, puede resultar bastante discutible.

La teoría del «riesgo de empresa» diferencia las actividades «económicas» de las actividades «biológicas». Se considera que la responsabilidad objetiva cumple su función si es aplicada al ejercicio de las primeras, que se caracterizan por ser fruto de decisiones económicas y por presentar un «mínimo de continuidad y/o de organización», mientras que las actividades «biológicas» consisten en «una multiplicidad de actos dispares y no organizados» y en donde «no existen «condiciones generales del riesgo». Por esto, la responsabilidad por culpa aparece del todo suficiente».[134]

---

130 *TRIMARCHI, Pietro. «Il "caso fortuito" quale limite della responsabilità per il danno da cose (contributo ad una teoria del rischio di impresa)». Op. cit., p. 829.*

131 *TRIMARCHI, Pietro. Rischio e responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva. Op. cit., p. 50.*

132 *Ib., p. 41.*

133 *TRIMARCHI, Pietro. «Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva». En Fondamento e funzione della responsabilità civile. Op. cit., p. 32.*

134 *TRIMARCHI, Pietro. Rischio e responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva. Op. cit., pp. 43-44, quien sigue a PACCHIONI, Giovanni. Op. cit., p. 214.*

Hay que decir, sin embargo, que la distinción anterior ha sido vista como uno de los puntos débiles de la teoría examinada, dada la dificultad que se presenta a la hora de distinguir entre actividades «biológicas» y «económicas». La impresión, más realista, que tienen algunos autores es que toda actividad, «por más marginal o irrelevante que sea, tiene siempre un contenido económico».[135]

Se precisa, en fin, que todo el discurso precedente no solo es válido «para las empresas particularmente peligrosas: toda empresa, por implicar organización y continuidad, si ocasiona daños, grandes o pequeños, frecuentes o infrecuentes, los ocasiona con cierta regularidad, calculable por largos períodos, y por ello el riesgo correspondiente puede ser traducido en un costo».[136]

Se concluye entonces afirmando que

> el término «actividad peligrosa» implica la idea de una cierta concentración del riesgo en el tiempo y en el espacio, y viene referido normalmente solo a una actividad en la cual el riesgo es particularmente evidente, cuales son el uso de explosivos o de sustancias químicas venenosas. Empero [...] la aplicación de la responsabilidad objetiva debe ser más amplia, con la finalidad de comprender todos los casos en los cuales el riesgo tenga grandes dimensiones, no irrelevantes, para así ser calculable y traducible en costo: tales dimensiones y tal cualidad, el riesgo puede adquirirlas sólo a través de la continuidad, la repetición y la organización de actos, los cuales, singularmente considerados, aparecen inocuos. Dado este presupuesto, la responsabilidad objetiva puede encontrar una aplicación económica, y el mayor o menor grado de peligro se traduce automáticamente en una responsabilidad más o menos frecuente, más o menos costosa.[137]

Conocer esta teoría es importante para apreciar, con mayor claridad, lo que de ilógico tiene el citado proyecto de la Comisión que trabaja en la reforma de nuestro Código Civil cuando pretende hacer responsables «solidarios» al propietario y poseedor del bien (véase *supra*, § 5). Hace más de cuarenta años esta solución fue acertadamente juzgada como un mero expediente para hacer más fácil la acción del damnificado y de garantizarle, como sea, la obtención de un resarcimiento, pero con la imperdonable ignorancia de que así se atribuye la responsabilidad,

---

135 *ALPA, Guido y Mario BESSONE. I fatti illeciti. 1.ª ed. En Trattato di diritto privato diretto da Pietro Rescigno. Turín: UTET, 1982, p. 316. Similares son las críticas formuladas por COMPORTI, Marco. Esposizione al pericolo e responsabilità civile. Op. cit., pp. 160-161.*

136 *TRIMARCHI, Pietro. Istituzioni di diritto privato. Op. cit., § 91, p. 154.*

137 *TRIMARCHI, Pietro. Rischio e responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva. Op. cit., pp. 214-215.*

> no sólo a quien puede controlar de modo directo las condiciones generales del riesgo y puede calcular la medida de éste, sino también a quien no tiene dicha posibilidad o no la tiene en medida adecuada. Un propietario no podría dar una cosa en arrendamiento o por vía de otro contrato sin sentirse constreñido a realizar una evaluación de las dimensiones del riesgo ligado con el particular uso que se hará de ella o a tratar de influir en dichas dimensiones, mediante el ejercicio de presiones o reservándose la posibilidad de imponer directivas al arrendador o a quien recibe la cosa.[138]

En Italia se presentó el siguiente caso: un pescador sufrió lesiones por el desprendimiento de la rama de un árbol que se encontraba en un terreno que la asociación a la que él pertenecía había alquilado a la municipalidad del lugar. Formuló, entonces, una acción contra la asociación y ganó el pleito, pero la ejecución de la sentencia resultó infructuosa. Decidió, entonces, demandar a la municipalidad, en tanto y en cuanto propietaria del terreno. Como era de esperar, la doctrina ha advertido aquí, con justicia, no otra cosa que la búsqueda de dinero donde este no falta.[139] Pero la Corte di Cassazione italiana sentenció que lo correcto era, ni más ni menos, «imputar la responsabilidad a quien se encuentra en condiciones de controlar los riesgos inherentes a la cosa».

De matriz ideológica distinta es el análisis económico del derecho que aprecia el fundamento de la responsabilidad objetiva por actividades peligrosas teniendo en cuenta las condiciones de prevención unilateral (*infra*, § 9). El que ejerce una actividad peligrosa —se sostiene, en síntesis— «es el sujeto que reviste la calidad de dañador potencial, así como el único que tiene la competencia tecnológica para reducir los accidentes ocasionados por su actividad».[140]

Aplicando este último esquema a la responsabilidad del fabricante (*products liability*), resulta que, en la relación productor-consumidor, el primero «es el único que puede controlar tecnológicamente la presencia de defectos *ex origine* en el producto (en oposición, es el consumidor el único que puede controlar el uso normal o anormal del producto)»;[141] pero resultará interesante apreciar cómo, a veces, aun en supuestos de prevención unilateral,

---

138 *Ib., p. 256.*

139 MONATERI, *Pier Giuseppe. «La responsabilità civile». En Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco. Turín: UTET, 1998, p. 1048.*

140 *Ib., p. 44. Véase también* FERNÁNDEZ CRUZ, *Gastón. «Las transformaciones funcionales en la responsabilidad civil: La óptica sistémica (Análisis de las funciones de incentivación o desincentivación y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del civil law)». En Leysser L. León (ed.). Estudios sobre la responsabilidad civil. Lima: ARA editores, 2001, p. 272 y ss.*

141 MONATERI, *Pier Giuseppe. La responsabilità civile. Op. cit., p. 44.*

criterios de imputación objetivos pueden no ser los más eficientes para proveer una solución adecuada de responsabilidad, incluso en casos de responsabilidad del fabricante o de responsabilidad por consumo de productos.

6.2. Exposición al peligro

Según esta teoría, «quien crea y mantiene fuentes de exposición al peligro para la colectividad, está en todos los casos obligado al resarcimiento de los daños consiguientes, al margen de su culpa o de la de sus subordinados».[142]

Se admite, cómo no, que

> toda actividad o comportamiento humano, como toda situación, puede conllevar un peligro para terceros, pero es también cierto que algunas actividades implican un peligro tan remoto, hipotético y leve que no son tomadas en consideración, en modo alguno, desde este punto de vista; pero hay, igualmente, actividades o situaciones que la observación estadística y la experiencia sindican como productivas y causantes de daños relevantes para terceros, atendiendo a la frecuencia y a la entidad del daño. Estas últimas son las actividades que, por antonomasia, se califican como peligrosas: y son, además, las situaciones de las que puede derivarse un concreto peligro: peligro entendido en su significado específico, como potencialidad notable de daño. Tal potencialidad dañosa debe deducirse no sólo de la frecuencia de los accidentes causados por aquella cosa o actividad en un cierto período de tiempo, sino también de la dimensión o gravedad de los siniestros, aun cuando sean menos frecuentes.[143]

La exposición al peligro, en su versión más cercana a nuestra familia jurídica, se nutre de la doctrina alemana, que habla de «*Gefährdungshaftung*».[144] Dicha expresión acuña la siguiente idea: «responde sin culpa aquel de quien depende el control de la fuente de peligro de donde se ha derivado el daño. Se trata de una responsabilidad objetiva que no sanciona un comportamiento, y que se limita a ser imputación del daño a aquel que obtiene ventaja de una cierta actividad o situación».[145]

La diferencia entre la teoría del riesgo y la teoría de la exposición al peligro radica en que

---

[142] *Comporti, Marco. Esposizione al pericolo e responsabilità civile. Op. cit., p. 176.*

[143] *Comporti, Marco. «Responsabilità per esercizio di attività pericolose». Op. cit., p. 173.*

[144] *Larenz, Karl y Claus-Wilhelm Canaris. Lehrbuch des Schuldrechts. Vol ii. Parte 2: Besonderer Teil. 13.ª ed. Múnich: Beck, 1994, p. 610 y ss.*

[145] *Castronovo, Carlo. Problema e sistema nel danno da prodotti. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, p. 560.*

> a los efectos de la responsabilidad civil, mientras que con la regla del riesgo sólo se consigue establecer que el resarcimiento de ciertos daños constituye una carga para la empresa (la cual debe tenerla en cuenta en su gestión económica), con la regla del peligro se analiza la relación que media entre sujeto causa del peligro y sujeto efectivamente damnificado, y si nos preguntamos por este daño, aunque no sea imputable a culpa de quien lo ha causado, debe concluirse que deberá ser resarcido de todas maneras, teniendo en cuenta la peligrosidad de la actividad con la cual ha sido producido o la peligrosidad de los medios de los cuales el agente se ha servido.[146]

Así, pues,

> la relación entre responsabilidad objetiva y peligro puede [...] justificarse jurídicamente sobre la base del principio de que aquel que ejercita actividades peligrosas o que, de cualquier forma, realiza situaciones que conllevan una elevada probabilidad de daño para los terceros, debe responder de todos los daños que culposa o no culposamente se deriven de tal actividad o situación: y esto en consideración también del hecho de que es aquél (y no el tercero), si bien dentro de ciertos límites, quien puede dominar o evitar los peligros creados.[147]

Con este planteamiento se supera uno de los límites de la teoría del riesgo de empresa. Como se ha precisado, esta teoría, modelada sobre la base de

> una interpretación microeconómica de las relaciones de mercado vinculadas con el ejercicio de actividades empresariales resulta, de por sí, objetivamente funcional para con las estrategias de empresa. Pero, justamente por estar ligada con el ejercicio de actividades profesionales organizadas con fines de lucro, esta noción de riesgo no puede extenderse a todo tipo de actividad riesgosa que no sea ejercida de forma empresarial. No es correcto, por lo tanto, hablar de «riesgo» (ni de responsabilidad «por riesgo») todas las veces que se pretende justificar la responsabilidad objetiva de individuos que no son «empresarios» y que, entonces, no desarrollan sus actividades de forma empresarial.[148]

Incluso desde la perspectiva subjetivista se ha reconocido a la teoría de la exposición al peligro «el mérito de su mayor capacidad de síntesis y, en particular, la de comprender también las *fattispecie* de daño no vinculadas con actividades lucrativas».[149]

Desde una perspectiva crítica, sin embargo, se ha denunciado que es difícil que la categoría del «peligro» pueda constituir un título autónomo

---

146 *Comporti, Marco. Esposizione al pericolo e responsabilità civile. Op. cit., p. 171.*

147 *Ib., p. 175.*

148 *Alpa, Guido y Mario Bessone. I fatti illeciti. Op. cit., pp. 304-305.*

149 *Forchielli, Paolo. «Intorno alla responsabilità senza colpa». Op. cit., p. 1387 (nota 25).*

de responsabilidad, porque «el hecho de que una actividad haya ocasionado un daño permite sólo afirmar *ex post* el carácter «peligroso» de tal actividad».[150] Por ello, en los ordenamientos jurídicos en los cuales «se atribuye peculiar y autónoma relevancia a dicho criterio como fuente de responsabilidad, se requiere, generalmente, una calificación ulterior, en el sentido que la actividad resulte «anormalmente» o «altamente» peligrosa».[151]

Asimismo, se ha escrito que asumir la creación de peligros como justificación del resarcimiento es continuar proclamando la desaconsejable visión de la responsabilidad civil como sanción de comportamientos (ver al peligro, de por sí, como una conducta antisocial a ser reprimida). De igual manera, no sería teóricamente correcto considerar que el fin del ordenamiento sea reducir el peligro, porque es contra el daño, más bien, que se orienta el régimen de la responsabilidad.[152]

Para culminar este punto, merece destacarse la propuesta, en muchos aspectos equivalente a la teoría de la exposición al peligro, de recurrir a la responsabilidad objetiva todas las veces que se lleven a cabo actividades con mayor índice de riesgo que las demás. Con tono persuasivo y entendiendo el «riesgo» en sentido amplio, casi como sinónimo de «peligro», se especula que, si todos andaran a pie, en lugar de utilizar automóviles, el riesgo de ocurrencia de daños sería más bajo, por lo que quien decide utilizar un automóvil, o sustancias como líquidos inflamables o ácidos, incrementa el riesgo de generación de daños.[153]

Ahora bien, el criterio del peligro da la impresión de informar algunas normas contenidas en nuestra legislación especial.

Aquí nos limitaremos a recordar que, según el Reglamento Nacional de Tránsito,

> el que ejecute trabajos en la vía pública, está obligado a colocar y mantener por su cuenta, de día y de noche, la señalización de peligro y tomar medidas de seguridad adecuadas a la naturaleza de los trabajos. Debe además dejar reparadas dichas vías en las mismas condiciones en que se encuentre el área circundante, retirando la señalización, materiales y desechos oportunamente (art. 39, primer párrafo).

---

150 *SALVI, Cesare. Op. cit., p. 1232.*

151 *Ib., loc. cit.*

152 *CASTRONOVO, Carlo. «Responsabilità oggettiva: II) Disciplina privatistica - Diritto comparato e straniero». Op. cit., p. 8.*

153 *GALLO, Paolo. Introduzione al diritto comparato. Op. cit., p. 85, quien engloba de esta manera, a decir verdad inaceptablemente sintética, las más bien profícuas reflexiones contenidas en un famoso ensayo de FLETCHER, Georges P. «Fairnes and utility in tort law». Harvard law review, vol. 85. 1971-1972, p. 537 y ss.*

En este caso, la razonablemente severa regla de responsabilidad civil, fijada en la misma disposición, es que «serán solidariamente responsables de los daños producidos en accidentes por incumplimiento [de tales deberes] quienes encarguen la ejecución de la obra y los que la ejecuten» (art. 39, segundo párrafo).

7. Cuestiones aplicativas: el «riesgo» o «peligrosidad» en la casuística

En ausencia de definiciones legislativas, corresponde a la doctrina, naturalmente, proponer qué debe entenderse por «riesgo» o «peligrosidad» de las actividades.

En esta labor se ha percibido, lúcidamente, la primera tarea de quienes estudian esta hipótesis de responsabilidad civil.[154] No hay que olvidar, además, que la actividad definitoria es asunto de teóricos y no de jueces,[155] ni tampoco que los criterios brindados por las cláusulas normativas generales «no constituyen solamente un instrumento lógicamente necesario para la vinculación del hecho dañoso con un sujeto responsable de su resarcimiento: ellos cumplen también la función de circunscribir la operatividad de la cláusula».[156]

Se ha escrito que, en este ámbito, las referencias de la doctrina serían incluso más atendibles que las de la jurisprudencia, siempre y cuando estén apoyadas en un rico análisis de los ordenamientos extranjeros en los cuales los problemas definitorios de este tipo ya han sido resueltos.[157]

Sin embargo, puesto que nos encontramos ante una cláusula normativa general, creemos que a lo que hay que apuntar es a que los jueces se formen una orientación concreta al respecto, coherente y en sintonía con el devenir del tiempo.

Sin ser jamás fuentes del derecho, la doctrina y la jurisprudencia contribuyen, así, a la realización del principio de efectividad de las normas. Aquí la doctrina elabora las directrices de interpretación y traza los confines operativos de la cláusula general. A la jurisprudencia, en cambio, toca «la tarea inalienable de proceder, siguiendo tales directrices y dentro de dichos confines,

---

154 *MONATERI, Pier Giuseppe. La responsabilità civile. Op. cit., p. 1016.*

155 *SACCO, Rodolfo. «Dottrina (fonte del diritto)». En Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile. Vol. VII. Turín: UTET, 1991, p. 217.*

156 *RODOTÀ, Stefano. Op. cit., p. 145.*

157 *BESSONE, Mario. «La responsabilità del produttore». Responsabilità civile e previdenza, año XLII, 1977, p. 201.*

a una obra incesante de selección y catalogación de la casuística provista por la experiencia».[158]

No cabe duda de que la peligrosidad o el riesgo tienen que ser concebidos con un criterio rigurosamente objetivo dentro de la perspectiva clásica del *civil law*. Ello significa:

a) En primer lugar, las condiciones particulares del agente que realiza la actividad y del damnificado deben permanecer al margen del examen: cualquiera puede ser responsable por el ejercicio de una actividad peligrosa.[159] Por esta razón, las actividades de las que nos habla el artículo 1970 no se restringen a aquellas que tienen fines de lucro o de utilidad personal. Tampoco se excluyen las situaciones de riesgo o peligro imputables a la Administración Pública.

Se anota, en tal sentido, que el criterio de imputación analizado

> no sólo se aplica a la actividad de los particulares, del mismo modo que no se basa en la ventaja económica que se pueda obtener de ella: de lo contrario, sería necesario excluir, paradójicamente, del ámbito de aplicación de la norma no sólo a la Administración Pública, en lo que respecta a la actividad de carácter público, sino también a todo particular que persiga, por ejemplo, finalidades filantrópicas, y con ello se realizaría una discriminación que no respeta la letra ni la *ratio* de la disposición.[160]

Respecto de la Administración Pública sería contrario a la razón, por lo demás, asumir que todo cuanto ella realiza se encuentra revestido de «legitimidad» o de «licitud», por lo cual no existiría posibilidad de considerarla civilmente responsable.

Este «cuasi principio» —si así se le puede denominar— ha sido fundadamente negado por la doctrina, que lo ha circunscrito, aplicativamente, al ámbito de la «ejecutoriedad del acto administrativo, es decir, sólo al poder que tiene la Administración para realizar directamente sus propias pretensiones jurídicas fundadas en actos administrativos, sin tener que dirigirse previamente a la autoridad judicial».[161]

---

158 *Busnelli, Francesco Donato. «Principi per l'unificazione del diritto in materia di responsabilità extracontrattuale». Op. cit., p. 193.*

159 *Bigliazzi-Geri, Lina, Umberto Breccia, Francesco Donato Busnelli y Ugo Natoli. Op. cit., p. 760; Roppo, Vincenzo. «Clausole generali e fattispecie tipiche nella disciplina della responsabilità per trattamento di dati personali». En Luciana Cabella-Pisu y Luca Nanni (coords.). Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta. Padua: Cedam, 1998, p. 424.*

160 *Sciso, Carla Maria. Op. cit., p. 552.*

161 *Monateri, Pier Giuseppe. «Art. 2050 e parametri giuridici di controllo sull'attività della p.a.». Responsabilità civile e previdenza, vol. xlvii, 1982, p. 378.*

En relación con este punto, se ha creado unanimidad entre los autores[162] acerca de la responsabilidad civil que cabe imputar a la Administración por los llamados «peligros ocultos» (*insidie*) de las calles, pistas y edificios destinados a uso público, inclusive.

Recientemente, la Corte di Cassazione italiana ha reafirmado tal parecer al casar una sentencia favorable a la municipalidad de Nápoles, con la cual esta quedaba exenta de pagar el resarcimiento a una dama que se hirió de consideración al sufrir una caída en un centro polideportivo por causa de un defecto en la estructura que no había sido convenientemente señalizado.[163]

La única excepción a esta correcta interpretación parece estar dada, por razones que no necesitan mayor comentario, para los casos en que los daños se producen en sedes tan amplias que resulta objetivamente imposible para la Administración proveer lo necesario para neutralizar los peligros allí surgidos.[164]

Pasando a otro ejemplo, pero siguiendo el mismo orden de ideas, no es dable excluir, en el plano de la legitimación activa en el supuesto de responsabilidad aquí analizado, a aquellos que participan fácticamente de la gestión de la actividad peligrosa, cuya esfera de intereses podría terminar confundiéndose con la del que ejerce dicha actividad:[165] en otras palabras, un trabajador, por ejemplo, podría demandar por daños a la administración de la empresa que ejerce la actividad peligrosa, a la cual, al mismo tiempo, él presta servicios.[166]

Lo que se acaba de afirmar no se altera por la circunstancia de que las más de las veces la legitimación pasiva corresponda, en estos casos, a un empresario. Ello se debe a que «el ejercicio de una actividad peligrosa comporta, normalmente, la existencia de una serie de actos coordinados y de instrumentos organizados que presuponen, justamente, la existencia de una empresa».[167] Respecto de estos casos, se considera que el riesgo

---

[162] *Ya desde* GERI, *Vinicio. La responsabilità civile da cose in custodia, animali, rovina di edificio. Milán: Dott A. Giuffrè Editore, 1974, p. 154 y ss.*

[163] *Sentencia n.□ 19653, «Conte vs. Comune di Nápoles», del 1 de octubre de 2004, publicada en Giurisprudenza italiana, 2005, p. 243 y ss.*

[164] *La referencia es de* PUGNO, *Stefano. «La pubblica amministrazione è custode degli edifici pubblici ai sensi dell□art. 2051 c.c.». En Giurisprudenza italiana, 2005, p. 247.*

[165] FACCI, *Giovanni. «La responsabilità da attività pericolose». En Massimo Franzoni (ed.) Le obbligazioni. Vol.* II: *«Le obbligazioni da fatto illecito». Turín: UTET, 2004, pp. 268.*

[166] *En contra, véase* SCISO, *Carla Maria. Op. cit., p. 553, quien considera que, en dicha hipótesis, solo sería aplicable el régimen legal de accidentes de trabajo.*

[167] FRANZONI, *Massimo. Dei fatti illeciti. Op. cit., p. 485.*

existe «*in re ipsa*» en «el hecho de utilizar maquinarias complejas o fuerzas de trabajo a tal punto numerosas que impiden un efectivo control de las aptitudes y capacidades individuales, o en el resultado del trabajo desarrollado».[168]

b) En segundo lugar, el análisis objetivo de la peligrosidad implica que queden fuera del ámbito de aplicación de la norma las conductas peligrosas aisladas, o sea, aquellas que no ostentan la característica de la continuidad. Tal sería el caso, formulado con fines didácticos por la doctrina,[169] de la persona que entra en un restaurante en hora punta y se pone a jugar con una pistola cargada. Aquí nos hallamos frente a un acto «aislado» de imprudencia, y, si se ocasiona un daño, el causante será hallado responsable mediante la cláusula normativa general de responsabilidad subjetiva y no por la realización de una actividad peligrosa.

c) En tercer lugar, el peligro representado por la peligrosidad debe ser el de un daño «típico e inmanentex. En otras palabras, la potencialidad dañosa de la actividad tiene que ser superior a la normal.[170] Y, como hay que tener en cuenta, al mismo tiempo, la cantidad de daños habitualmente causados por la actividad y la gravedad de los perjuicios que pueden suscitarse, se puede sostener que la actividad es peligrosa «cuando estadísticamente ocasiona muchos accidentes, y cuando amenaza con ocasionar accidentes muy graves».[171]

Ciñéndonos a las tres consideraciones anteriores, pueden enumerarse algunos supuestos de actividades peligrosas reconocidas por la jurisprudencia y doctrina extranjeras, dejando a un lado, claro está, aquellos que cuentan con legislación especial.

En tal sentido, hay unanimidad en identificar como peligrosa la actividad de producción y distribución de energía eléctrica;[172] la producción y distribución de gas en balones o de gas metano; la tala de árboles; la construcción (excavación, edificación, etc.);[173] la organización de ciertas compe-

---

[168] *Gazzoni, Francesco. Op. cit., p. 703.*

[169] *Monateri, Pier Giuseppe. La responsabilità civile. Op. cit., p. 1016.*

[170] *Gentile, Guido. Op. cit., p. 105; Montel, Alberto. «In tema di responsabilità ex art. 2050 cod. civ.». En Problemi della responsabilità civile e del danno. 2.ª ed. aumentada. Padua: Cedam, 1971, p. 617.*

[171] *Monateri, Pier Giuseppe. La responsabilità civile. Op. cit., p. 1019.*

[172] *Visintini, Giovanna. La responsabilità civile nella giurisprudenza. Op. cit., p. 394 y ss.*

[173] *Capocaccia, Anna. «Responsabilità (diritto civile)». En Enciclopedia forense. Vol. VI. Milán: Casa editrice Dott. Francesco Vallardi, 1961, p. 369.*

ticiones deportivas y recreativas (motociclismo en circuitos abiertos al tráfico, cacería, esquí, por ejemplo); la administración de piscinas[174] y parques de diversiones; la fabricación, importación y distribución de fármacos;[175] el transporte y la conservación de sustancias combustibles fácilmente inflamables;[176] la actividad pirotécnica; la utilización de explosivos con finalidades de extracción de minerales; y hasta la llamada «fangoterapia».[177] En algunos supuestos, también la organización de actividades de carácter folclórico o la gestión de un servicio de sauna.[178] La actividad de equitación en la que tomen parte personas no instruidas en dicho deporte o la organización de un partido de fútbol profesional pueden llegar a cobrar relevancia jurídica en este ámbito.[179]

En cuanto al empleo de la energía nuclear, la pauta en los distintos ordenamientos jurídicos ha sido la consagración de una responsabilidad objetiva absoluta, por «ultrarriesgo», normalmente a través de la legislación especial.[180] Con alguna razón se duda, sin embargo, que, aun en tal supuesto, se tengan que resarcir los daños suscitados por eventos de carácter bélico o por guerras civiles, o los ocasionados —nótese el tinte subjetivista— por «culpa inexcusable» de la propia víctima.[181]

El severo, pero justificado, criterio de la responsabilidad objetiva absoluta informa, asimismo, algunas leyes especiales que se han dado para regular la responsabilidad por daños causados por objetos caídos del espacio, y los daños causados por aeronaves a personas o cosas en la superficie.[182] En Francia, la reciente ley 2003-669, del 30 de julio de 2003, reformadora de la normativa en materia ambiental, fija el régimen de «prevención de los riesgos tecnológicos y naturales, y de resarcimiento de los daños».[183]

La experiencia foránea es también importante para saber en qué casos, por el contrario, no estamos ante actividades peligrosas.

---

[174] *MONTEL, Alberto. Op. cit., p. 615 y ss.*

[175] *BIANCA, Cesare Massimo. Diritto civile. Vol. V: La responsabilità, p. 706; GAZZONI, Francesco. Op. cit., p. 705.*

[176] *SOMMA, Alessandro. «Le fonti di notevole pericolo nelle esperienze italiana e tedesca». En Luciana Cabella-Pisu y Luca Nanni (coords.). Op. cit., p. 445.*

[177] *RECANO, Paolo. La responsabilità civile da attività pericolose. Padua: Cedam, 2001, p. 273.*

[178] *Ib., pp. 213 y 222.*

[179] *FACCI, Giovanni. Op. cit., pp. 272 y 273.*

[180] *STONE, Ferdinand S. Op. cit., p. 54 y ss.*

[181] *GRASSETTI, Cesare. Op. cit., col. 54.*

[182] *COMPORTI, Marco. «Causa estranea, caso fortuito, responsabilità oggettiva». Op. cit., col. 2657.*

[183] *GRYMBAUM, Luc. Op. cit., p. 26.*

La doctrina sugiere el siguiente criterio: no son peligrosas las actividades, ni siquiera las más difíciles, que, «según un criterio de experiencia práctica y de normalidad de acaecimiento, no pueden producir daños si no es como efecto de una, aun cuando mínima, falla humana».[184]

Aquí hay tres supuestos en los cuales no necesariamente se observa la indicación anterior, pero que, por su importancia, son de mencionar: la actividad médica (incluso en los supuestos de daños producidos en terapias de *electroshock* y de cirugía); la actividad bancaria; y las actividades accesorias, colaterales o sucesivas respecto de una actividad principal peligrosa.

En el primer caso, se dice que hay que tener en cuenta que la actividad médica (y, más en general, el ejercicio de las profesiones intelectuales) pertenece al ámbito contractual (con inclusión de las relaciones que no tienen origen en contratos, sino que nacen del «contacto social») y dispone, en nuestro medio, de un régimen particular de responsabilidad, a saber: el previsto en el artículo 1762 del Código Civil y en la Ley General de Salud.

La actividad terapéutica-sanitaria, se dice, «no puede ser calificada como peligrosa: no lo es ni por naturaleza ni por los medios adoptados, atendiendo a la función que éstos cumplen. Opinar lo contrario equivaldría a calificar como peligrosa la actividad de cirugía por el solo uso del bisturí».[185]

Con agudeza, sin embargo, se advierte que las consideraciones anteriores no comprenden la experimentación humana, que es de por sí peligrosa,[186] ni la actividad de preparación de sangre para su empleo en transfusiones.[187]

En Alemania, por ejemplo, la ingeniería genética es regulada por una ley especial (*Gentechnikgesetz*, del 20 de junio de 1990) que consagra un sistema de responsabilidad objetiva absoluta, inspirado en la prácticamente unánime identificación de dicha actividad como «fuente de notable peligro».[188]

Pero ha sido advertido ya por algún autor, con carácter general, que, dependiendo del progreso alcanzado por la ciencia y la técnica, áreas médico-quirúrgicas que tradicionalmente fueron consideradas dentro del ámbito de operatividad de la cláusula general normativa por culpa, son hoy reputadas como áreas de dominio de la responsabilidad por riesgo, tales

---

[184] *MARTINI, Demetrio de. «Responsabilità per danni da attività pericolosa e responsabilità per danni nell□esercizio di attività pericolosa». Op. cit., col. 982.*

[185] *MONTEL, Alberto. Op. cit., p. 621.*

[186] *BIANCA, Massimo. Diritto civile. Vol. V: La responsabilità, p. 707.*

[187] *La referencia es de FACCI, Giovanni. Op. cit., p. 277.*

[188] *LARENZ, Karl y Claus-Wilhelm CANARIS. Op. cit., p. 642; FEDKE, Jörg y Ulrich MAGNUS. Op. cit., p. 160.*

como la del médico cirujano en operaciones de fácil ejecución, la del cirujano plástico o la del médico dentista.[189]

En el segundo caso que señalábamos, relativo a las actividades bancarias, a pesar de las alegaciones de clientes que han sido víctimas de daños durante robos perpetrados en oficinas de bancos, también hay que descartar que tales actividades sean intrínsecamente peligrosas.

En un caso ventilado ante un tribunal genovés, se pretendió hacer responsable a un banco con la curiosa alegación de que el dinero constituye una *vis atractiva* para los criminales. El juez, con acierto, señaló que, de producirse dichos daños (lesiones, sustracción de dinero con pérdida de la vida, inclusive), ellos no derivarían directa ni indirectamente del ejercicio de la actividad bancaria, sino «de la deliberada voluntad de delinquir ulteriormente por parte de los agentes, en el transcurso de la acción criminal programada».[190]

En el tercer caso, creemos que no pueden considerarse actividades peligrosas aquellas que revisten un carácter accesorio, colateral y/o sucesivo a una actividad que sí es intrínsecamente peligrosa.

Aquí lo que puede llevar a confusión al intérprete es el nexo de interdependencia económica entre tales actividades y sus agentes.

Empero, y como explica la doctrina, lo relevante para una correcta aplicación de la norma evaluada es establecer si la objetiva peligrosidad de una actividad precisa puede considerarse causalmente relacionada con el evento dañoso. Por ejemplo, el acopio de madera en la fase previa a los trabajos de un aserradero no es actividad peligrosa, pero el aserrado de la madera sí lo es. En cambio, tanto la distribución cuanto el ciclo productivo del gas metano se consideran, por igual, actividades peligrosas.[191]

La regla de la responsabilidad por actividad peligrosa, introducida por el codificador italiano e importada por el nuestro, ha dado ulterior muestra de su ductilidad al ser reconocida, legislativamente, como el criterio por aplicar en los casos de daños cometidos por efecto del tratamiento de datos personales.

En tal sentido, el muy reciente *Codice della Privacy*, decreto legislativo 196 de 2003, contiene una norma específica de reenvío (art. 15) de los daños ocasionados por efecto del tratamiento de datos personales a la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas, regulada en el artículo 2050 del Código Civil italiano. Este es el mismo camino que se había

---

189 *FRANZONI, Massimo. «La responsabilità nelle obbligazioni di mezzi e nelle obbligazioni di risultato». Responsabilità, comunicazione, impresa, año II, n.º 2, 1997, p. 320.*

190 *La referencia es de RECANO, Paolo. Op. cit., p. 290.*

191 *Los ejemplos son de SCISO, Carla Maria. Op. cit., pp. 559-560.*

seguido ya en la derogada «ley de protección de las personas y de otros sujetos respecto del tratamiento de los datos personales», n.º 675, de 1996 (art. 18), en su momento apreciado por la doctrina italiana como el mejor coincidente con las líneas fundamentales trazadas por el derecho comunitario europeo en materia de responsabilidad objetiva.[192]

8. La prueba y la decisión judicial en torno del riesgo o peligrosidad

Se ha observado que el análisis de la causalidad por parte de los jueces asume mayor importancia en los supuestos de responsabilidad objetiva: si se prescinde «de un análisis en términos de culpa del sujeto responsable, se hace imprescindible la demostración de una conexión causal incontrovertible entre el daño y la cosa o la actividad del que éste ha derivado».[193]

Quien invoca en su favor el artículo 1970 del Código Civil tiene que demostrar, entonces y esencialmente, el nexo causal entre el genérico ejercicio de la actividad y el daño producido. Esto significa para algunos que, a la hora de probar, no hay que prestar atención a una específica acción u omisión del que ejerce la actividad, sino que basta que el nexo causal exista, en términos de probabilidad, respecto del daño producido. Al juez le corresponde considerar si el evento lesivo se ha presentado como una consecuencia probable de la actividad peligrosa, pues no hay que olvidar que se trata de una responsabilidad por riesgo típico de la actividad emprendida.[194]

La experiencia del país de donde proviene la norma examinada enseña que la potencialidad dañosa de la actividad debe ser evaluada por la magistratura según el criterio de la normalidad media, la cual será deducida de datos estadísticos y elementos técnicos, pero sin dejar de atender a las nociones de la experiencia común. En su análisis, el juez puede tener en consideración, por ejemplo, el hecho de que la actividad se encuentre sometida legalmente a la asunción de medidas de precaución o al requisito de la previa autorización de la Administración Pública. También pueden tomarse en cuenta los índices de riesgo indicados por las compañías de seguros y, en especial, la existencia de primas de seguros que sean notablemente superiores a la media.[195]

---

[192] *BUSNELLI, Francesco Donato. «Spunti per un inquadramento sistematico». En Massimo Bianca y Francesco D. Busnelli (eds.) Tutela della privacy-Legge 31 dicembre 1996 n. 675, p. 232; BUSNELLI, Francesco Donato y Giovanni COMANDÉ. Op. cit., p. 213.*

[193] *VISINTINI, Giovanna. Tratatto breve della responsaiblità civile. Op. cit., p. 651.*

[194] *MONATERI, Pier Giuseppe. La responsabilità civile. Op. cit., p. 1033.*

[195] *Ib., pp. 1021-1022.*

Ninguno de los criterios indicados —nótese bien— es exclusivo. Las actividades peligrosas no solo serán las específicamente contempladas en las leyes preventivas de accidentes, que velan por la incolumidad de los ciudadanos, sino también aquellas que, aun cuando no especificadas, ostenten una peligrosidad intrínseca según el análisis de la magistratura.[196]

Lo aconsejable, entonces, es que el criterio por adoptar judicialmente sea cuantitativo o estadístico: debe atenderse a la «peligrosidad de diversos tipos de actividad (en el plano de la cantidad y de la dimensión de los daños típicamente vinculados con ella), a ser determinada mediante una evaluación *ex ante* y no con un juicio *ex post* basado en la gravedad del daño que se verifica en concreto».[197] Esto es importante subrayarlo, porque no pueden considerarse causados «en el ejercicio de una actividad peligrosa» los daños que, «a pesar de producirse durante él, no presenten conexión con el específico carácter de peligrosidad que se toma en cuenta para calificar como «peligrosa» la actividad de que se trate».[198]

9. La responsabilidad objetiva frente al análisis de las capacidades de prevención de los sujetos: la «relectura» del artículo 1970 del Código Civil peruano. Reenvío

Como ha podido apreciarse de lo expresado en los numerales 6) y 7) precedentes, las categorías del «riesgo» o «peligrosidad» como justificativos teóricos del traspaso económico del daño de la víctima al responsable, en hipótesis de responsabilidad objetiva, parecen no haber sido suficientes para explicar coherentemente supuestos de responsabilidad prescindiendo del análisis del comportamiento de los sujetos y, en múltiples aspectos, parecen confundirse.

Más allá de los intentos de Comporti de diferenciar los conceptos de «riesgo» y «peligro», en el sentido de que el primero reflejaría la «valoración esencialmente económica del «*alea*» que un sujeto asume al emprender una empresa o un negocio» (por lo que sí reflejaría un análisis de la actividad humana, «incompatible» con un sustento objetivo de la responsabilidad), mientras que el segundo señala «una amenaza notable de daño a terceros […] derivada de una determinada actividad o de un determinado comportamiento o situación» (por lo que sí sería una noción esencialmente objetiva al analizar la faz externa de actuación de los sujetos: la proyección hacia el

---

[196] *Capocaccia, Anna. Op. cit., p. 368. En el mismo sentido, véase Sciso, Carla Maria. Op. cit., p. 557.*

[197] *Salvi, Cesare. Op. cit., p. 1233.*

[198] *Busnelli, Francesco Donato. «Illecito civile». Op. cit., p. 27.*

exterior) (ver *supra*, § 6.1), lo cierto es que cuesta diferenciar ambos conceptos. Por ello, para algunos —como también ya se ha señalado—, el «riesgo» no es sino «el aspecto económico del peligro objetivamente considerado»,[199] mientras que el término «peligro» representa siempre «la idea de una cierta concentración del riesgo en el tiempo y en el espacio».[200]

Resulta y resultará siempre difícil de desentrañar si el codificador peruano, al plasmar el artículo 1970 del Código Civil, intentó recoger los dos principales sustentos de la responsabilidad objetiva desarrollados por el *civil law*, como son el «riesgo creado» (en beneficio propio) o la «exposición al peligro», al asignar ambos adjetivos al bien o actividad con el (la) cual se causa un daño a otro, debido a que ya existen opiniones vertidas en sede nacional en el sentido de que «la reiteración parece obedecer más bien al deseo del legislador de que no quede duda de que todo aquello que genere la proximidad de un daño está sujeto a la responsabilidad objetiva».[201]

En una perspectiva histórica, sin embargo, no cabe duda de que el basamento teórico de la «exposición al peligro», desarrollado principalmente por Comporti, representó un avance respecto a la teoría del «riesgo de empresa», argumentada por Trimarchi, lo que permitió asignar responsabilidad objetiva a individuos «que no son «empresarios» y que, entonces, no desarrollan sus actividades de forma empresarial»[202] (ver *supra*, § 6.2).

El principio, entonces, que sustenta la responsabilidad objetiva, en los términos clásicos del *civil law* sería el siguiente: aquel que ejercita actividades peligrosas debe responder de todos los daños que tal actividad cause a terceros. Y ¿por qué?: porque es razonable pensar que el que desarrolla la actividad que genera el peligro es «quien puede dominar o evitar los peligros creados».[203]

En la afirmación antedicha puede reconocerse esa aproximación «intuitiva» al problema que bien retrata Castronovo cuando señala que «teorías como aquellas del *cuius commoda eius et incommoda*, de la exposición al peligro, del riesgo están, pues, empapadas de una tensión irresoluta entre la intuición correcta de la realidad y la incapacidad de formalizarla jurídicamente sin caer en la contradicción».[204]

Y esa contradicción, qué duda cabe, ha sido siempre la de tratar de crear y defender una categoría de responsabilidad (la objetiva), definida por opo-

---

199 *FORCHIELLI, Paolo. «Intorno alla responsabilità senza colpa». Op. cit., p. 1387 (nota 25).*

200 *TRIMARCHI, Pietro. Rischio e responsabilità oggettiva. Op. cit., p. 214.*

201 *TRAZEGNIES, Fernando de. Op. cit., p. 158.*

202 *ALPA, Guido y Mario BESSONE. Op. cit., p. 305.*
COMPORTI, Marco. Esposizione al pericolo e responsabilità civile. Op. cit., p. 175.

204 *CASTRONOVO, Carlo. La nuova responsabilitá civile. Op. cit., p. 73.*

sición al análisis de la conducta de los sujetos, pues esto estaba reservado al campo de la cláusula general normativa por culpa.

El mérito del «análisis económico del derecho» y, particularmente, el de los aportes de Calabresi[205] ha sido el de encontrar, por fin, una fórmula jurídicamente correcta para asignar responsabilidad objetiva, sin caer en contradicciones teóricas. Y el error más grande de un vasto sector del *civil law* ha consistido en crear una dicotomía entre la negligencia y la responsabilidad objetiva,[206] creyendo que la prevención (que es diligencia) solo debe analizarse en la responsabilidad subjetiva; así pues, se ha definido el concepto de culpa por oposición a la diligencia (negligencia).

Nada más alejado de la realidad: si la generación de peligro deriva de actividades humanas, interesará siempre analizar los supuestos de falta de prevención, por lo que un «comportamiento negligente» puede estar presente tanto en supuestos de responsabilidad por culpa, como en los de responsabilidad por riesgo.

¿Cómo «releer» entonces el artículo 1970 del Código Civil peruano?

«Peligrosidad» no es, como ha señalado algún autor (ver *supra*, § 6.1), «imposibilidad de adoptar medidas preventivas tales que descarten la posibilidad del daño».[207]

«Peligrosidad» es «*carencia de adopción de medidas de prevención por un sujeto que es el único que puede dominar o evitar los peligros creados*».

Este es el verdadero y actual significado de la «exposición al peligro» como sustento de la cláusula normativa general recogida en el artículo 1970 del Código Civil peruano. Y, en verdad, debiera representar también el verdadero significado de su antecedente inmediato: el artículo 2050 del Código Civil italiano. La referencia final que realiza este artículo a la prueba de «haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño» no puede ni debe ser entendido más como un «anclaje» en la cláusula normativa general por culpa, sino una referencia legal expresa al reconocimiento de que los deberes de prevención también están presentes en la responsabilidad objetiva (y, por ende, una referencia legal expresa a la negación de la culpa como concepto antitético al de diligencia). Cuando el artículo 2050 del Código Civil italiano señala que quien realiza una actividad peligrosa responde, a no ser que pruebe «haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño», debe entenderse el acogimiento normativo de esta noción de peligrosidad que hemos postulado: «Carencia de adopción de

---

[205] *Ib., pp. 73-74.*

[206] POSNER, *Richard. Op. cit., p. 172.*

[207] MARTINI, *Demetrio de. «Responsabilità per danni da attività pericolosa e responsabilità per danni nell□esercizio di attività pericolosa». Op. cit., col. 973. También en* MARTINI, *Demetrio de. I fatti produttivi del danno risarcibile. Op. cit., pp. 241-242.*

medidas de prevención por un sujeto que es el único que puede dominar o evitar los peligros por él creados».

Ello no significa otra cosa que la identificación de un supuesto de prevención unilateral en la que la solución más eficiente en términos de asignación de responsabilidad se encuentra aplicando la responsabilidad objetiva, salvo en los casos en que se compruebe que el estado de la ciencia y la tecnología, en una sociedad dada, todavía no ha alcanzado un nivel adecuado de desarrollo, en cuyo caso siempre será más eficiente aplicar la regla de la responsabilidad por culpa.[208]

Si dicha actividad no ha alcanzado aún un nivel tecnológico adecuado, deberá aplicarse el artículo 1969 del Código Civil: la cláusula general normativa por culpa.

Si, por el contrario, se comprueba que el estado de la tecnología a la que pertenece la actividad involucrada es ya el adecuado, deberá aplicarse el artículo 1970 del Código Civil: la cláusula general normativa por riesgo (o exposición al peligro de terceros).

Solo así se encontrará una solución de responsabilidad eficiente y justa (socialmente entendida).

10. Los eximentes de responsabilidad

El codificador peruano establece que el límite de la responsabilidad por actividad riesgosa o peligrosa (o mediante bien riesgoso o peligroso) está representado por el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho determinante de tercero o la culpa de la propia víctima (art. 1972 del Código Civil).

Todos estos son elementos o hechos externos que inciden en el «proceso causativo del daño. La relevancia del caso fortuito tiene que ver, por lo tanto, con el aspecto causal, en tanto y en cuanto susceptible de una evaluación que permita asociar con el elemento externo […] el daño concretamente verificado».[209]

---

[208] *Para el sustento de estas afirmaciones y la defensa de las bondades del criterio del cheapest cost avoider desarrollado por Calabresi para asignar responsabilidad objetiva (así como para el análisis de sus deficiencias y/o limitaciones), permítasenos reenviar al lector a* FERNÁNDEZ CRUZ, *Gastón. «Comentario sub art. 1969». En Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. T. X. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, §§ 16-17, pp. 60 y ss., de donde podrá extraerse la siguiente conclusión: si afrontado un problema de responsabilidad extracontractual se identifica dentro de los sujetos involucrados un supuesto de prevención unilateral, antes de aplicar la regla de responsabilidad objetiva, deberá contrastarse el estado de la tecnología a la que pertenece la actividad desarrollada (bajo la función «sistémica» de incentivación o desincentivación de actividades, de la responsabilidad civil).*

[209] SALVI, *Cesare. Op. cit., p. 1231.*

Por ello, se ha puesto en evidencia lo inexacto de utilizar la expresión «prueba liberatoria» en estos casos, porque, cada vez que el imputado (cualquiera que sea el título por el que se le pretende hacer responsable) demuestra la inexistencia del nexo causal entre el evento productivo del daño y el daño por el que se le demanda, este

> quedará exento de responsabilidad, justamente, porque el hecho no es materialmente enlazable con él. En otras palabras, cuando el daño invocado por el damnificado pertenece a una «cadena causal» diversa (o, en todo caso, sobrevenida, por sí sola suficiente para causar el evento), solo será resarcible por parte del que lo ha originado o ha concurrido para la verificación de esa distinta (o sobrevenida) causa de daño.[210]

Dejando de lado dichas observaciones, con todo pertinentes y acertadas, no carece de interés recordar que la consideración del caso fortuito como eximente de responsabilidad se encuentra en la línea de continuidad con el derecho romano, específicamente con cuanto ha llegado a conocerse en nuestros días acerca de la hipótesis del *damnum iniuriam datum*.

Según la reconstrucción histórico-jurídica habitual, los requisitos esenciales del *delictum*, que podía atacarse judicialmente a través de la *actio legis aquiliae*, habrían sido: (i) el evento dañoso (pérdida de carácter económico) sufrido por un sujeto; (ii) la dependencia causal del daño de un acto ajeno; (iii) la injusticia del hecho dañoso; y (iv) algún tipo, variable, de voluntariedad del perjuicio producido.

Lo que es de rigor subrayar, en nuestro análisis, es que el segundo de tales requisitos implicaba «que la responsabilidad se descartara cuando el evento dañoso derivaba, a pesar de las apariencias iniciales, de «fuerza mayor» (*vis maior cui resisti non potest*) y de demás circunstancias del todo incontrolables para el propietario (o para otro en su lugar) de la cosa que hubiese producido materialmente el daño».[211]

Estas son circunstancias no imputables porque no tienen origen en el hecho del agente, es decir, «en un comportamiento suyo (positivo o negativo) consciente y voluntario, sino que derivan *aliunde* […] o que son en tal medida repentinas e imprevisibles que escapan a toda posibilidad de control».[212] Se trata, entonces, de «hechos específicos de tal relevancia que degradan el ejercicio de la actividad al rango de ocasión y no ya de causa o concausa del evento, razón por la cual dichos hechos, positivamente indica-

---

[210] *PUGNO, Stefano. Op. cit., p. 247.*

[211] *GUARINO, Antonio. Diritto privato romano. 12.ª ed. Nápoles: Jovene, 2001, p. 1001.*

[212] *BIGLIAZZI-GERI, Lina, Umberto BRECCIA, Francesco Donato BUSNELLI y Ugo NATOLI. Op. cit., p. 96.*

dos, habrían podido producir, por sí solos, el evento».[213] Quien los alegue en su defensa tendrá que demostrar, entonces, que el daño «ha sido causado por un hecho —extraño a su esfera de conocimiento y de control— que se muestre como dotado de un impulso causal autónomo».[214]

Terminológicamente, no puede evitarse formular un inmediato reparo en lo que respecta a uno de los supuestos de causa no imputable recogidos en el artículo 1972 del Código Civil peruano, que parece estar vinculado históricamente al amplio significado de *faute*, en francés: el uso del galicismo «culpa de la propia víctima» (*faute de la victime*). Lo conveniente es referirse al «hecho» o «conducta» de la víctima o damnificado.

Al margen de lo anterior, sin embargo, se suele sostener que, en todas estas hipótesis, lo que ocurre es que se «interrumpe» el nexo causal que tendría que mediar entre el imputado y el evento dañoso a fin de considerarlo responsable,[215] lo que ha llevado a un sector de la doctrina comparada, básicamente sudamericana, a hablar en estos supuestos de «ruptura del nexo causal» o «fracturas causales».[216] Esta expresión, común en la bibliografía argentina, que hoy aparece incluso en el subtitulado del Anteproyecto de Reforma de nuestro Código Civil y que ha influenciado notoriamente a nuestra jurisprudencia, es inexacta.

Así, la doctrina ha puesto en evidencia lo erróneo de la metáfora de la «interrupción» del nexo causal, y ha hecho ver que circunstancias como el caso fortuito y la fuerza mayor son más bien «concausas» del daño, que tienen relevancia como eximentes de responsabilidad civil[217] o, si se quiere, son supuestos en donde se elimina una «aparente» causalidad y se descubre el verdadero hecho causal.

Desde una óptica cercana a la última posición mencionada, algún autor ha afirmado que, cuando el que ejerce la actividad prueba que «el proceso causal se conecta con el caso fortuito, ello descarta que se trate de un daño dependiente de la peligrosidad de la actividad, en el sentido de que el caso fortuito, al insertarse en el proceso causal material de la producción del daño, entre la actividad peligrosa y este último, deviene su única y verdadera causa».[218]

---

[213] *FRANZONI, Massimo. «Dati personali e responsabilità civile». Responsabilità civile e previdenza, vol. LXIII, 1998, p. 902.*

[214] *Según las referencias jurisprudenciales de ZIVIZ, Patrizia. Op. cit., p. 109; y FACCI, Giovanni. Op. cit., p. 293.*

[215] *VALSECCHI, Emilio. Op. cit., p. 178; entre los más recientes.*

[216] *En nuestro medio, consúltese TRAZEGNIES, Fernando de. Op. cit., pp. 299-300.*

[217] *BIANCA, Cesare Massimo. Diritto civile. Vol. V: «La responsabilità». Op. cit., p. 662.*

[218] *MARTINI, Demetrio de. «Responsabilità per danni da attività pericolosa e responsabilità per danni nell□esercizio di attività pericolosa». Op. cit., col. 982.*

Por esto, se ha llegado a sostener que, a diferencia del hecho de tercero y del hecho de la víctima, el caso fortuito y la fuerza mayor inciden en el juicio de responsabilidad únicamente como eximentes plenas, es decir, cuando son causas exclusivas del evento dañoso.[219]

Equiparar, pues, radicalmente el caso fortuito con la causa de interrupción del nexo causal sería como asumir que «todo evento que interrumpiera el nexo causal, aun cuando fuera evitable, por ejemplo, tendría que determinar la exoneración de responsabilidad».[220]

Teniendo en cuenta las variables anteriores, se ha planteado la conveniencia de distinguir el caso fortuito en «autónomo», «incidente» y «concurrente».

En la primera situación, el caso fortuito es causa totalmente independiente y autónoma del evento dañoso y, por lo tanto, se debe considerar como una causa completamente ajena al sujeto, a la cosa o al animal que, de alguna manera, aparece en la escena del daño. En el segundo, se presenta como una causa que pone, por ejemplo, en movimiento o incide en la cosa y provoca, a través de esta, el evento dañoso, con lo cual absorbe enteramente la relación causal. La última figura se presenta cuando, sin el concurso del fortuito, la cosa, animal o actividad no habrían bastado, por sí solas, para producir el evento dañoso.[221]

En otro lugar[222] hemos tenido ya oportunidad de referirnos a estas figuras y a las características que deben revestir para ser consideradas eximentes de responsabilidad en el ámbito contractual. Atendiendo a que la exposición es prácticamente equivalente en el área extracontractual, remitimos, en principio, a cuanto tenemos escrito sobre el punto[223] y reiteramos en esta ocasión solamente nuestra opinión crítica en el sentido de que los requisitos enumerados en el artículo 1315 del Código Civil peruano no tienen por qué entenderse enlazados de manera copulativa y que constituye un error incluir a la «imprevisibilidad» como un requisito del fortuito. Este es, ante todo, «una causa extraña del todo inevitable»,[224] aun cuando se ha hecho notar que

---

[219] *CAPOCACCIA, Anna. Op. cit., p. 368. En el mismo sentido, véase SCISO, Carla Maria. Op. cit., p. 364.*

[220] *COMPORTI, Marco. Esposizione al pericolo e responsabilità civile. Op. cit., p. 80.*

[221] *GERI, Vinicio. La responsabilitá civile da cose in custodia, animali, rovina di edificio. Op. cit., pp. 69-71.*

[222] *FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón y Leysser L. LEÓN. «Comentario sub art. 1315». En Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. T. VI. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, § 5, pp. 884 y ss.*

[223] *FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón y Leysser L. LEÓN. «Comentario sub art. 1315». En Código civil comentado por los cien mejores especialistas. T. IV: Derecho de obligaciones. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 875 y ss.*

[224] *COMPORTI, Marco. «Causa estranea, caso fortuito, responsabilità oggettiva». Op. cit., col. 2652.*

> el mismo concepto de extrañeza supone una consideración preventiva y abstracta de los hechos dañosos que deben ser previstos y evitados […]. Por tanto, hablar de causa extraña e inevitable constituye en cierto modo una duplicidad del juicio, puesto que el primer requisito define el principio de la no imputabilidad absorbiendo también al segundo.[225]

Por esto, a continuación, nos limitamos a exponer algunas integraciones.

Bástenos recordar que, si se acoge cualquiera de las nociones subjetivas del caso fortuito: la una, más marcadamente subjetiva, de ausencia de culpa, a ser probada con la genérica diligencia; la otra, de evento inevitable con el uso de la diligencia normal, la responsabilidad civil continuaría ligada al criterio de la culpa.[226] En cambio, lo coherente para con la visión objetiva de la responsabilidad es, siguiendo la teoría de la exposición al peligro, el considerar al caso fortuito como «la causa extraña a los peligros típicos ligados con una determinada actividad humana».[227] Así pues, cada cual responde «de su propia esfera económica y de su propia actividad más allá de todo límite de culpa, así como de los hechos ignotos; su responsabilidad se detiene sólo cuando demuestre la existencia de una causa extraña inevitable (es decir, el caso fortuito), al cual, directa o indirectamente, puede vincularse la producción del daño».[228]

Naturalmente, si el caso fortuito no se entiende objetivamente, como es imprescindible hacerlo, las consecuencias del análisis pueden resultar incongruentes. Acoger la noción objetiva significa apreciar el caso fortuito en el plano de la causalidad. Si se adopta la noción subjetiva, la responsabilidad civil podría no ser declarada ni siquiera frente a la permanencia de la relación causal entre una actividad y el evento dañoso.[229]

Desde la perspectiva de la teoría del riesgo de empresa, el imputado que quiera eximirse de responsabilidad debe probar que el incidente determinante de los daños «es ajeno al riesgo creado u organizado por quien hace uso de la cosa, y a él económicamente atribuible: y la ajenidad o pertenencia al riesgo pueden resultar de la naturaleza misma del daño».[230] El

---

[225] *ANELLI, Franco. Caso fortuito e rischio di impresa nella responsabilità del vettore. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1990, p. 163 (nota 9).*

[226] *COMPORTI, Marco. Esposizione al pericolo e responsabilità civile. Op. cit., p. 70.*

[227] *Ib., p. 76. También véase COMPORTI, Marco. «Causa estranea, caso fortuito, responsabilità oggettiva». Op. cit., col. 2652.*

[228] *COMPORTI, Marco. Esposizione al pericolo e responsabilità civile. Op. cit., p. 77.*

[229] *El realce es de COSTANTINI, Cristina. «L□interpretazione dell□art. 2051 c.c. oltre il fascino dei consueti "dazzling tricks"». Danno e responsabilità, 2004, p. 524.*

[230] *TRIMACHI, Pietro. «Il «caso fortuito» quale limite della responsabilità per il danno da cose (contributo ad una teoria del rischio di impresa)». Op. cit., p. 843.*

eximente de responsabilidad sería, entonces, una fuerza que proviene «del exterior de la empresa y que, por el modo y violencia de su acción, supera aquello que es evitable con las medidas que pueden pretenderse del empresario, y supera, por lo tanto, el riesgo típico creado por la actividad»,[231] concepto este que, ante todo, hace referencia al «conjunto de eventos dañosos que el sujeto agente tiene el deber de prever e impedir en cuanto quedan comprendidos, según la lógica y la experiencia, entre aquellos propios de la actividad».[232]

A la idea de «riesgo típico» se recurre, además, porque este es susceptible de administración económica, mediante los seguros, por parte de quien desarrolla la actividad; en otras palabras, porque «es traducible, preventivamente, en términos de costo, a través de los instrumentos asegurativos».[233]

En cuanto al hecho de tercero o al hecho de la propia víctima, estos eximen de responsabilidad solo cuando se presenten de forma tal que su relevancia causal excluya la de la actividad peligrosa. Cuando se presentan, se produce una «sustitución subjetiva en la relación de responsabilidad, cuya composición resulta alterada».[234] En caso contrario, lo que podría presentarse es más bien una concurrencia de responsabilidades.[235]

La relevancia que se reconoce al hecho de tercero en este ámbito está ligada con la idea de que «{…] la responsabilidad debe recaer, preferiblemente, en aquél que ha cometido el hecho dañoso».[236] En cambio, el hecho del damnificado está directamente vinculado con el principio de autorresponsabilidad, en tanto y en cuanto «parece ser lógico eximir total o parcialmente al presunto responsable si la misma víctima ha causado total o parcialmente su propio daño».[237]

También es certera la asociación de este eximente con el principio acuñado en la máxima *volenti non fit iniuria*,[238] sobre todo en el derecho estadounidense.[239]

---

[231] *ZIVIZ, Patrizia. Op. cit., p. 109.*

[232] *ANELLI, Franco. Op. cit., p. 160.*

[233] *SALVI, Cesare. Op. cit., p. 1220.*

[234] *VALSECCHI, Emilio. Op. cit., p. 178.*

[235] *MONATERI, Pier Giuseppe. La responsabilità civile. Op. cit., p. 1036; FRANZONI, Massimo. Dei fatti illeciti. Op. cit., p. 535.*

[236] *COMPORTI, Marco. «Causa estranea, caso fortuito, responsabilità oggettiva». Op. cit., col. 2656 (nota 39).*

[237] *Ib., loc. cit.*

[238] *BACHMANN, Gregor. «Volenti non fit iniuria - How to make a principle work». German law journal, vol. 4, n.º 10, 2003, p. 1033 y ss. (http://www.germanlawjournal.com).*

[239] *PROSSER, William L. y W. Page KEETON. Op. cit., p. 112.*

Históricamente, estas dos figuras han sido asimiladas, en el plano de los efectos, al caso fortuito o fuerza mayor, pero solo, como es natural, en la medida en que compartan sus características (extrañeza e inevitabilidad).[240]

Por ello, un sector de la doctrina hace notar que, en rigor, no debería asimilarse al caso fortuito y a la fuerza mayor el hecho del tercero o el del propio damnificado, porque, en estos casos, el evento «no puede ser atribuido a un factor imprevisto e imprevisible, y por lo tanto ignoto, sino a una causa humana imputable de modo bien determinado».[241] Se indica, sin embargo, que dicha observación es exacta solo

> desde un punto de vista abstracto y general. Puesto que en la búsqueda de la responsabilidad todo factor extraño a la persona llamada a responder puede ser ubicado respecto de ella más allá de los límites de la previsibilidad, el comportamiento ajeno imprevisto e imprevisible, cuando absorba por entero el nexo de causalidad del evento, se configura, con razón, como caso fortuito, con efectos idénticos a los que son particulares de un hecho natural o de una *vis mayor* .[242]

En la jurisprudencia foránea, se ha considerado aplicable el eximente del hecho determinante de un tercero para una compañía de electricidad, por ejemplo, en el caso de daños producidos por cables de alta tensión rotos por causa del corte de un árbol debido a un extraño.

Existe, por otro lado, la tendencia a no considerar oponible este eximente cuando la acción del tercero se haya visto favorecida por las condiciones de mantenimiento de la cosa.[243] Tampoco tiene validez exoneratoria, como es obvio, el hecho de tercero provocado por el propio agente del daño,[244] ni el hecho de las personas por las cuales este tiene que responder en virtud de una disposición normativa (a título de representante legal, por ejemplo).[245]

Se recordará que en nuestro Código Civil hay un supuesto en el cual, inexplicablemente, el único eximente de responsabilidad reconocido es el hecho de un tercero. Nos referimos a la norma que dispone la responsabilidad por daños causados por animales, artículo 1979: «el dueño de un animal o aquel que lo tiene a su cuidado debe reparar el daño que éste cause,

---

240 *MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, y François CHABAS. Leçons de droit civil. 8.ª ed., T. II. Vol. I: «Obligations-Théorie générale». París: Montchrestien, 1991, p. 672.*

241 *GERI, Vinicio. La responsabilitá civile da cose in custodia, animali, rovina di edificio. Op. cit., p. 61.*

242 *Ib., loc. cit.*

243 *ZIVIZ, Patrizia. Op. cit., pp. 110-111.*

244 *COMPORTI, Marco. «Causa estranea, caso fortuito, responsabilità oggettiva». Op. cit., col. 2656 (nota 39).*

245 *VINEY, Geneviève y Patrice JOURDAIN. Op. cit., p. 221.*

aunque se haya perdido o extraviado, a no ser que pruebe que el evento tuvo lugar *por obra o causa de un tercero* [el subrayado es nuestro]».

Si bien se acostumbra englobar en la expresión «caso fortuito», además, las figuras de la fuerza mayor, el hecho de tercero y el hecho de la propia víctima,[246] no puede reconocerse el mismo rasgo abarcante al solo «hecho de tercero», mucho menos si se piensa en lo injusto que resultaría aplicar la responsabilidad cuando el daño es enteramente atribuible al damnificado (una persona que incita a un perro, incluso ignorando un letrero de advertencia, por ejemplo), a menos que nuestro legislador —y esto, aun cuando contrario al tenor literal, sería más leal con el sentido común— haya pretendido comprender, dentro del ámbito del «hecho de tercero», al «hecho de la víctima» o haya utilizado la expresión como sinónimo de «fuerza mayor».[247]

En cuanto al hecho de la propia víctima, también es de aclarar, entre otros puntos, que no debe confundirse con este supuesto el caso en que se presenta una «aceptación de los riesgos» (asunción voluntaria del riesgo) por parte del damnificado, porque no es dado deducir de tal consentimiento, automáticamente, una aceptación para sufrir daños.

En Francia, el razonamiento precedente se ha aplicado, por ejemplo, a la responsabilidad del *moniteur* en los accidentes de equitación.[248]

Por nuestra parte, creemos que la idea descrita puede servir, más en general, para aclarar por qué no deja de ser responsable quien organiza, con o sin fines comerciales, la práctica de deportes riesgosos, a los que se deben no pocos acontecimientos trágicos que muchos recordamos.

En la jurisprudencia extranjera se han presentado llamativos supuestos de concurso de culpa, como el fallecimiento de una persona en la noche de Navidad fulminada por una descarga eléctrica al topar con un cable de alta tensión mientras disponía la iluminación de un árbol adornado para la festividad.[249]

También se ha resuelto ejemplarmente, en sentido positivo, el problema de si la concurrencia de responsabilidad existe cuando la víctima es un menor de edad, como en un reciente caso, en el que la figura se presentó

---

[246] *BESSONE, Mario. «Responsabilità oggettiva per danni da cose in custodia». Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, vol. LXXX, 1982, parte II, pp. 124-125; entre muchos otros.*

[247] *LEÓN, Leysser L. «Apuntes sobre la responsabilidad civil derivada de los daños causados por animales» (2001). En La responsabilidad civil - Líneas fundamentales y nuevas perspectivas. Op. cit., pp. 342-343.*

[248] *La referencia es de MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, y François CHABAS. Op. cit., p. 681.*

[249] *La referencia es de MONATERI, Pier Giuseppe. La responsabilità civile. Op. cit., pp. 1036-1037.*

respecto de un niño que perdió una pierna al ser atropellado por una segadora en un campo de cultivo.

La Corte d'Appello de Milán, tras establecer que el niño había desatendido las indicaciones dadas por el conductor de la segadora para que se alejara del lugar, estableció que, en tal supuesto, las conductas de este y de la víctima habían contribuido en cincuenta por ciento, respectivamente, como causas del evento dañoso. La Corte di Cassazione[250] no observó el fallo en dicho punto, por respetar, prudentemente, «la reconstrucción del accidente» y el juicio en torno de la causalidad que fue realizado por los jueces de las instancias inferiores.

En la ya citada CAS. n.º 823-2002 (*supra*, § 5), nuestra magistratura de segundo grado había considerado que la «negligencia» de la propia víctima fue la que contribuyó a la generación del daño; como resultado, el *quantum* del resarcimiento pretendido por la parte demandante se disminuyó, en automática aplicación del artículo 1973 del Código Civil: «si la imprudencia sólo hubiere concurrido en la producción del daño, la indemnización será reducida por el juez, según las circunstancias».

Era el caso de un joven que, en acatamiento de una orden, se lanzó al agua para amarrar la nave a un árbol, pues esta había sufrido un desperfecto mecánico y se hallaba a la deriva. Con la arriesgada acción se evitó un accidente que seguramente habría sido más grave, pues la nave tenía pasajeros, pero la víctima sufrió lesiones físicas irreparables (pérdida total de la visión).

La sentencia de la Corte Suprema, si bien claramente influenciada por la idea de resarcir a toda costa los daños, contiene una interesante reflexión en voz alta (un *obiter dictum*), aun cuando en clave totalmente subjetiva, sobre esta figura:

> en el caso que nos ocupa, la víctima acató una orden que le dio el administrador de la motonave, de lanzarse al agua, y amarrar las sogas a un árbol. Esta orden fue acatada a fin de evitar una desgracia de mayores consecuencias, pues la nave se encontraba con pasajeros y se dirigía a estrellarse contra la orilla y fue cumplida con éxito: nadó, llegó a la orilla y amarró la soga al árbol debidamente, no existiendo impericia, ni menos falta de conocimiento en ese acto, motivo por el cual no se puede calificar la conducta del demandante como negligente ni imprudente pues cumplió su misión con éxito y, por el contrario, tal como se describen los hechos, fue la fuerza de la nave con pasajeros a bordo y a merced de la corriente del río que hizo producir tensión en las cuerdas hasta el punto que reventaran y golperan el rostro y los ojos de la víctima […]. En consecuencia, luego del análisis de los hechos se llega a determinar que en el presente caso no se ha presentado un caso fortuito,

[250] *Sentencia 15288, del 30 de octubre de 2002, publicada en La Nuova giurisprudenza civile commentata, 2004, parte I, pp. 103 y ss.*

> negligencia o imprudencia por parte de la víctima que dieran lugar a atenuar la responsabilidad, por ende, las fracturas causales que se invocan no se encuentran presentes, siendo que el daño producido ha sido consecuencia de la conducta del demandante y no de un evento extraño y ajeno a él, por lo que la Sala Superior ha realizado un deficiente análisis de los hechos.

La doctrina comparada ha abordado, en términos generales, este problema y ha establecido que, en los casos de daños sufridos por aquel que sigue una orden (y la participación como subordinado en un salvataje es, ni más ni menos, uno de los ejemplos citados), el hecho de la víctima jamás puede ser invocado como eximente de responsabilidad para el que dirige la operación, porque ello solo es admisible cuando se trata de una iniciativa «intempestiva» del damnificado; si no es así, no estamos ante una causa «extraña» que determine la eximente.[251]

Finalmente, anotamos que la indicación precisa de los eximentes de responsabilidad objetiva relativa, por parte de nuestro legislador, nos hace ajenos a debates foráneos bastante delicados. En Italia, ante la falta de mención expresa del caso fortuito y, en estricta interpretación del eximente de haber adoptado todas las «medidas idóneas» para evitar el daño (ausente en nuestro Código Civil, no lo olvidemos), se ha sostenido que el que ejerce una actividad peligrosa tampoco responde de los daños que «deriven directamente de tal actividad por un desarrollo espontáneo y anormal de ésta, o atribuibles a la insuficiencia de los conocimientos técnicos disponibles en la época inmediatamente precedente al evento dañoso».[252]

11. Conclusiones

De lo expresado en este comentario, pueden extraerse los siguientes puntos conclusivos:

- El artículo 1970 del Código Civil contiene una cláusula general interpretativa de orden normativa por riesgo o, mejor aún, por exposición al peligro de igual rango que aquella regulada en el artículo 1969 del Código Civil; con ello, se afirma en el Perú, dentro de la responsabilidad extracontractual, un sistema bipolar.

---

[251] *VINEY, Geneviève y Patrice JOURDAIN. Op. cit., p. 220.*

[252] *MARTINI, Demetrio de. «Responsabilità per danni da attività pericolosa e responsabilità per danni nell□esercizio di attività pericolosa». Op. cit., col. 979.*

- En estricto, se ha señalado que cabría diferenciarse una responsabilidad objetiva «por riesgo» de una responsabilidad objetiva «por exposición al peligro».

  La responsabilidad «por riesgo», como señalara críticamente Comporti, aparecería vinculada siempre a una actividad humana reflejando una valoración esencialmente económica del *alea* que un sujeto asume al emprender una empresa o un negocio. Por esto, se encuentra vinculada al denominado «riesgo de empresa», referido normalmente a actividades económicas que presentan características de continuidad y/o de organización, como indicara Trimarchi.
  También se ha querido fundamentar la responsabilidad objetiva en la simple idea de un «riesgo creado», que pretende desvincular la responsabilidad por riesgo de un criterio de imputación meramente económico para pasar a asociarlo directamente con un dato «aparentementex objetivo, como es la creación de un riesgo, que no es más que una fórmula descriptiva —como señala Busnelli— que no tiene ninguna relevancia sistemática.
  De otro lado, para justificar el traspaso del peso económico del daño de la víctima al responsable, en sede objetiva, se ha recurrido también a la idea del «riesgo beneficio», que pretende justificar la responsabilidad objetiva en los beneficios logrados por quien ejercita una actividad riesgosa. Bajo este principio, quien crea un riesgo adicional al simple hecho de vivir, al realizar una determinada actividad para obtener un beneficio, debe responder por todos los daños que se causen a terceros en ejercicio de tal actividad.
  La responsabilidad «por exposición al peligro», en cambio, importa una amenaza notable de daño a terceros derivada de una determinada actividad o de un determinado comportamiento o situación, tal y como lo describiera Comporti, por lo que representaría una noción esencialmente objetiva, centrada en la faz externa de actuación de los sujetos, diferenciable de la idea de «riesgo» que reflejaría en sí un análisis de la actividad humana «incompatible» con un sustento objetivo de la responsabilidad. Teniendo en cuenta la peligrosidad de la actividad o de los medios empleados, el sujeto causante del peligro deberá siempre responder.

- En una perspectiva histórica, sin embargo, no cabe duda de que el basamento teórico de la «exposición al peligro», desarrollada principalmente por Comporti, representó un avance respecto a la teoría del «riesgo de empresa», argumentada por Trimarchi. Esto permitió asignar responsabilidad objetiva a individuos «que no son «empresarios» y que, enton-

ces, no desarrollan sus actividades de forma empresarial», tal y como lo han hecho notar Alpa y Bessone.

- Lo cierto es que, en realidad, cuesta diferenciar los conceptos de «riesgo» y «peligro». Es más, etimológicamente «riesgo» significa «contingencia o proximidad de un daño», por lo que lo «riesgoso» no es otra cosa que lo «peligroso». Coherentemente, la palabra «peligro», etimológicamente, significa también «riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal». Por esto, algunos autores, como Forchielli, han señalado que el «riesgo» no es sino «el aspecto económico del peligro objetivamente considerado», mientras que, para Trimarchi, el término «peligro» representa siempre «la idea de una cierta concentración del riesgo en el tiempo y en el espacio».

- Si el codificador peruano, al plasmar el artículo 1970 del Código Civil, intentó recoger los dos principales sustentos de la responsabilidad objetiva desarrollados por el *civil law*, como son el «riesgo» o la «exposición al peligro», al asignar ambos adjetivos al bien o actividad con el(la) cual se causa un daño a otro, resulta y resultará siempre difícil de desentrañar; habiéndose ya expresado por algún autor nacional que dicha reiteración parece obedecer más bien al deseo del legislador de que no quede duda de que todo aquello que genere la proximidad de un daño está sujeto a la responsabilidad objetiva.

- Al parecer, entonces, el principio que sustentaría la responsabilidad objetiva sería, desde la perspectiva clásica del *civil law*, el siguiente: aquel que ejercita actividades peligrosas debe responder de todos los daños que tal actividad cause a terceros. Y ¿por qué?: porque es razonable pensar que el que desarrolla la actividad que genera el peligro es quien puede dominar o evitar los peligros creados.
  En la afirmación antedicha puede reconocerse, sin embargo, esa aproximación «intuitiva» al problema que bien retrata Castronovo cuando señala que «teorías como aquellas del *cuius commoda eius et incommoda*, de la exposición al peligro, del riesgo están, pues, empapadas de una tensión irresoluta entre la intuición correcta de la realidad y la incapacidad de formalizarla jurídicamente sin caer en la contradicción», lo que ha sido recién superado con los aportes de Calabresi con su teoría del análisis de las capacidades de prevención de los sujetos.

- ¿Cómo «releer» entonces el artículo 1970 del Código Civil peruano?
  «Peligrosidad» no es, como ha señalado algún autor, como De Martini,

«imposibilidad de adoptar medidas preventivas tales que descarten la posibilidad del daño».
«Peligrosidad es «*carencia de adopción de medidas de prevención por un sujeto que es el único que puede dominar o evitar los peligros creados*».
Esto lleva entonces a que, afrontado un problema de responsabilidad extracontractual, debe identificarse dentro de los sujetos involucrados un supuesto de prevención unilateral para aplicar la regla de responsabilidad objetiva. Empero, antes de aplicar esta regla, deberá contrastarse el estado de la tecnología a la que pertenece la actividad desarrollada (bajo la función «sistémica» de incentivación o desincentivación de actividades, de la responsabilidad civil).
Si dicha actividad no ha alcanzado aún un nivel tecnológico adecuado, deberá aplicarse el artículo 1969 Código Civil: la cláusula general normativa por culpa.
Si, por el contrario, se comprueba que el estado de la tecnología a la que pertenece la actividad involucrada es ya el adecuado, deberá aplicarse el artículo 1970 Código Civil: la cláusula general normativa por riesgo (o exposición al peligro de terceros).
Solo así se encontrará una solución de responsabilidad eficiente y justa (socialmente entendida).

- Es equívoca la categoría de los «bienes riesgososx contenida en el artículo 1970 del Código Civil.
  De un lado, es equívoca por confundir el concepto de «bien» con «cosa»; además, no resulta claro si la intención del legislador fue tratar de unificar el tratamiento de la responsabilidad por actividades peligrosas y la responsabilidad por el hecho de las cosas.
  Pero es fundamentalmente errada la categoría de los «bienes riesgosos» desde que, como bien señalara Trimarchi, no se puede hablar jamás de cosas peligrosas *in sé*, sino solo de cosas peligrosas *sub modo*, por lo que la responsabilidad se conecta, en todo caso, a la actividad que con la cosa viene desenvuelta y al peligro que dicha actividad genera.
  Una cosa puede siempre ser considerada peligrosa o inocua, dependiendo de la actividad que la involucre.

Nota bibliográfica

Las pioneras obras de Raymond SALEILLES acerca de la responsabilidad objetiva son las siguientes: una reseña de tesis publicada en la *Revue Bourguignonne de l'Enseignement Supérieur*, t. IV, 1894, pp. 647-666; el opúsculo

Les accidents de travail et la responsabilité civile (Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle). París: Arthur Rousseau, 1897; y el informe «Le risque professionnel dans le Code civil», dirigido a la Societé d'Économie Sociale y publicado en *Réforme sociale*, t. XXXV, 1898, pp. 634-649. De todo este material rinde cuenta MASSIGLI, Charles. «Les travaux de Raymond Saleilles sur la théorie objective de la responsabilité extra-contractuelle». En BEUDANT, Robert *et al. L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*. París: Arthur Rousseau, 1914, pp. 435-475.

La reflexión de Josef ESSER (nacido en 1910) recordada por Gustavo MINERVINI proviene del ensayo «Grundlagen der Reform des Schadenersatzrechts». En *Archiv für die civilistiche Praxis*, vol. 148, 1943, pp. 121-146 ; y del volumen *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung: Beiträge zur Reform des Haftpflichtrechts und zu seiner Wiedereinordnung in die Gedanken des allgemeinen Privatrechts*. München : Beck, 1941. La segunda edición de este último trabajo, sin modificaciones, fue publicada por la misma editorial muniquesa en 1969.

El artículo de BACHMANN, Gregor. «»Volenti non fit iniuria» - How to Make a Principle Work» puede consultarse en *German Law Journal*, vol. 4, n.º 10, 2003, pp. 1033-1042 (en <http://www.germanlawjournal.com>). La cita corresponde a la versión de la revista en formato pdf.

Los «Principles of European Tort Law» pueden consultarse en su versión original inglesa en <http://www.egtl.org>. En dicho *website* figura también una versión preliminar en castellano, si bien bastante defectuosa, a cargo de Miquel Martín-Casals.

Cumplimiento del tercero, oposición del deudor y derecho a la liberación*

Eric Palacios Martínez**

1. Notas introductivas: algunas cuestiones sobre el cumplimiento en general. Los denominados principios del cumplimiento. El interés del acreedor

La disciplina del cumplimiento del tercero[1] en nuestro Código Civil se encuentra no solo en el precepto central de la figura identificada en la *fattispecie* del artículo 1222 del Código Civil, sino también en aquella normativa a que se refiere el cumplimiento en general (art. 1220 y ss. del Código Civil), el mismo que en nuestro ordenamiento positivo adopta la nomenclatura de «pago», al igual que en otras legislaciones, como la italiana.[2] Es por ello oportuno, para los efectos de descubrir algunos lineamientos generales del

* A Verónika con mucho afecto

** Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima. Miembro de la Academia de la Magistratura.

1 Demos cuenta del origen de la terminología utilizada por toda la doctrina. La denominación *tercero* deriva del hecho de que, en los ejemplos utilizados por los escolásticos, que se centraban en relaciones bilaterales, las partes de una relación generada por un contrato (o un negocio) venían designadas en modo numérico: *Primus* y *Secundus*; la persona extraña a la relación generada era denominada entonces como *Tertius*, que en idioma castellano puede ser traducida como *tercero*.

2 La preponderancia de los créditos de sumas de dinero e, incluso, la utilización del término pago en lugar de cumplimiento (el que técnicamente solo es utilizable para referirse al cumplimiento de obligaciones dinerarias) han motivado que, para la construcción del modelo de obligación, se tomen como referencia las obligaciones que se caracterizan por contener una prestación que se agota en la entrega de una suma de dinero o de otras cosas, principalmente de carácter fungible. Para darnos cuenta de que esta problemática es reconducible a nuestro Código Civil, basta con observar los artículos que tratan del riesgo de la pérdida de bienes ciertos (art. 1138), de la concurrencia de acreedores (arts. 1135 y 1136) y del «pago» (art. 1220 y ss.), los mismos que, al constituir preceptos trascendentales del libro de las obligaciones, deberían resultar

deber de cumplimiento compatibles con la regla particular del cumplimiento del tercero, y sin perjuicio de sumar al análisis la estatuición de otras figuras, tales como la subrogación (art. 1260 y ss. del Código Civil), afrontar la temática del cumplimiento en general en vista de operar una reseña, aunque fuere relativa, sobre las implicancias conceptuales entre esta forma normal de extinción de la relación obligatoria y la actividad del tercero, no *extintiva*, pero sí *satisfactiva*, del interés del acreedor como elemento funcional-dinámico de la relación obligatoria.

Tal orientación, la de analizar previamente el cumplimiento en general, se dirige a responder la interrogante acerca de si el cumplimiento del tercero puede avecinarse dogmáticamente a aquel, lo que de verificarse generaría consecuencias sobre la aplicación de alguna normativa *general* al cumplimiento del tercero, tales como aquella referida a la mora del acreedor (arts. 1338 y 1339 del Código Civil), la prohibición del cumplimiento parcial (art. 1221 del Código Civil) e, incluso, a la dación en pago (art. 1265 del Código Civil), las que, en lo particular, suponen situaciones en las que la actuación del tercero se ve injustificadamente obstaculizada (rechazo del acreedor), limitada o favorecida en la verificación de su objetivo satisfactivo. Sobre estas hipótesis trataremos, en el momento oportuno, al descender a la temática particular de la posible interferencia entre el derecho, reconocido en toda la doctrina, del deudor a la liberación y la legitimidad genérica establecida a favor de cualquier tercero, es decir, extraño a la relación obligatoria, que dirija su actuación a ejecutar la prestación debida. Debe desde ya destacarse que la materia de disquisición se centra, en el presente trabajo, en la relevancia de la oposición del deudor al cumplimiento del tercero.

Así, cumplir una obligación, indagando sobre su *materialidad fenoménica*, es sinónimo de realizar exacta y totalmente la prestación debida;[3] para

aplicables a todo tipo de prestaciones contenidas en una relación obligatoria, pero que se encontrarían limitadas a los casos de prestaciones que se identifican con un dar (piénsese en el art. 1135 del Código Civil).

Sin embargo, ello, a nuestro parecer, no impide individualizar un esquema más general, que comprenda todos los comportamientos debidos por el deudor a fin de satisfacer los intereses del acreedor que no necesariamente se agotan en una prestación de dar (entrega), ni en una de hacer o de no hacer (tal y como el Código Civil aborda la problemática), puesto que tales conductas podrían suponer la realización de una tipología prestacional diversa que confluya en su ejecución particular (por ejemplo: prestación de trabajo subordinado, ejecución de una obra de reparación, la prestación del consenso contractual, la transferencia de un derecho, la abstención de una actividad de concurrencia comercial, etc.). De acuerdo con el razonamiento: BRECCIA, Humberto. «Le obligación». En Giovanni ludica e Paolo Zatti (eds.). *Trattato di Diritto Privato*. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1991.

[3] No podemos referirnos al debate sobre la categorización del *cumplimiento* dentro del esquema hecho, acto y negocio, por lo extenso del problema y en tanto no ofrece una

que el cumplimiento actúe como modo de extinción, y por tanto libere al deudor, es preciso, como señala casi toda la doctrina italiana y española, que este sea exacto, es decir, que se ajuste de forma absoluta al programa prestacional pactado, puesto que, en cuanto ello ocurra, se producirá *necesariamente* la satisfacción del interés del acreedor. Cualquier defecto en el comportamiento del deudor, incluso atinente a las circunstancias del mismo, generará la consecuencia de que dicha situación sea calificada como un incumplimiento (en sentido lato).[4] Conviene sobre ello, con el objetivo de hacer mas sintética la exposición, utilizar el esquema inicialmente propues-

solución unívoca en el ordenamiento. Sin embargo, preciso es señalar que somos partidarios de que el cumplimiento es, en la mayoría de casos, un acto en sentido estricto y, por ello, se encuadra en la subcategoría de los llamados actos debidos. Para una reseña de las principales tendencias, véase ANDREOLI, Giusseppe. *Contributo alla teoria dell'adempimento*. Padua: Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 1937; pero, para una demostración del cumplimiento solo como *acto debido*, ver el interesante trabajo de NATOLI, Ugo. «Adempimento, atto dovuto, negozio giuridico». En *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*. Vol. I. T. II. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1978, p. 1532 y ss. Presentación de Rosario Nicoló. Pubblizazioni dell'Istituto di scienze giuridiche, economiche, politiche e sociali della Universitá di Messina. Allí se afirma que «la característica constante está representada por la calificación de necesidad, que cubre infaltablemente el comportamiento del deudor. En cuanto dirigido al cumplimiento, tal comportamiento es siempre debido. Ello no excluye, sin embargo, que en concreto éste pueda presentarse con la diversa estructura del comportamiento material o del acto jurídico, o, a su vez, asumir, según los casos, el ropaje de negocio jurídico, o de momento estructural de una *fattispecie negocial* compleja cual es el contrato (p. 1553). De interés, para incursionar en la tesis mixta del cumplimiento, y más en particular del cumplimiento del tercero, es considerar como parte de la doctrina más reciente atiende a la necesidad de preguntarse si, entre las dos soluciones contrapuestas que, sobre el plano de la relativa cualificación jurídica, tienden respectivamente a asimilar sustancialmente el cumplimiento del débito ajeno al cumplimiento del deudor cual «acto de ejecución» o bien atribuyen al mismo naturaleza negocial o por añadidura contractual, no sea mejor preferible tomar nota de la antes mencionada ambivalencia del tal cumplimiento; y proceder después a una ulterior verificación de la misma y a la consiguiente definición de la naturaleza jurídica del cumplimiento del tercero a la luz de las implicaciones que subyacen a la disciplina directamente aplicable» (TURCO, Claudio. «L'adempimento del terzo». En *Il Codice Civile. Commentario fondato da Piero Schlesinger e diretto da Francesco Donato Busnelli*. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 2002, pp. 85-86 [art. 1180]).

4 En tal sentido, DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. 2.ª ed. Madrid: Tecnos, 1986, p. 236, donde se define que «por pago entendemos, en un sentido general, el acto de realización de la prestación debida en virtud de una relación obligatoria. El pago es, en primer lugar, un acto de cumplimiento del deber jurídico o deuda que pesa sobre el deudor. El pago es, en segundo lugar, la manera normal que el deudor tiene de liberarse de la obligación (solutio). El pago es, finalmente, la forma de satisfacer el interés del acreedor. Es pago toda realización de la prestación debida (entrega de suma de dinero, de cosas específicas, realización de servicios o adopción de simples omisiones). En términos generales, el pago es un comportamiento del deudor que se ajusta al programa o proyecto de prestación establecido en el acto de constitución de la relación obligatoria».

to por Diez Picazo —el que no compartimos en todos sus extremos como se dejará entrever—, quien, partiendo de diferenciar elementalmente entre cumplimiento y extinción de la obligación,[5] subraya que, para que el cumplimiento despliegue su plena eficacia solutoria y satisfactoria, deben concurrir una serie de exigencias, que se refieren a los sujetos que lo ejecutan, al objeto y a las circunstancias de tiempo y lugar que lo supeditan. Dichas exigencias se concretan en lo siguiente:

1. Desde el punto de vista de los sujetos, la regularidad del cumplimiento presupone *capacidad* y *legitimación* en la persona que lleva a cabo el acto y en la persona que recibe las prestaciones que se ejecutan.
2. Desde el punto de vista del objeto, son requisitos de regularidad del cumplimiento la *identidad* y la *integridad* de la prestación y su adecuación con el programa.
3. Desde el punto de vista de las circunstancias, es necesario que el cumplimiento se realice en el tiempo y el lugar *exactos*, de acuerdo con el negocio jurídico constitutivo de la relación obligatoria o, por lo menos, adecuado para obtener la satisfacción del interés del acreedor.[6]

Sería más adecuado, en vista de un análisis sistemático, el recurrir, por ejemplo, a la fórmula *exacto-inexacto cumplimiento*. Ello hubiese representado una oportuna elección de política legislativa, no solo en el sentido de rechazar una enumeración puntual de las varias figuras de incumplimiento, pues se evidencia la connatural imposibilidad de una adecuación perfecta de cualquier estructura estática y/o esquemática a una variedad de casos concretos, sino también, y sobretodo, de adoptar, en lugar de una genérica referencia al incumplimiento *tout court*, una *cláusula general de responsabilidad* que, asumiendo como regla la «exactitud» del cumplimiento y calificando, de forma contararia, el incumplimiento en términos de inexactitud de la prestación, aparece idónea para comprender en su valoración sistemática la vasta gama tipológica en la cual puede concretarse la *inactuación* de la relación obligatoria. De esta forma, se abarca tanto la hipótesis límite de la inejecución de la prestación debida por el deudor (el llamado incumplimiento absoluto), como

[5] Lo que, en términos precisos, coincide con la temática examinada, pues, como se verá, el cumplimiento de tercero, como figura particular del cumplimiento *in genere*, supone justamente que el tercero cumpla materialmente la prestación debida, satisfaciendo el interés del acreedor, pero que tal suceso no produzca el efecto extintivo sino solo el traslado de la posición creditoria a favor del tercero.

[6] DIEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. Vol. II: «Las relaciones obligatorias». Madrid: Tecnos, 1993, p. 478.

cualquier otra anomalía de dicha prestación en la que se ponga de manifiesto su deformidad respecto al modelo asumido en el contenido de la obligación (el llamado incumplimiento relativo).[7]

En suma, lo que se pretende es ordenar todas las hipótesis de defectuosidad de la conducta del deudor y considerarlas todas ellas, en conjunto, como incumplimientos, puesto que de cumplimiento solo puede hablarse cuando el deudor ha desarrollado *perfectamente* la actividad a la que se encuentra obligado, ya que, en caso distinto, dependerá del interés concreto del acreedor la eventual liberación del deudor, al margen de la apreciación que ha de efectuarse según el criterio de la buena fe, el que, llegado el momento, podría alterar la valoración final de una conducta desviada del deudor. A lo que se llega es a la afirmación de que la única forma de que el deudor se libere *estrictamente por su propia actuación* es ejecutando exactamente la prestación debida en los términos descritos. En los demás casos, su eventual liberación o responsabilidad tendrá que ser dirimida acudiendo a factores externos a su específico campo de actuación (por ejemplo: la imposibilidad liberatoria).

En el cumplimiento del tercero, sin embargo, y más allá del aspecto meramente estructural enunciado líneas atrás, se debe atender a que la correlación entre prestación e interés creditorio se desarrolla de acuerdo con la circunstancia en la que el tercero, más allá de la cualificación de su comportamiento en términos de verdadero y propio cumplimiento, ejecuta la prestación contenida en la relación obligatoria vinculante entre el deudor y el acreedor *realizando su interés*. Esta reflexión da lugar a la exigencia de reconstruir y definir, sobre el plano «funcional» antes que sobre el plano estructural acotado, la concreta incidencia desplegada por la actuación prestacional del tercero respecto al cumplimiento del deudor sobre las situaciones jurídicas subjetivas de crédito y débito en las que se articula la relación obligatoria.[8] Es obvio que este enfoque no puede establecerse en torno a la

---

[7] De acuerdo en este punto: TURCO, Claudio. *Op. cit.*, pp. 20-21.

[8] Para la propuesta de impostar y distinguir entre los planos de incidencia funcional y de conformación estructural del cumplimiento (actuación prestacional) del tercero y del cumplimiento del deudor, es oportuno remitirse a NICOLÓ, Rosario. *L'adempimento dell'obbligo altrui*. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1936, p. 60 y ss, para quien el interés constituye la «expresión sintética de una relación entre un sujeto y un determinado bien; constituiría el elemento teleológico para cuya realización la norma atribuye a un sujeto un poder jurídico y, en tal óptica, representaría el «presupuesto de aquella particular forma de tutela que se ha expresado en el derecho subjetivo. Con referencia al interés como situación-relación entre el sujeto y una dada entidad idónea para satisfacer las necesidades y ser de utilidad para aquel, ver, dentro de la teoría del objeto de los derechos, MESSINETTI, Davide. «Oggetto dei diritti». En *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XXIX. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, p. 809.

constatación de un resultado económicamente equivalente si la prestación hubiese sido ejecutada por el deudor; por el contrario, debe apoyarse sobre consideraciones dogmáticas, es decir, de construcción científico-jurídica, y referirse directamente a la idea de interés creditorio, en tanto este se haya diferenciado, sobre todo por su mayor amplitud, de la llamada «ventaja económica».[9]

Afinca lo señalado que sobre el plano funcional del cumplimiento del tercero, por el lado del acreedor, no puede sino que verificarse la satisfacción del acreedor y, por ende, venir a menos las pretensiones del acreedor contra el deudor, mientras que, por el lado del deudor, la ejecución de la prestación por parte del tercero puede conllevar la extinción de la obligación y la liberación del deudor, siempre que el tercero no venga a subrogarse en el derecho del acreedor a pretender el cumplimiento por parte del deudor.[10]

Por ello, es momento de aclarar, *in genere*, la referencia al interés del acreedor a efectos de verificar su importancia central en la calificación del cumplimiento y, reflexivamente, de la «actuación» del tercero; y es que hasta aquí se había enfocado el tema sobre el plano material, es decir, exclusivamente sobre la falta de prestación (no-prestación), cuando es necesario, como ya se dejó planteado, también dirigir la atención sobre el plano funcional, tanto en el aspecto del cumplimiento debido como en aquella situación patológica de cooperación rehusada, justificada o no, que se centra en la falta de satisfacción del interés del acreedor: este «plano» funcional, resulta claro, de ningún modo puede contradecir o estar en contradicción con el plano material-estático anteriormente abordado.

A nuestro entender, la noción de interés se dirige a identificar el nexo de *tensión* entre un sujeto y un bien o entidad externa, idónea para satisfacer sus necesidades. Asume, entonces, la categoría de sustrato de la situación jurídica tutelada por el derecho.[11] Esta definición se ajusta al rol fundamental

---

9 Se ha entendido como ventaja económica la «utilidad económicamente valorable que la prestación aporta al acreedor o, más restrictivamente, el valor de mercado del bien o del servicio debido» (BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. L´obbligazione.* T. 4. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1990, p. 86 y ss.).

10 De acuerdo con lo precisado por INZITARI, Bruno. «Le obbligazioni: fonti e disciplina generale». En Mario Bessone (ed.). *Istituzioni di Diritto Privato.* 11.ª ed. Turín: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 441.

11 Es la orientación seguida por BETTI, Emilio. «Interesse (teoria generale)» En *Novissimo Digesto Italiano.* Vol. VIII. Turín: Unione Tipografiche Editrice Torinese (UTET), 1962, pp. 838 y ss. Desde otra óptica, diversa pero no contradictoria, el *interés* puede ser concebido como «la posibilidad de que una necesidad, experimentada por uno o varios sujetos determinados venga satisfecha mediante un bien» (DE CUPIS, Adriano. *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil.* Traducción de la segunda edición italiana y estudio preliminar por Ángel Martínez Carrión. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1970, p. 111).

desarrollado por el interés del acreedor, subyacente a la relativa situación jurídica subjetiva identificada en el derecho de crédito, al interior del sistema de las obligaciones y del contrato.[12]

Es claro, en un primer momento, que el interés del acreedor coincide, o, mejor dicho, *debería* siempre coincidir, con la ejecución exacta de la prestación debida, por lo que necesariamente tendrá que verse satisfecho ante la ocurrencia de un comportamiento del deudor que coincida plenamente con el contenido «programático» de la relación obligatoria. De lo expuesto fluye que el interés del acreedor nunca constituye solamente un aspecto subjetivo, en el sentido de identificación con el plano de un querer interno, sino que, por el contrario, requiere o ser típicamente considerado por la correspondiente *fattispecie* o, en todo caso, objetivado (expresado) indubitablemente en la hipótesis concreta. En otras palabras, la coincidencia inicial con la prestación debida, dispuesta en el acto originante de la relación obligatoria, que puede corresponderse o no con la tipicidad de este respondiendo a una exteriorización expresa del propósito práctico (causalización), no podrá ser negada por el sujeto que ocupa la posición creditoria (acreedor). En caso de que la prestación sea ejecutada por el deudor en forma «exacta», según lo señalado, la equiparación entre esta situación y la satisfacción del interés del acreedor será innegable, lo que producirá la extinción de la relación obligatoria; esto, sin perjuicio de alguna situación excepcional, como, por ejemplo, se arguye en el caso, citado por la doctrina, del pago al acreedor aparente (art. 1225 del Código Civil).[13]

Cuando se presenten desviaciones en la conducta programada del deudor que involucren la alteración del principio de exactitud, entendido en forma amplia, es claro que el acreedor podrá hacer uso de su derecho de

---

En lo que se nos permite optar, asimilamos la primera de las concepciones, pues en ella se explica con claridad la idea de interés del acreedor dirigido a la obtención de un bien, entendido como bien o resultado.

[12] Así Di Majo, Adolfo. *La esecuzione del contratto.* Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1967, p. 442, donde se subraya la connotación central y dinámica del interés del acreedor, que, permaneciendo en su mismo núcleo, se enriquece de los aportes y motivos nuevos que antes no se encontraban en el arco de desenvolvimiento del contrato.

[13] En dicho artículo, tenemos que la solución acogida radica en la extinción de la relación obligatoria, aunque el acreedor (real) no haya sido satisfecho en su interés; se debe recalcar que, ahondando un poco, puede evidenciarse que el caso en cuestión *no puede ser identificado con un supuesto de ejecución no satisfactiva* como tal, sino uno que tiene como sustento la *apariencia creditoria* en un sujeto que ostenta la posición legitimante; así, resulta, por lo menos, discutible el acudir a él para demostrar la no necesaria equiparación entre cumplimiento exacto y satisfacción del interés, ya que el interés del acreedor (aunque aparente) estaría satisfecho en lo que concierne al deudor que ha realizado objetivamente el comportamiento destinado a tal satisfacción y, por tanto, a la extinción de la relación.

rechazo a la prestación irregularmente ejecutada (con lo que verificaría el incumplimiento) apoyándose justamente en su falta de exactitud, con lo que eventualmente cabría la posibilidad de acudir a los mecanismos de tutela previstos por el ordenamiento ante la lesión de su interés (ejecución forzada o resolución-privación de efectos, de ser el caso). Lo mismo ocurriría con la actividad del tercero dirigida al cumplimiento, en tanto se requiere la *idoneidad* de dicha actividad para realizar el derecho del acreedor, el que sí, ya lo anotamos, sería realizado por la prestación del deudor. También el acreedor podría rechazar la «prestación» del tercero cuando se presenten indicios objetivos de que este no puede efectuar la atribución patrimonial con la legitimidad necesaria (por ejemplo, el tercero no es dueño de la cosa fungible entregada al acreedor); es decir, en otros términos, el acreedor podrá rechazar el ofrecimiento del tercero a cumplir cuando se aprecie que la consistencia patrimonial del tercero no asegura la inatacabilidad del pago (por ejemplo, dando lugar al peligro de una acción revocatoria).[14] En tales supuestos, se puede, sin perjuicio de la equiparación entre la actividad del deudor y del tercero, marcar el rompimiento del principio acogido en un cierto momento por la doctrina tradicional. Según este, corresponde a todo tercero, en plena autonomía y libertad, el cumplir la obligación ajena, incluso contra la voluntad del acreedor; por tanto, constituye carga (*onere*) de este recibir el cumplimiento también del tercero.[15]

En lo que atañe al cumplimiento del deudor, este derecho solo se encontraría limitado por la buena fe, cuando, por ejemplo, se estima que la «inexactitud» incurrida no es de tal magnitud para permitir la resolución de la relación obligatoria, mejor dicho, del contrato.[16] En lo que concierne al tercero, sin perjuicio de los casos enunciados, se denota también la posibilidad de que existan *límites* a su actuación dirigida al cumplimiento en los que el acreedor podría rechazarla, problemática de la que trataremos después. Otro caso de rechazo justificado, advertido no como *deber* sino como

[14] Solo en el último punto hemos seguido a NICOLÓ, Rosario. *Op. cit.*, p. 123.

[15] Así nos lo hace saber DI MAJO, Adolfo. «Dell'adempimento in generale. Libro Quarto. Delle obbligazioni (artt. 1177 – 1200)». En Francesco Galgano (ed.). *Commentario al Codice Civile Scialoja e Branca*. Bolonia, Roma: Zanichelli Editore - Societá Editrice del Foro Italiano, 1994, p. 60.

[16] Ello, evidentemente, si se atiende a la tesis según la cual el contrato no se extingue en el momento que produce los efectos correspondientes a su tipo y a su función; a partir de esto, se puede deducir, sin mucho esfuerzo, que la estructura del negocio, o contrato en particular, se refleja en la obligación (en este caso negocial), que más que estructura debería tener, como punto de composición de sus reglas, el contenido regulado. La idea se me ha criticado en no pocas oportunidades, y ello me incentiva a que, en el futuro, efectúe algunas disquisiciones a fin de darle mayor construcción y asidero a la afirmación efectuada.

facultad, es la llamada oposición del deudor: punto que se abordará en la última parte de este trabajo.

De tal análisis podría, efectivamente, colegirse incluso el concepto de incumplimiento.[17] Este vendría constituido como toda situación jurídica objetiva de falta de satisfacción del interés del acreedor que prescinda de cualquier valoración del comportamiento del deudor. Esto se debe a que los casos de «exactitud», si bien deben objetivamente coincidir con la satisfacción del interés, no son los únicos supuestos que pueden producirla, como sucede en el caso del «cumplimiento» del tercero, que atiende a la simple premisa según la cual, en estricto, el único que puede cumplir la prestación debida es el deudor: *el tercero, en cualquier caso, podrá solamente ejecutarla*,[18] en tanto el interés del acreedor se dirige al bien (utilidad) y la actividad del tercero realizaría el derecho-interés del acreedor sin actuar el deber de prestación que grava al deudor.[19] Es claro que, en estos supuestos, prescindimos

[17] El «incumplimiento» es la premisa factual de la responsabilidad contractual o por inejecución de obligaciones, como la llama nuestro Código Civil; se debe, en todo caso, recalcar brevemente que la idea de «incumplimiento» que se maneja en este punto, y en toda la problemática que nos atañe, es aquella de índole exclusivamente material. Esto conlleva exclusivamente la calificación objetiva de la realidad que se presenta ante nuestros ojos (y ello al margen de que equívocamente algunos digan que las corrientes subjetivas basan el inicio del juicio de responsabilidad sobre la culpa del deudor, ya que esto resulta a todas luces absurdo). Cabe la aclaración en tanto hay quien ha sostenido que «el incumplimiento es tal sólo cuando es imputable; si no es imputable, en efecto, no puede hablarse de incumplimiento en sentido técnico. La expresión *«incumplimiento no imputable»*, en efecto, constituye una contradicción de términos, porque el incumplimiento se califica técnicamente como violación de un deber (el deber de cumplir) y como tal lleva dentro de sí, prescindiendo de otras circunstancias, la indefectible razón de su propia imputabilidad. Ante ello, y con el fin de sustentar la idea, citemos la aclaración terminológica de un conocido autor subjetivista, que realmente resulta sintomática, en el sentido de que si el cumplimiento es la correcta ejecución de la prestación debida, el incumplimiento será la incorrecta o la falta de ejecución de la prestación misma; que tal falta de ejecución o su defectuosidad, sea imputable o, bien, inimputable, no le quita que el hecho sobre el que recae dicha calificación tenga la categoría de incumplimiento» (GIORGIANNI, Michele. *L inadempimento*. 3.ª ed. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1975, p. 860).

[18] Cabe efectuar en este punto un deslinde con la *fattispecie* del artículo 1149 del Código Civil. Este supuesto, a nuestro entender, es más amplio, pues compromete tanto a los casos en que el tercero actúa como instrumento del cumplimiento, bajo la dirección del deudor (así tenemos el caso de los auxiliares que el deudor utiliza en el cumplimiento, ex artículo 1325 del Código Civil), como en los que el tercero actúa libremente, por iniciativa propia, como en la figura analizada. Sin embargo, tal norma será de utilidad para la construcción de las reglas de operatividad del «cumplimiento» del tercero, sobre todo en lo que concierne a sus límites.

[19] La opinión vertida se corresponde con la posición esbozada por las llamadas teorías patrimoniales, según las cuales, como es conocido, en la obligación el «objeto del derecho del acreedor es el bien debido y/o el resultado de la prestación, no ya esta última, entendida como comportamiento del deudor». DI MAJO, Adolfo. «Dell'adempimento in generale. Libro Quarto. Delle obbligazioni (artt. 1177-1200)». *Op. cit.*, p. 47.

de la imputabilidad del incumplimiento, pues ello importa un problema de responsabilidad no atinente a nuestra investigación.

No es correcto, sin embargo, observar el cumplimiento exclusivamente como un comportamiento del deudor, comportamiento que, se dice, debe ser conforme al programa negocial. El interés del acreedor, desde este punto de vista, no determinaría el contenido del cumplimiento (del deudor) en tanto pueden verificarse casos en los cuales, no obstante el deudor se haya comportado correctamente (por lo que no podrá ser considerado incumplidor), aquel no se ha visto satisfecho (como, por ejemplo, se tiene en el caso del médico que se empeña en curar un paciente sin conseguirlo); y porque, al contrario, existirían casos en los cuales el interés del acreedor es satisfecho, aunque el deudor no verifique el comportamiento prestacional,[20] es decir, satisfacción fuera de la actividad del deudor, como se tendría en el cumplimiento del tercero.

Lo que sucede, en el caso del médico, es que existe una insatisfacción del interés *concreto* del acreedor pero no del interés abstractamente considerado. Este último, por demás, resulta valorable por encima del llamado interés concreto, ya que es indiscutible que el deudor (el médico) habría cumplido dentro de los parámetros de su obligación (de medios).[21]

Remarcando más aún la idea, se debe excluir de plano la identificación absoluta entre la actividad del deudor y la ejecución del programa prestacional. Solo cuando el deudor ejecute dicho programa podremos hablar estrictamente de cumplimiento, de una satisfacción indiscutible del interés (abstracto) del acreedor y propiamente de la *extinción* de la obligación. Cuando no haya una identidad subjetiva (deudor-tercero), podrá haber ejecución del programa y satisfacción del interés, pero supeditado a que el acreedor no tenga una justificación para rechazar el ofrecimiento del tercero. Tampoco debemos identificar la realización del programa prestacional con la satisfacción del interés del acreedor, según se ha dicho.[22]

---

[20] La idea es de NICOLÓ, Rosario. «Adempimento». *Enciclopedia del Diritto*. Vol. I. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1958. En idénticos términos: FRANCESCHETTI, Paolo. *Obbligazioni e responsabilitá civile*. Verona: Edizioni Simone, 1996, pp. 81-82.

[21] Así, en las obligaciones de medios o de actividad, el deudor estaría constreñido a observar una conducta diligente, a conducirse de la manera más idónea para intentar obtener el resultado esperado, claro que según el *standard* prefigurado, mientras que, en las obligaciones de resultado, el deudor estaría constreñido a la obtención específica de un resultado (*opus*) y solo concretándolo en la realidad se liberaría. La diferencia radica en la mayor o menor amplitud de lo debido respecto del interés primario del acreedor, consistente siempre en un resultado. Lo que sucede es que el «grado de cooperación» del deudor es distinto.

[22] Ya hemos expresado nuestra postura (PALACIOS MARTÍNEZ, Eric e Ysmael NÚÑEZ SÁENZ. *Teoría general de las obligaciones*. 1.ª ed. Prólogo de Gastón Fernández Cruz. Lima: Jurista Editores, 2004, p. 167 y ss.), que se apoya sobre la inconveniencia de afrontar la

2. La *fattispecie* del artículo 1222 del Código Civil: precisiones conceptuales y sus intrínsecas limitaciones de operatividad

La *fattispecie* (supuesto de hecho legal) contenida en el artículo 1222 del Código Civil recoge o, mejor dicho, permite lo que en la doctrina se ha

---

problemática del incumplimiento a través de la generación de una tipología del incumplimiento o de las defectuosidades del cumplimiento, como se ha hecho patente en las construcciones más consistentes; luego de esto, debería acogerse como incumplimiento solo la falta absoluta de la prestación debida y, como «cumplimientos inexactos», todas las vicisitudes que se puedan presentar en la ejecución de la prestación, que no signifiquen su ausencia absoluta. Entendemos necesario, sobre todo en lo que concierne a la opción tomada por el Código Civil, establecer una suerte de tarea clasificatoria de los mismos, atendiendo, o tomando como criterios de referencia, a las que personalmente llamaremos *reglas del cumplimiento*, que han sido recogidas en nuestra codificación y que fluyen, concretamente, de la preceptiva de los artículos 1220, 1221 y 1240 del Código Civil. Así tenemos que, en nuestra opinión, se puede aceptar la existencia de los siguientes principios:

a) regla de integridad,
b) regla de identidad y
c) regla de oportunidad.

En este orden, se debe acotar que la *regla de integridad* supone que la ejecución de la prestación no puede ser cuantitativamente separada en el sentido de que el deudor debe de ejecutarla, dentro de lo previsto en el contenido, totalmente y no por partes. De ello se deduce que el acreedor puede rechazar una prestación que sea cuantitativamente inferior al contenido de la obligación; aunque se trate de una prestación que sea susceptible de fraccionamiento (divisibilidad objetiva), es posible que cada una de las partes sea capaz de conservar proporcionalmente el valor y la función económica del entero cumplimiento (BRECCIA, Humberto. *Op. cit.*, p. 400).

Por otro lado, la *regla de identidad* implica que la prestación debe reunir las características plasmadas en el contenido del hecho generatriz de la obligación; en estos supuestos están incursos tanto los casos de prestación diversa como de prestación estrictamente defectuosa, los que son reconducibles a una *defectuosidad genérica* en la forma de cumplir. Es un supuesto de inexactitud cualitativa de la prestación.

La regla de oportunidad se concreta, por último, en las circunstancias del cumplimiento, es decir, el lugar y el momento de cumplimiento según el programa prestacional sobre el que se desarrolla la relación obligatoria.

Nuestro Código Civil en su articulado se refiere a tres tipos de cumplimientos inexactos, el parcial, el defectuoso y el tardío, los que pueden, y deben, considerarse como transgresiones de cada una de las reglas enunciadas. El cumplimiento parcial deriva de transgredir la regla de integridad; el defectuoso, de transgredir la regla de identidad; y el tardío, de transgredir la regla de oportunidad en su aspecto temporal.

A pesar de ello, y con la finalidad de lograr una sistemática coherente con el articulado del Código Civil, pues este reconoce enunciativamente solo la regla de integridad en el artículo 1220, debemos de propender a distinguir entre integridad cuantitativa (en sentido estricto) e integridad cualitativa, identificable con la regla de identidad, ya que, en el artículo 1221, se hace alusión al primero de los conceptos acotados en forma específica. En otros términos, el artículo 1220 recoge, en forma amplia, el concepto de integridad según esta clasificación, pero el artículo 1221 solo lo haría con respecto a la integridad cuantitativa. La integridad cualitativa, identificable con la identidad, según

llamado como el *cumplimiento del tercero*, permisión que, vale ya decirlo desde un primer momento, tiene como principal objetivo la *satisfacción del interés del acreedor*.[23]

La primera impresión que nos causa el artículo en cuestión es que este resulta incompleto y confuso, con miras a resolver la problemática que hasta ahora hemos venido planteando. Es obvio que dicha norma, como casi todo el Libro de las Obligaciones, es de corte francés. Nótese cómo la legislación francesa, concretamente el artículo 1236 del *Code* Civil, es atenta todavía a que la posición del deudor no venga perjudicada por la intervención no solicitada del tercero. El Código francés distingue, al igual que el nuestro, entre tercero interesado y no interesado. Solo al primero es reconocida la posibilidad de intervención en cuanto titular de un legítimo interés al cumplimiento (tal el coobligado o aquel que haya dado una caución a favor del deudor). Para los terceros no interesados, se necesita demostrar la ventaja del deudor. Nuestra opción legislativa, a pesar de la anotada similitud, se aparta de tal orientación, ya que no otorga consecuencias expresas a la existencia o no de un interés en el tercero, las que deberán ser deducidas, sino que da relevancia inicial a la existencia o no de asentimiento por parte del deudor. Con respecto a la esfera de interés del deudor, la no existencia de asentimiento se considera decisiva solo para determinar la situación sucesiva del tercero que «cumple» la prestación. Parece, por lo lato de la mención a la *falta de asentimiento del deudor*, que, dentro de la misma, estaría comprendida también la oposición del deudor, lo que será examinado en los puntos siguientes. Se revela, por demás, cómo la norma por sí sola no resuelve los problemas innatos al desenvolvimiento de la actividad del tercero, tales como los límites y, sobre todo, los efectos de la aludida oposición del deudor con miras a la tutela de su derecho de liberación. Será necesario, entonces, proceder a la construcción de la disciplina utilizando la normativa pertinente a fin de *extraer* del entero sistema las soluciones a los problemas planteados.

---

parecer propio, no se encontraría expresamente reconocida, sino *indirectamente* a través de la regla de integridad «general» del artículo 1220, de las normas de saneamiento por vicios ocultos (art. 1503 y ss.), así como de la propia normativa de la inejecución de obligaciones cuando se alude al cumplimiento defectuoso (por ejemplo, el art. 1314). En lo que concierne a la regla de oportunidad, de lugar y de temporalidad, ambas variantes están recogidas respectivamente en los artículos 1238 y 1240 del Código Civil.

[23] Así se ha afirmado, en el marco normativo italiano, que «a través de la admisibilidad del cumplimiento del tercero, el legislador ha claramente demostrado, como se ha dicho, querer preferir el interés *general* de los acreedores a ver actuada la relación incluso por no-deudores respecto a aquel, eventualmente contrario, del particular deudor (y también del particular acreedor)». Nos referimos a Di Majo, Adolfo. «Dell'adempimento in generale. Libro Quarto. Delle obbligazioni (arts. 1177-1200)». *Op. cit.*, p. 70.

La figura del cumplimiento del tercero, que para algunos operadores puede aparecer como de extrema simplicidad, desde el punto de vista teórico, nos lleva a un profundo problema dogmático: aquel de la intervención de un sujeto en la esfera jurídica ajena, por cuanto, además, se advierte que esta intervención se refiere al lado pasivo y no a aquel activo en el cual se vierte típicamente el ámbito del ejercicio de los derechos ajenos. En este último caso, el principio general es aquel de la irrelevancia de la actividad del tercero en los límites del titular del derecho, mientras las excepciones a este principio se justifican o en virtud de una legitimación del tercero derivada de un poder o de una situación jurídica particular. El fenómeno se reconduce, entonces, en el cuadro general de la disposición de relaciones instauradas entre terceros extraños (ajenos) al titular del derecho.[24]

Debemos acotar que el hecho de que el tercero tenga o no interés en el cumplimiento sí puede generar consecuencias que se enmarcan en la aplicación de la subrogación de pleno derecho o de la denominada «convencional» (inciso 2 del artículo 1260 e inciso 1 del artículo 1261 del Código Civil). La posibilidad de una subrogación siempre se tendrá presente, ya que, como se tiene que deducir, exista o no interés esta se puede producir. Así, si el tercero tuviera interés legítimo, aun cuando no tenga el asentimiento del deudor, se produciría la subrogación legal según lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 1260 del Código Civil. El caso descrito en el segundo párrafo del artículo 1222 Código Civil, atinente a la existencia de una obligación estrictamente restitutoria, es aquel en que el tercero *no tiene interés en el cumplimiento* y, además, *cumple sin asentimiento del deudor.* Por ejemplo, un tercero interesado es el copropietario que cumple la obligación de otro copropietario con el fin de evitar la afectación del bien, o aquel propietario que ha hipotecado su casa para garantizar una deuda ajena; en otros términos, un tercero interesado es el que, al ejecutar la prestación, protege la realización de sus derechos subjetivos, que, de lo contrario, pueden verse lesionados. Pero volviendo al tema, cuando se alude a la posibilidad de que el *tercero no interesado*, que paga sin asentimiento del deudor, solo pueda exigir la restitución de aquello en que le hubiese sido útil el pago, lo que se quiere decir es que se dispone la restitución estricta de la *ventaja patrimonial* obtenida por deudor sin la intervención de ningún otro concepto (intereses o daños y perjuicios).

Volviendo al análisis de la norma, ya se ha precisado que la satisfacción del interés del acreedor puede ser conseguida aun sin la intervención direc-

[24] Es la posición de MICCIO, Renato. «Delle obbligazioni in generale (artt. 1173-1320)». En *Commentario del Codice Civile.* 3.ª ed. Libro IV. T. I. Título I. Turín: UTET, 1982, p. 88.

ta ni indirecta del deudor como sujeto constreñido a la ejecución de la prestación debida. La incorporación de este mecanismo, en otros términos, implica la admisibilidad de la ejecución de la prestación por obra de un sujeto distinto del deudor, sea dentro de los límites contextualmente y específicamente delimitados por el legislador en la misma norma o dentro de aquellos parámetros que puedan deducirse del entero sistema.[25] La justificación de esta figura encuentra sustento en una función *solutoria*, que se manifiesta en la fase de actuación de las obligaciones.[26]

El debate dogmático, entonces, se centra en la admisibilidad de la prestación «cumplida» por el tercero con respecto al cumplimiento «normal» del deudor; para ello, se toma, como ya se dijo, en consideración el aspecto funcional de la relación obligatoria y no el aspecto estructural, pues, con este último, existe una incompatibilidad en cuanto la prestación solo podría ser cumplida estrictamente por el deudor. Sobre esto, sin perjuicio de lo expuesto, precisemos, a manera de resumen, que el «cumplimiento» del tercero, al igual que el efectuado por el deudor, también debe valorarse tomando el criterio contenido en la cláusula general de *exacto-inexacto cumplimiento,* delimitada por la más coherente doctrina,[27] en el sentido de que el cumplimiento del tercero debe ser, por lo menos, objetivamente idéntico al que hubiere realizado el deudor, ya que, de no ser así, se incurriría en una trasgresión de los derechos subjetivos del deudor; específicamente aquel derecho de liberarse normalmente frente al acreedor originario (apoyada en una situación jurídica subjetiva de desventaja activa-débito). Por otro lado, el acreedor *puede, no debe,* aceptar del tercero la ejecución de una prestación inexacta, bajo el perfil cuantitativo (cumplimiento parcial), en igual forma que le hubiese sido permitido consentírsela al propio deudor si se utilizara el argumento a contrario contenido en el artículo 1221 del Código Civil. Si ahondamos un poco en esta última norma citada, podremos extraer el problema de si el acreedor que ha aceptado un cumplimiento parcial del tercero podría dirigirse al deudor por la parte de la prestación pendiente. Sobre esto, nos parece propicio optar por la solución negativa en cuanto el acreedor que discrecionalmente, al igual que lo pudo haber hecho con el deudor, permite que el tercero efectúe parcialmente la prestación a él debida asiente en que su crédito se verá satisfecho con dicho acto: mal, entonces, podría

[25] RESCIGNO, Pietro. «Ripetizione dell'indebito». *Novísimo Digesto Italiano.* T. XV. Turín: UTET, 1968, p. 1230. Esta idea nos servirá de soporte para llenar los vacíos existentes en la descripción normativa del fenómeno que nos atañe.

[26] BRECCIA, Humberto. *Op. cit.,* p. 437.

[27] Baste como ejemplo citar a NICOLÓ, Rosario. «Adempimento». *Op. cit.,* p. 562 y ss.

dirigirse contra el deudor, que incluso pudo verse afectado con la intervención del tercero.

En este orden de ideas, se ha señalado que la regla de la «exactitud» del cumplimiento puede tener dos perfiles: el *objetivo*, vinculado a la conformidad de la prestación ejecutada con el contenido de la obligación que pesa sobre el deudor; y el *subjetivo*, conectado a la identidad de los sujetos inmersos en la ejecución y, en particular, a la persona (parte) llamada a cumplir.[28] El primero, ya desde nuestra perspectiva, tiene indudable relevancia en el plano de la verificación del cumplimiento y del eventual surgimiento de la responsabilidad como consecuencia de la falta de exactitud; el segundo —no obstante que parece haber sido considerado *irrelevante* con el reconocimiento del cumplimiento del tercero o, más aún, con la concesión de una *legitimidad genérica* para el cumplimiento—se denota cuando la primera parte de la *fattispecie* acotada señala que *puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés* en el cumplimiento de la obligación, sea con el asentimiento del deudor o sin él.

Dados los límites del presente estudio, valga indicar que, para que se pueda hablar de cumplimiento de tercero, no basta, sin embargo, la objetiva realización del interés del acreedor y la voluntad de cumplir la prestación en ventaja del *accipiens*, sino que es necesario que el cumplimiento sea referido, de algún modo, a la relación efectivamente existente entre deudor y acreedor.[29] En el cumplimiento del tercero, se ha dicho, la actividad del *solvens*, que es siempre libre, está dominada por un expreso elemento volitivo: el *animus* de referir la prestación a una relación obligatoria en la cual el tercero es consciente de ser extraño.[30]

3. Los límites del cumplimiento del tercero. El interés del acreedor en el cumplimiento «estricto» del deudor. El interés del tercero por cumplir

Ahora bien, es evidente que la configuración de una legitimidad genérica para el cumplimiento puede estar supeditada a la *anuencia del acreedor*, que, en ciertos casos, justificadamente rechaza la actividad del tercero dirigida al cumplimiento. Esto es lo que la mayoría de la doctrina identifica

---

[28] La idea es acogida por TURCO, Claudio. *Op. cit.*, pp. 23-24.

[29] Es la impostación acogida por MOSCATI, Enrico. «Indebito soggettivo e attuazione del rapporto obbligatorio», trabajo ahora recogido en el volumen *Fonti legali e fonti «private» delle obligazioni*. Padua: CEDAM, 1999, p. 108.

[30] MOSCATI, Enrico. «Pagamento dell'indebito, adempimento del terzo e legittimazione a ripetere la prestazione». En *Fonti legali e fonti «private» delle obligazioni. Op. cit.*, p.76.

como *límites del cumplimiento del tercero*, sustentada en el interés contrario del acreedor o del deudor, que aparece vinculado principalmente al perfil concerniente a la personalidad de la prestación o, en otros términos, a la exigencia de una ejecución personal.[31]

Es claro que uno de tales límites se concreta cuando el interés del acreedor no se ve satisfecho con la actividad del tercero porque su interés se dirige a que el deudor ejecute personalmente la prestación. El acreedor puede rechazar que otro sustituya al deudor en el cumplimiento toda vez que el acreedor tenga un interés en la ejecución personal de la obligación por parte del deudor.[32] Incluso, algún autor considera que el *único* límite que encuentra el cumplimiento del tercero es aquel constituido por la existencia de un interés del acreedor *a que el deudor ejecute personalmente la prestación*.[33] Generalmente, se identifican estas prestaciones como contenido de las denominadas obligaciones *intuito personae*. Tenemos como ejemplos de estas obligaciones el retrato del célebre pintor, el reconocido prestigio de ciertas empresas constructoras en la edificación de viviendas familiares, la atención de un determinado profesional médico o abogado para tratar asuntos judiciales de orden personal o afectivo y, en general, todas aquellas prestaciones que requieren competencia y pericia específicas. La valoración particular del contenido de la relación obligatoria, según los lineamientos expuestos en la parte introductoria, ayudarán a evaluar la naturaleza «personal» de la prestación por ejecutarse en cada caso, máxime cuando se desborda la tipicidad del interés y se tiene que recurrir a lo que se ha llamado *causalización* del motivo. Es interesante cómo la doctrina alemana nos informa de ciertos tipos negociales en los que, por disposición legal

[31] Di Majo, Adolfo. «Dell´adempimento in generale. Libro Quarto. Delle obbligazioni (artt. 1177-1200)». *Op. cit.*, pp. 59-60. Aleccionadoras, con respecto a la intrínseca necesidad de límites en la actuación del tercero en el cumplimiento, son las palabras de Alberto Trabucchi: «¿Quién puede cumplir? Quien debe cumplir es siempre el deudor. Según el art. 1180 también un tercero cualquiera puede pagar por él, incluso contra la voluntad del acreedor, cuando se trate de prestación infungible sobre la cual el acreedor tenga un interés objetivamente valorable de verla cumplida personalmente por el deudor», y agrega a pie de página que «es de apreciar que el pago del tercero se caracteriza por la conciencia de éste de ser extraño a la relación obligatoria (animus). Si, en efecto, el tercero estuviese convencido de ser deudor se configuraría una hipótesis de indébito subjetivo». (Trabucchi, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. 41.ª ed. Editado por Giusseppe Trabucchi. Padua: CEDAM, 2004, p. 647; en nuestro medio es conocida la traducción efectuada por el español Luis Martínez-Calcerrada, publicada por la Editorial Revista de Derecho Privado de Madrid en 1967, que consta de dos tomos.

[32] Inzitari, Bruno. *Op. cit.*, p. 441.

[33] Di Majo, Adolfo. «Dell´adempimento in generale. Libro Quarto. Delle obbligazioni (artt. 1177-1200)». *Op. cit.*, p. 59.

expresa, en caso de duda, la prestación debe ser ejecutada por el deudor en persona.[34]

En nuestra realidad normativa parece que el asunto se ha tomado en un sentido nominalmente inverso, pero se ha llegado al mismo resultado que se logra, por ejemplo, en el ordenamiento italiano, puesto que el artículo 1222 del Código Civil ha configurado como regla la legitimación genérica para cumplir, a la cual solo excluye cuando la *naturaleza* o el *pacto*, que puede ocurrir en cualquier momento entre las partes originarias,[35] no lo permitan. El término «naturaleza», contenido en el primer párrafo del artículo, permite tomar en consideración tanto el interés del acreedor en que sea el mismo deudor el que cumpla con la prestación, como las *características de la prestación* que podrían justificar la negativa al cumplimiento del tercero. Apoya clarísimamente el límite analizado el tenor del artículo 1149 del Código Civil, que permite *in genere* la ejecución de la prestación por un tercero, no importa si actuando por encargo del deudor o autónomamente, a no ser que del *pacto o de las circunstancias resultara que este fue elegido por sus cualidades personales.* La lógica de esta norma informa, por su amplitud, también a la figura del cumplimiento del tercero y nos confirma cómo la tutela del interés del acreedor se ve defendida en las hipótesis en las que el origen de la relación obligatoria tiene como sustrato la ejecución personal del deudor.

Parte de la doctrina para caracterizar este límite de actuación del tercero ha construido la figura de las prestaciones *infungibles* caracterizadas porque sobre ellas existe un interés del acreedor a recibir la prestación personalmente por el deudor. El interés debe ser apreciable objetivamente, ya que tal valoración no se restringe a las hipótesis en las cuales tenga relevancia la competencia profesional o la organización empresarial de quien se prepare a ejecutar la prestación, sino que se extiende a todos los casos de menor seguridad sobre el resultado final.[36]

---

[34] LARENZ, Kart. *Derecho de Obligaciones.* Trad. de Jaime Santos Briz. T. I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, pp. 254-255, quien textualmente señala: «Algunas prestaciones sólo pueden ser realizadas personalmente por el deudor porque dependen de su habilidad especial, de sus conocimientos técnicos, de su reputación o de sus características personales. La ley establece que en la duda han de ser cumplidos personalmente: la obligación del deudor o empresario en el contrato de servicios, la del mandatario, la del socio, la del depositario» (hemos suprimido la referencia a la normativa alemana por considerarla superflua).

[35] En nuestra opinión, el pacto contenido en una cláusula determinada puede dirigirse tanto a la precisión de que la prestación por ejecutarse tiene la naturaleza *intuito personae,* como a la oposición anticipada del deudor a que otro sujeto ejecute la prestación a su cargo, sin expresión alguna en torno a la naturaleza de la misma.

[36] BIANCA, Massimo. *Op. cit.*, p. 284. Es por demás interesante la propuesta de Di Majo, que distingue entre las prestaciones intrínsecamente definidas por sí mismas como infungibles

Queda por añadir que este límite para el cumplimiento del tercero no solamente es aplicable, al menos teóricamente y como pudiera parecer, a las obligaciones de hacer — es claro que, en este tipo de obligaciones, el interés *abstracto* del acreedor puede fundar la facultad de rechazo del acreedor en tanto este se desprende de características objetivas de la prestación—, ya que, en el fondo, se debe dar prevalencia genérica al *interés digno de tutela*, aunque no necesariamente se encuentre vinculado a las características de la prestación. Sin embargo, el artículo 1222 del Código Civil, al hacer mención expresa a la *naturaleza* de la prestación, parece restringir dicha posibilidad a las prestaciones que objetivamente puedan ser tomadas como *infungibles*, que, en bastantes casos, se identifican con las obligaciones de hacer.

En buena cuenta, dentro de la hipótesis, el acreedor puede rechazar el «cumplimiento» del tercero si tiene un *objetivo interés* en que el deudor cumpla personalmente la prestación.

Importante es, aunque ello no sea materia de nuestra indagación, incidir concretamente en que la intervención del tercero debe, dentro de la fenomenología analizada, ser espontánea, en el sentido de que no debe ser provocada por una actividad del deudor, ya que, en este caso, nos encontraríamos ante una directiva de este último, lo que la aparta de la hipótesis del cumplimiento de un débito ajeno. El tercero, en nuestro caso, cumple autónomamente, es decir, sin ser representante, gestor, mandatario, auxiliar, etc. del deudor; en otros términos, no encamina su actividad a la liberación del deudor, sino, primigeniamente, a la satisfacción del interés del acreedor, por lo que, para los efectos de la existencia de la *fattispecie*, es irrelevante la concurrencia de un interés en dicha actividad solutoria a favor del deudor.[37] Aquí tal vez encontremos una diferencia precisa entre el cumplimiento del deudor y la ejecución del tercero: la actividad del tercero es

(infungibilidad objetiva) y las prestaciones contenidas en contratos concluidos *intuito personae*, cuya aplicación concreta corresponde a los jueces a través de un poder de apreciación del interés creditorio, que sirve como límite a la espontánea intervención de terceros en relaciones que vinculan a otros sujetos (Di Majo, Adolfo. «Dell'adempimento in generale. Libro Quarto. Delle obbligazioni (artt. 1177-1200)». *Op. cit.*, p. 62).

[37] En este punto no estamos de acuerdo con la posición de Di Majo, para quien el cumplimiento del tercero implica una particular forma de sustitución *in executivis* en el cumplimiento de la singular obligación (Di Majo, Adolfo. «Dell'adempimento in generale. Libro Quarto. Delle obbligazioni (artt. 1177-1200)». *Op. cit.*, p. 62). Nos parecen interesantes las ideas de Miccio, Renato. *Op. cit.*, p. 90 cuando señala que «el cumplimiento del tercero no presenta, por ende, ninguna identidad con el cumplimiento del deudor, dada la infungibilidad lógica de la prestación, ya que produce para el acreedor sólo un subrogado en el cumplimiento. Esta tesis, que me parece del todo aceptable, importa, si no yerro, mi convencimiento que el cumplimiento del débito ajeno constituya, no sólo una intervención autónoma, sino externa e independiente, adquiriendo todo el aspecto de una disposición de la relación, el cual muta sus términos por actividad unilateral».

libre, es decir, en ella no media ningún deber de constricción que le dé contenido, mientras que la actividad solutoria del deudor es calificada, por la doctrina especializada, como un acto debido.[38]

Más interesante es detenerse sobre aquel otro límite al cumplimiento del tercero, al menos así catalogado por nuestra parte, que confiere al acreedor, ya lo dijimos, la facultad de rechazar justificadamente la oferta del tercero: nos referimos al supuesto de la oposición del deudor.

Por último, en este punto, quisiera dejar establecido que los límites del cumplimiento del tercero guardan una importancia trascendental en el aspecto práctico, ya que constituyen la única justificación para el rechazo de la prestación del tercero, el mismo que, de no existir ninguna justificación, podría atenerse al procedimiento de liberación coactiva, identificado en nuestro ordenamiento en el pago por consignación, exartículos 1251 y ss. del Código Civil. Y es que, a falta de un interés objetivamente relevante para la ejecución de la prestación por parte del deudor o debido a la oposición del deudor, el acreedor no puede rechazar el cumplimiento del tercero, con la consecuencia de que la ilegitimidad del rechazo a la prestación del tercero impide al acreedor actuar contra el deudor.[39] Con la justificación otorgada solamente por los casos de limitación, se rompe la regla general reflejada en la legitimación genérica reconocida por el artículo 1222 del

Contra la alegada absoluta falta de identidad entre el cumplimiento del deudor y del tercero se ha pronunciado expresamente CANNATA, Carlos Augusto. «L'adempimento delle obbligazioni». En *Trattato di diritto privato diretto da Pietro Rescigno.* Vol. 9. T. I. Turín: UTET, 1984, p. 79, en los siguientes términos: «se ve rápidamente la dificultad que tal posición comportaría, solo pensando que, donde la prestación debida tenga por objeto la atribución de un derecho, la ejecución operada por un tercero, si no fuese considerada cumplimiento, adolecería de la conexión con la obligación que, suministrando la causa de la atribución, hace posible la transferencia o la constitución del derecho mismo». A nuestro parecer, lo que sucede es que la transferencia del derecho se produciría desde una esfera distinta a la del acreedor: la del tercero, lo que importaría un mecanismo de adquisición distinto al que se produciría por la actuación del deudor.

[38] Para una demostración de que el cumplimiento es un *acto debido* ver el interesante trabajo de NATOLI, Ugo. «Adempimento, atto dovuto, negozio giuridico». En *Scritti in onore di SALVATORE PUGLIATTI.* Presentación de Rosario Nicoló. Vol. I. T. II. Milán: Pubblizazioni dell'Istituto di scienze giuridiche, economiche, politiche e sociali della Universitá di Messina, Dott. A. Giuffrè Editore, 1978, p. 1532 y ss.; en el que se puede leer, con relación al cumplimiento del deudor: «La característica constante está representada por la calificación de necesidad, que cubre infaltablemente el comportamiento del deudor. En cuanto dirigido al cumplimiento, tal comportamiento es siempre debido. Ello no excluye, sin embargo, que en concreto, este pueda presentarse con la diversa estructura del comportamiento material o del acto jurídico, o, a su vez, asumir, según los casos, el ropaje de negocio jurídico, o de momento estructural de una *fattispecie negocial* compleja cual es el contrato».

[39] INZITARI, Bruno. *Op. cit.*, p. 441.

Código Civil.[40] En síntesis, la posibilidad del acreedor de rechazar la oferta del tercero se presentaba, en tal modo, del todo excepcional, limitada, como se ha visto, a ciertas categorías de relaciones y en conexión con el objetivo carácter de infungibilidad de la prestación del deudor.[41]

4. La oposición del deudor. El derecho del deudor a la liberación.

Llegados a esta instancia, dejándose ya entrever nuestros lineamientos de enfoque del «cumplimiento» del tercero, es momento oportuno de abordar la temática que ha dado origen a la investigación efectuada. Nos referimos a la conexión existente entre el denominado derecho a la liberación del deudor, atinente a la dinámica general de la relación obligatoria (lo que desborda inclusive nuestra temática), y la eventual oposición del deudor al cumplimiento del tercero. Dicha problemática adquiere matices de interés sobre todo porque no existe aparentemente ningún apoyo en el derecho positivo que nos permita determinar una posición concreta sobre el particular.

El derecho de liberación del deudor puede, primeramente, estar apoyado en una situación jurídica subjetiva de desventaja activa que es imperativo, para el deudor, remover. No puede ser indiferente para el deudor el modo a través del cual consigue la liberación, lo que, según algunos autores, no se restringe a un aspecto pura y abstractamente ético, ya que, en el fondo, lo que se desea constatar es si el ordenamiento considera relevante el interés del deudor por conseguir la liberación; así, se destaca la necesidad de la atribución de un derecho potestativo.[42] La doctrina ha puntualizado

---

40 De acuerdo con DI MAJO, Adolfo. «Dell´adempimento in generale. Libro Quarto. Delle obbligazioni (artt. 1177-1200)». *Op. cit.*, p. 60, quien expresamente señala que «corresponde a todo tercero, en plena autonomía y libertad el cumplir la obligación ajena, incluso contra la voluntad del acreedor, siendo por tanto una carga (*onere*) de éste recibir el cumplimiento también del tercero».

41 No se da, entonces, una relevancia autónoma al interés del acreedor desconectada de los parámetros objetivos señalados por la norma. Así, desde nuestra normatividad, es dudoso que sea legítimo el rechazo al cumplimiento ofrecido por un tercero que sea un empresario en estado de insolvencia, por el riesgo que tal pago correría, en el sentido de poder ser impugnado. El caso, citado por Giorgianni, nos lo hace saber CANNATA, Carlos Augusto. *Op. cit.*, p. 81.

42 Sobre el particular NATOLI, Ugo. «L´attuazione del rapporto obbligatorio». En *Trattato di Diritto Civile e Commerciale.* Fondato dai professori Antonio Cicu e Francesco Messineo, continuato da Luigi Mengoni, e ora directo da Piero Schlesinger. Vol. XVI. T. 1. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, p. 65, afirma: «Conviene relevar que la tutela del interés del deudor estaría más que asegurada cuando a éste le fuera ofrecido el medio idóneo, que además de hacerle conseguir la liberación del vínculo, le permita también constatar, en definitiva, que él ha efectuado todo cuanto estaba constreñido a hacer a efectos de verificar un exacto cumplimiento y la consecuencial realización del interés del

que, en el tentativo de reconstruir la posición del deudor en forma integral, se hace referencia a peculiares «derechos» que acompañarían el deber en la fase del cumplimiento. Estos «derechos» encuentran, en la hipótesis del alargamiento de la relación derivado de un abuso del acreedor, un ejemplo plausible, pero que revela no tanto un derecho del deudor al cumplimiento sino más bien un *derecho a liberarse*, si es necesario, en forma diversa al cumplimiento.[43] De esta forma, se denota que, antes de que se verifique la situación moratoria creditoria, el derecho a liberarse se reabsorbería en el comportamiento debido.[44]

Acerca de la oposición del deudor —se entiende a que otro sujeto cumpla la prestación a su cargo—, se ha discutido en torno a su incidencia en el desenvolvimiento de la relación obligatoria en lo que concierne a la legitimación que conferiría al acreedor para rechazar la oferta del tercero a cumplir.

Así, por un lado, se había señalado que dicha oposición debía de considerarse *irrelevante*, por lo que el acreedor no podría, solo por tal hecho, rechazar la oferta del tercero.[45] La posición contraria, también extrema, sostenía que, como consecuencia de la oposición, el acreedor quedaba impedido de aceptar la oferta del tercero; quedaba, por ello, constreñido a

acreedor. A tal efecto, más que el recurso al esquema de una obligación, aunque sea accesoria y marginal a cargo del acreedor, parecería más acorde el reconocimiento al deudor de una posición típicamente instrumental tal como el derecho potestativo», solución que se refleja en los institutos de la mora del acreedor y de la liberación del deudor independientemente de toda cooperación o, por añadidura, contra la voluntad del acreedor. De acuerdo: BARASSI, Ludovico. *La teoria generale delle obligación*. T. III. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1948, p. 92.

43 BRECCIA, Humberto. *Op. cit.*, p. 457.

44 *Ib.* Sobre esto último, no nos encontramos de acuerdo, puesto que, en el caso del cumplimiento del tercero, la problemática puede desarrollarse antes de la dinámica del comportamiento debitorio en sí mismo considerado. En otras palabras, el tercero debe cumplir antes que la obligación se torne en exigible. La respuesta en este punto es clara, ya que la subrogación y/o restitución se plasmarán sobre lo que haya sido de utilidad para el deudor.

45 CARBONI, M. *Della obbligazione nel diritto odierno. Concetto e contenuto.* Turín: Edizioni Bocca, 1912, p. 196 y ss. Esta posición se sustenta en que al tercero se le reconoce un derecho de cumplir la obligación ajena, de lo que deriva que la oposición del deudor no tendrá efecto. Son los casos en que se ha reconocido un *Ablösungsrecht* al tercero, donde el acreedor se dispone a efectuar actos de expropiación sobre los bienes del deudor, respecto a los cuales el tercero corre el riesgo de perder un propio derecho. Corresponde a todo tercero, en plena autonomía y libertad, según esta tesis, el cumplir la obligación ajena, incluso contra la voluntad del deudor.
Sin embargo, ella resulta contradictoria, pues el tercero, ante, por ejemplo, la oposición del deudor (irrelevante), tendría derecho de recurrir al procedimiento de liberación coactiva, lo que daría como incoherente resultado que el deudor se vea favorecido aun cuando se haya opuesto expresamente a ello. Así, se violenta el principio según el cual se puede rechazar beneficios no solicitados de origen anglosajón.

rechazarla.[46] Una posición intermedia, reseñada con anticipación, acogida incluso por el *Codice Civile italiano* de 1942, deja al acreedor en la elección de aceptar o no la oferta del tercero.[47] Desarrollando esta última idea, se ha señalado que el acreedor tiene la facultad, no el deber, de rechazar el cumplimiento cuando el deudor le haya manifestado su oposición (por ejemplo, el deudor no quiere que sus deudas sean pagadas por un conocido personaje de pasado «poco honesto», por un adversario político o por un odiado competidor).[48]

Vital para establecer algún lineamiento que ayude a resolver la problemática es precisar que, con el cumplimiento del tercero, el deudor no necesariamente se verá liberado, ya que, de todas formas, este podría estar atado a una situación de deber frente al tercero, como ocurriría ante la presencia del fenómeno subrogatorio. Conectando el derecho a la liberación con la oposición del deudor al «cumplimiento del tercero», esta última como inserta dentro de dicho derecho, nos daremos cuenta de que, también en la señalada hipótesis, el deudor tiene un interés en liberarse tempestivamente mediante el cumplimiento que constituye la manera normal en que el crédito (no solo el interés del acreedor) puede obtener satisfacción. La satisfacción del interés del deudor a la regular actuación de la relación obligatoria y, por lo tanto, a su liberación no depende, sin embargo, solamente de su comportamiento, sino que presupone también la colaboración del acreedor en recibir el pago o en hacer lo indispensable para que el deudor cumpla la prestación.[49] Puede exitosamente argüirse tal orientación en nuestro ordenamiento remitiéndose a la normativa del pago por consignación o de mora del acreedor (considerando, por ejemplo, la ratio del motivo legítimo de rechazo). Así como el acreedor debe oponer un motivo legítimo para rechazar el cumplimiento del deudor —como lo manda el artículo 1338 del Código Civil—, en igual forma debería justificar la intromisión del tercero. El acreedor no puede actuar sin considerar el interés del deudor: lo contrario daría lugar a un comportamiento abusivo.

---

[46] Era la posición de BORSARI. *Commentario del Codice Civile Italiano.* III, 2. Turín, 1877, p. 616, citado por NATOLI, Ugo. «L´attuazione del rapporto obbligatorio». *Op. cit.*, p. 187.

[47] Según NICOLÓ, Rosario. *L´adempimento dell´obbligo altrui. Op. cit.*, p. 254 (nota 19). Por demás, esta es la solución acogida por el $ 267 del B. G. B (Código Civil alemán).

[48] INZITARI, Bruno. *Op. cit.*, p. 441.

[49] En términos más o menos precisos, BIGLIAZZI GERI, Lina. «Interesse legittimo: diritto privato», trabajo que ahora se encuentra en el compendio de estudios *Rapporti giuridici e dinamiche sociale. Principi, norme, interessi emergenti. Scritti giuridici.* Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998, pp. 75-76; es bastante peculiar la idea propugnada por la autora al intentar asimilar el derecho a la liberación del deudor en la categoría del interés legítimo que formaría parte de las situaciones jurídico subjetivas tuteladas por el ordenamiento.

El acreedor debería preferir el cumplimiento del deudor que el del tercero, máxime cuando se presenta una oposición a una intervención externa.

Así, la vinculación entre el derecho a la liberación del deudor y la oposición de Este a que un tercero cumpla una prestación a su cargo puede efectuarse considerando la tutela del interés del deudor a liberarse por su propia actividad y evitar que un tercero pueda *ilegítimamente* interferir en la dinámica de la relación obligatoria planteada entre él y el acreedor. No obstante ello, es propicio tomar en consideración que la tutela de tal interés tendrá lugar cuando, nos parece, se haya *anticipadamente* pactado, en forma expresa, por ejemplo en el negocio jurídico que origina la relación obligatoria, la exclusión de que cualquier tercero cumpla la prestación debida frente al acreedor.[50] Sino se pactara ello, prevalecería la necesidad de que el interés del acreedor sea satisfecho incluso por medio de un tercero a través de un *cumplimiento heteroeficaz,* es decir, aquel cumplimiento que, actuando el contenido del derecho de crédito, no extingue, sin embargo, la obligación del deudor.

La cláusula negocial que contenga la prohibición de un cumplimiento heteroeficaz es, sin lugar a duda alguna, una cláusula lícita, válida y, por ende, tutelable, ya que no es sino una regla derivada de la autonomía privada de los sujetos involucrados que no atenta contra ninguna norma imperativa, ni contra los principios que informan al orden público y las buenas costumbres; es más, puede marcar incluso la existencia de un motivo casualizado (interés) prevalente en la específica relación obligatoria. Cuando el artículo 1222 del Código Civil alude al pacto como excepción a la legitimidad genérica, deja abierta la posibilidad de que el contenido del mismo sea una oposición expresa común al «cumplimiento» del tercero.

El rechazo a la prestación ejecutada por el tercero se torna, entonces, «debida» si la *oposición,* aceptada por el acreedor y plasmada, claro, en un pacto dirigido a resguardar el interés del deudor, tiene el carácter de *anticipada,* es decir, prevista en el contrato (negocio) entre acreedor y deudor, que adquiere la categoría de fuente de la obligación por cumplir. Discutible es la posibilidad de que el acreedor, aun mediando dicha estatuición, acepte la ejecución del tercero, claro está, que resarza el eventual daño al deudor.

Sin perjuicio de lo expuesto, que directamente fluye del artículo 1222 Código Civil, es menester reconocer, en aplicación del razonamiento que antecede, que la oposición del deudor puede ser tomada también como el

---

[50] Sobre el particular, se ha señalado enfáticamente que «no puede en ningún caso prevalecer la voluntad del tercero sobre la concorde voluntad de los titulares de la relación obligatoria». Es el parecer de BESSONE, Mario y Andrea D'ANGELO. «Adempimento». *Enciclopedia giuridica Treccani.* Vol. I. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988, p. 6 (de la separata).

punto de inicio de la exclusión del tercero, ya que permitiría que el acreedor se pliegue a esta *oposición* y rechace la iniciativa del tercero. Se tendría, en suma, un acuerdo *posterior* a la fuente, en este caso negocial, de la obligación susceptible de ser cumplida por el tercero. Ciertamente, el texto del artículo anotado permite efectuar tal interpretación, que, por cierto, se condice con las modernas orientaciones acerca de la temática expuesta, pues no especifica si el pacto a que se refiere su exclusión es uno de carácter inicial o posterior, como es el supuesto hipotéticamente descrito. La oposición del deudor marca, entonces, una declaración que puede ser sucesivamente completada por una declaración (comportamiento) del acreedor *sin necesidad de que exista alguna justificación que apunte hacia la objetiva prestación,* en el sentido de rechazar el cumplimiento del tercero, ya que la actividad del deudor y del acreedor en conjunto resulta de por sí suficiente para excluir, en todos los casos, la intervención del tercero, lógica que se encuentra tutelada en nuestro ordenamiento según se ha visto.

El derecho a la liberación del deudor, extraíble de las normas referidas al pago por consignación, se encontraría limitado, en el caso de oposición al cumplimiento del tercero, a que se haya previsto *anticipadamente o posteriormente* tal posibilidad (ya que el acreedor puede plegarse a dicha oposición), pues ello resulta excepcional frente a la regla anotada a lo largo del presente ensayo referida a la legitimidad genérica y absoluta para que *cualquiera* pueda cumplir una obligación ajena.

La cláusula general que reconoce a la buena fe como regla del comportamiento de las partes negociales (art. 1362 del Código Civil) claramente impone, sin perjuicio de lo expuesto, que el acreedor, ante el ofrecimiento del tercero, informe inmediatamente al deudor sobre dicha circunstancia a efectos de que pueda ejercitar su derecho a oponerse. Ante la inobservancia de tal *deber* claro es que no se podrá negar eficacia a la actividad solutoria del tercero, pero dicha omisión generará el consecuente derecho a la indemnización correspondiente a favor del deudor.

Contrato inválido

Rómulo Morales Hervias*

1. Introducción

El contrato nulo y el contrato viciado son patologías del contrato. Fisiológicamente, el contrato válido es eficaz, aunque también un contrato válido puede convertirse en ineficaz. Aquí ya no estaremos hablando de la invalidez sino de la ineficacia en sentido estricto. En realidad, la ineficacia en sentido amplio incluye la invalidez y la ineficacia en sentido estricto.

«La invalidez comprende cualquier defecto originario de los actos de autonomía privada que implica a veces la inidoneidad para producir efectos, otras veces la precaria estabilidad de los mismos».[1]

Ahora exclusivamente hablaremos de la invalidez y, en particular, de la nulidad y de la anulabilidad.

«El derecho positivo no conoce una categoría del acto o del contrato válido, la cual es por eso mismo una creación doctrinal. La noción de invalidez nace y se desarrolla en dependencia directa con la afirmación y el desarrollo de la teoría del negocio jurídico».[2] En efecto, la categoría de la invalidez nace «en estricta conexión con la teoría del negocio jurídico, como calificación reservada al hecho jurídico concreto [*fattispecie*] que se presenta como negocio».[3]

---

* *Abogado. Magíster por la Universidad di Roma «Tor Vergara». Profesor honorario de la Universidad Particular de Chiclayo. Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima.*

1 *PERLINGIERI, P. y R. FAVALE. «Patologia nella fase genetica dei contratti». En Manuale di diritto civile. Nápoles: Edizioni Scientifiche italiane, 1997, p. 408.*

2 *MAZZONI, Cosimo Marco. «Invalidità» (Diritto privato). En Enciclopedia giuridica. Vol. XVII. Roma: Istituto de la Enciclopedia Italiana, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1989, p. 1.*

3 *ROPPO, Vincenzo. Il contratto. Milán: Giuffrè Editore, 2001, p. 734.*

Existen dos caminos para analizar las patologías negociales[4] y, en particular, las patologías contractuales.

> El primer camino es aparentemente cómodo. Es fácil acceder cuando se parte de la premisa que la patología negocial, no es un fenómeno que se refiere a los conceptos, sino a la solución de los problemas prácticos. El legislador no tiene, o mejor no debe tener, algún condicionamiento dogmático que impida la obtención de sus objetivos de orden social o la valoración de los intereses en juego. El segundo es más difícil y compromisorio, para emprender la obra requiere una toma de posición sobre el modo de entender la relación entre investigación doctrinal y elección legislativa, y sobre la misma razón de ser de la ciencia jurídica[5].

Optamos por el segundo camino. ¿Existe una compatibilidad entre las categorías jurídicas de los denominados «contrato nulo» y «contrato viciado» con las normas jurídicas que regulan las causales de nulidad y de anulabilidad?

Un contrato es válido cuando existe «correspondencia estructural entre el hecho jurídico concreto [*fattispecie*] subordinado al juicio y la previsión normativa que fija las características del contrato».[6] En cambio, la «ausencia de correlación entre el hecho y la previsión normativa dará lugar a la invalidez».[7] Por ejemplo, el contrato es nulo si su finalidad es ilícita. La licitud es una cualidad que toda finalidad del contrato debe tener. El ordenamiento jurídico califica de nulos a aquellos contratos que contengan finalidades ilícitas.

«Contrato» significa «acuerdo idóneo para producir el efecto correspondiente»; «contrato nulo» es un sintagma que añade, a la mención del contrato, la mención inidoneidad para producir el efecto. «Contrato nulo» es, visiblemente, una «contradicción» por que el jurista «llama con un solo nombre el contrato válido y el contrato nulo».[8]

---

4 *Sobre patología del negocio: TRABUCCHI, Alberto. Istituzioni di diritto civile. Editado por Giuseppe Trabucchi. 41.ª ed. Padua: CEDAM, 2004, p. 149: «Son, en verdad, todos los casos en los cuales la desviación de las reglas de vida del negocio lleva un defecto que puede ser mortal. Algunos vicios, más o menos graves, se hallan en la constitución del acto, otros se manifiestan por el contrario en la vida sucesiva, en su funcionamiento».*

5 *UGAS, Anna Paola. Il negozio giuridico come fonte di qualificazione e disciplina di fatti. Vol. 60. Serie I (Giuridica). Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza. Turín: Giappichelli Editore, 2002, p. 254.*

6 *SACCO, Rodolfo. «Il contratto invalido». En Il contratto. T. II. 3.ª ed. Turín: UTET, 2004, p. 494.*

7 *Ib., pp. 523-524.*

8 *Ib., p. 498. Comparte este criterio: FILANTI, Giancarlo. «Nullità» (Diritto civile). Enciclopedia giuridica. Vol. XXI. Roma: Istituto de la Enciclopedia Italiana, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1990, p. 3: «En conclusión, la uniformidad del significado del «negocio nulo» responde a una equivocada exigencia de racionalización del lenguaje del legislador».*

La regulación jurídica de los contratos nulos y viciados se basa en determinar que la nulidad es un «vicio más grave» y que la anulabilidad es un «vicio menos grave».[9] La «nulidad implica la improductividad automática y general de los efectos. Por el contrario del acto anulable se suele decir que produce precariamente sus efectos típicos, pero puede ser reducido en nulidad por un hecho sucesivo (que normalmente será el pronunciamiento judicial precedida de la demanda del legitimado)».[10] La «violación del interés colectivo se presentará como desorden inaudito, un vicio gravísimo, mientras la lesión del interés individual figurará como vicio más leve, una imperfección».[11]

> El vicio gravísimo implicará, además de la estimación de oficio, la no convalidabilidad, la imprescriptibilidad del remedio (aquello es más que obvio). Y será merecedor de una respuesta apropiada, o sea la respuesta más gravosa entre aquellas que figuran en el repertorio de los instrumentos legales: la nulidad absoluta. El vicio leve implicará la sanción ligera: la provisionalidad, la removibilidad de los efectos jurídicos del acto.[12]

Entonces las diferencias entre nulidad y anulabilidad se sintetizan en cuatro elementos (prescriptibilidad, relatividad, sanabilidad, apreciabilidad de oficio) que «aparecen recíprocamente ligados uno del otro, si existen los cuatro juntos, o faltan todos los cuatro».[13]

---

9 *SACCO, Rodolfo. Op. cit., p. 495.*

10 *Ib., p. 522.*

11 *Ib., p. 523.*

12 *Ib., pp. 523-524.*

13 *Ib., p. 528. Conforme a esta posición: TRIMARCHI, Pietro. Istituzioni di diritto privato. 15.ª ed. Milán: Giuffrè Editore, 2003, pp. 231-238. Esta posición pragmática de establecer las diferencias entre nulidad y anulabilidad ha sido tomada en cuenta en nuestra doctrina salvo en cuanto a la apreciabilidad de oficio: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «La autonomía privada: Sus limitaciones frente a las leyes imperativas y al orden público». En Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 278: «Por ello, la diferencia entre el acto jurídico afecto de nulidad y el anulable no estriba en que uno no produce efectos jurídicos y el otro sí sino en las siguientes cuestiones: a) El plazo de prescripción del acto afectado de nulidad es de diez años y el del acto anulable es de dos años (artículo 2001, inciso 4), b) La legitimación para pedir la declaración judicial de nulidad del acto jurídico la tienen las partes afectadas, el que tiene legítimo interés y el Ministerio Público. En el caso de la anulabilidad, la legitimación solo la tiene la parte afectada (artículo 230 del Código Civil), c) En el acto afectado de nulidad cabe la conversión legal (como es el caso de los artículos 703 y 1829 del Código Civil); en el acto anulable, la confirmación (artículo 230 del Código Civil)».*

Los artículos 219[14] y 221[15] del Código Civil peruano (en adelante CC) regulan la invalidez del contrato. Legislativamente, el contrato es nulo por falta de acuerdo, incapacidad absoluta, objeto física o jurídicamente imposible o indeterminable, fin ilícito, simulación absoluta, ausencia de formalidad prescrita bajo sanción de nulidad, causal de nulidad expresa y causal de nulidad virtual. El contrato es viciado por incapacidad relativa, error, dolo, violencia moral y por causal de anulabilidad expresa. Como se puede observar, se colocan desordenadamente causales que se refieren a la nulidad y a la anulabilidad sin precisar los criterios diferenciadores.

Parecería que el legislador peruano siguió un camino simplista conforme lo expuso en su momento Luigi Cariota-Ferrara. La invalidez «tiene lugar todas las veces que falta uno de los requisitos de validez» y, en resumen, «se

---

[14] *Artículo 219 del Código Civil del Perú.- El acto jurídico es nulo:*

1. *Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.*
2. *Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358.*
3. *Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.*
4. *Cuando su fin sea ilícito.*
5. *Cuando adolezca de simulación absoluta.*
6. *Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.*
7. *Cuando la ley lo declara nulo.*
8. *En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.*

[Artículo 1418 del Código Civil italiano. Causas de la nulidad del contrato.- El contrato es nulo cuando es contrario a normas imperativas, salvo que la ley disponga lo contrario. Producen la nulidad del contrato la falta de alguno de los requisitos indicados por el artículo 1325, la ilicitud de la causa, la ilicitud de los motivos en el caso indicado por el artículo 1345 y la falta en el objeto de los requisitos establecidos en el artículo 1346. El contrato también es nulo en los demás casos establecidos por la ley]

[15] *Artículo 221 del Código Civil del Perú.- El acto jurídico es anulable:*

1. *Por incapacidad relativa del agente.*
2. *Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.*
3. *Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.*
4. *Cuando la ley lo declara anulable.*

[Es incomprensible calificar al contrato disimulado como anulable. El derecho del tercero no es un requisito de validez. Otros códigos regulan la anulabilidad con mejor técnica legislativa:

Artículo 1425 del Código Civil italiano. Incapacidad de las partes.- El contrato es anulable si una de las partes era legalmente incapaz para contratar. Es igualmente anulable, cuando concurren las condiciones establecidas en el art. 428, el contrato estipulado por una persona incapaz de entendimiento y de voluntad. También:

Artículo 1427 del Código Civil italiano. Error, violencia y dolo.- El contratante cuyo consentimiento hubiere sido dado por error, u obtenido con violencia, o propiciado mediante dolo, puede demandar la anulabilidad del contrato, según las disposiciones siguientes].

tiene invalidez cuando falta un requisito legal o voluntario de validez».[16] En su momento, Renato Scognamiglio dijo que esta concepción

> parte de un círculo vicioso, en el fondo, cuando la invalidez se deduce, como hace la doctrina predominante, de la ausencia o vicio de un elemento esencial, o —y aquí la cosa es aun más clara— de un requisito de validez. A pesar de las apariencias, la fórmula «elemento esencial» no puede conducir a ningún resultado satisfactorio: basta señalar que el máximo esfuerzo realizado por la doctrina para identificar dichos elementos consiste en poner en evidencia su relevancia para la validez. La otra fórmula, «requisito de validez», está aun más estrictamente ligada a las vicisitudes de la noción de invalidez: de hecho, ella indica aquel requisito cuyo defecto implica que el negocio sea inválido. De ello se deriva que no se realiza ningún progreso cuando, para definir nuestra figura, se recurre al requisito de validez; por el contrario, y como se señalaba antes, así se incurre en una tautología propiamente dicha.[17]

Los conceptos de contrato nulo y de contrato viciado deben tener contenidos claros de entendimiento para los operadores jurídicos. Revisaremos las principales teorías de la invalidez desarrolladas por la doctrina y propondremos una nueva lectura de las patologías del contrato. Según la teoría de la invalidez que se siga, se tendrá un concepto de negocio jurídico.

> En la teoría de la invalidez y más en general de la patología negocial, se repropone con urgencia la solución del problema de la naturaleza del acto negocial. Se confirma una vez más una razón de la necesidad de ir más allá de la categoría del acto jurídico. Esta última no sólo no explica la vinculación entre el acto negocial y los efectos, pero ni siquiera la disciplina y el sistema de las normas que concierne al negocio.[18]

Compartimos tal aseveración. La categoría del «acto jurídico en sentido estricto» es insuficiente para explicar la teoría de la invalidez. La buena comprensión que se tenga de la invalidez dependerá mucho del concepto de negocio jurídico que se adopte. Cada operador jurídico debería manejar un marco teórico adecuado a fin de poder aplicar coherentemente la teoría de la invalidez a la praxis.

---

16 *Cariota Ferrara, Luigi. Il negozio giuridico nel diritto privato italiano. Nápoles: A. Morano Editore, 1948, p. 335.*

17 *Scognamiglio, Renato. Contributo alla teoria del negozio giuridico. 2.ª ed. Nápoles: Casa Editoriale Dott - Eugenio Jovene S.N.C., 1969, p. 357. También, véase: id., Contribución a la teoría del negocio jurídico. Edición, traducción y notas de Leysser L. León. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2004, pp. 461-462.*

18 *Ugas, Anna Paola. Op. cit., p. 254.*

2. Validez, invalidez, eficacia e ineficacia del contrato

El artículo 140[19] del CC establece normas de producción que son «reglas del ordenamiento, es decir, que prevén y disciplinan un particular modo de incluir reglas de derecho, al acto de autorreglamentación de los privados».[20] «Cuando un acto de autonomía privada presenta todos los requisitos, que la ley prevé como necesarios, por que tal tipo de acto puede *valer* como fuente de auto-disciplina, nosotros decimos que aquél acto es *válido*: o, que es *en sí idóneo* para producir sus específicos efectos jurídicos».[21] El acto debe corresponder al modelo establecido por la norma legal.

Entonces, «la validez indica la regularidad del contrato. El contrato válido es el contrato que responde a las prescripciones legales. Por el contrario la eficacia del contrato se refiere a la producción de sus efectos. De esta diversidad de nociones se concluye que la validez no implica necesariamente la eficacia del negocio».[22] El concepto de validez no se contrapone al de eficacia. La eficacia supone validez del contrato, pero no solamente validez, sino, además, idoneidad funcional.

Pero no todo contrato válido es eficaz. El caso típico es un contrato celebrado bajo una cláusula de condición suspensiva. El contrato es válido pero es ineficaz provisionalmente hasta que se produzca el hecho futuro e incierto previsto por las partes. Otro ejemplo es el contrato válido pero ineficaz provisionalmente hasta su ratificación. Si un copropietario arrienda un bien sin la participación de los otros copropietarios, el contrato es válido pero ineficaz porque el copropietario que arrendó unilateralmente carece de legitimación, pero los otros copropietarios pueden ratificarlo.[23]

---

[19] *Artículo 140 del Código Civil del Perú.- El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:*

1. Agente capaz.
2. Objeto física y jurídicamente posible.
3. Fin lícito.
4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

[20] *ZATTI, Paolo. «I fatti e gli atti giuridici». En Lineamenti di diritto privato. 10.ª ed. Padua: CEDAM, 2005, p. 120.*

[21] *ZATTI, Paolo. Op. cit., p. 120.*

[22] *BIANCA, Massimo. Diritto Civile, Il contratto. Vol. II. Nuova ristampa con aggiornamento. Milán: Giuffrè Editore, 1998, pp. 496-497.*

[23] *En la siguiente norma, el legislador regula imperfectamente la legitimación como si fuera un requisito de validez y se hace mención al consentimiento en lugar del asentimiento. En todo caso, los otros copropietarios pueden celebrar un negocio jurídico de ratificación del contrato en que ellos no participaron. En ese caso, debemos entender que el contrato será eficaz por la ratificación de los otros copropietarios: Artículo 1669 del CC.- El copropietario de un bien indiviso no puede arrendarlo sin consentimiento de*

La eficacia del contrato es la productividad de los efectos jurídicos (mutaciones jurídicas o cambios de situaciones jurídicas subjetivas). «La eficacia indica la productividad de los efectos jurídicos. El contrato es eficaz cuando produce sus efectos jurídicos. En general el efecto jurídico es una mutación jurídica, es decir el cambio de una situación de derecho».[24]

Desde una perspectiva estática, el contrato es fuente de situaciones jurídicas subjetivas o fuente de la modificación, regulación o extinción de una situación jurídica subjetiva.

Desde una perspectiva dinámica, el contrato se sitúa ante la situación jurídica subjetiva modificada, regulada o creada, y se verifica de qué modo el contrato —que ha sido su fuente— continúa siendo eficaz, idóneo, para que, a través de dicha situación, alcance los fines prácticos que llevaron a las partes a celebrar el contrato.

Por tanto, el contrato será plenamente eficaz no solo cuando configura idóneamente una situación jurídica subjetiva, sino, además, cuando la situación jurídica subjetiva, idóneamente constituida, realiza plenamente las finalidades de las partes.

Así, la ineficacia es la improductividad de los efectos del contrato. La ineficacia puede ser provisional por una situación de incertidumbre que puede convertirse en una situación de plena eficacia del negocio. La ineficacia definitiva indica una situación definitiva en el sentido de la improductividad de los efectos por razones estructurales y funcionales.

Un contrato puede ser ineficaz porque carece de virtualidad para configurar idóneamente una determinada situación jurídica subjetiva o porque, aun cuando ha configurado esa situación idóneamente, ella deja de constituir una regulación de los intereses prácticos que determinaron a las partes a celebrar el contrato. La existencia de estas dos perspectivas supone aceptar que hay ciertos supuestos en que la ineficacia es inherente al contrato en razón de defectos o vicios constitutivos, en tanto que hay otros supuestos en que la ineficacia sobreviene en razón de que las estipulaciones del contrato, intrínsecamente idóneas, dejan de constituir, para los sujetos, una regulación de intereses idónea para su realización.

El contrato válido «está provisto de todos los requisitos de la ley pero hay ausencia de eficacia porque hay un defecto en una circunstancia diversa de los constitutivos del negocio, externa respecto a ellos, la cual está subordinada a la producción de los efectos jurídicos».[25] Así, un contrato válido

los demás partícipes. Sin embargo, si lo hace, el arrendamiento es válido si los demás copropietarios lo ratifican expresa o tácitamente.

[24] *BIANCA, Massimo. Op. cit., p. 494.*

[25] *SACCO, Rodolfo. Op. cit., p. 505.*

puede convertirse en ineficaz si sobreviene una causal sobreviviente de incumplimiento grave de las obligaciones. El acreedor ya no tendrá interés en la ejecución de las prestaciones y, por eso, podrá ejercer su derecho para resolver el contrato por el grave incumplimiento de las obligaciones del deudor.

La invalidez es la irregularidad jurídica del contrato que implica la ineficacia definitiva.

> [La] invalidez es en efecto una calificación de irregularidad del contrato mientras la ineficacia se refiere al momento efectual, indicando en general la no productividad de los efectos jurídicos. En sentido estricto la ineficacia se entiende como ineficacia provisoria, designando una situación de incertidumbre que puede llegar a la plena eficacia del contrato. Por el contrario la ineficacia definitiva indica una situación ya definitiva en el sentido de la improductividad de los efectos.[26]

Por eso, la invalidez no implica necesariamente la ineficacia del contrato. «El contrato nulo es *definitivamente ineficaz*. El contrato anulable, por el contrario, es eficaz, y esto es productivo de sus efectos, hasta que no intervenga una eventual sentencia de anulación».[27]

El ordenamiento jurídico reconoce a los privados

> el poder de realizar declaraciones negociales (autonomía privada), en tanto atribuye a tales declaraciones valor y efectos jurídicos en tanto se enmarquen dentro de los límites que el ordenamiento mismo establece para la actuación de la autonomía privada. Si tales límites son sobrepasados o violados o inobservados, la sanción que se impone a la actividad del privado que buscaba los efectos jurídicos es la invalidez.[28]

En ese mismo sentido, se ha dicho que la invalidez es una sanción que implica «la *inidoneidad del acto a conseguir los efectos* que está dirigido».[29]

Cuando «un acto no tiene todos los requisitos establecidos por la ley, o presenta un *vicio* (un defecto) en uno de los requisitos, debemos concluir que no es en sí idóneo para producir sus efectos. Esta conclusión viene expresada diciendo que el acto es *inválido*».[30]

También se ha definido a la invalidez como un supuesto de defecto estructural al no existir una coligación estructural porque «el hecho jurídico

---

[26] *Bianca, Massimo. Op. cit., p. 574.*

[27] *Ib.*

[28] *Torrente, Andrea y Piero Schlesinger. Manuale di diritto privato. 17.ª ed. Milán: Giuffrè Editore, 2004, p. 249.*

[29] *Paradiso, Massimo. Corso di istituzioni di diritto privato. Turín: Giappichelli Editore, 2001, p. 351.*

[30] *Zatti, Paolo. Op. cit., p. 121.*

concreto [*fattispecie*] no es intrínsecamente apto para la producción de efectos jurídicos».[31]

3. Concepción orgánica de la invalidez

Según la concepción orgánica del negocio jurídico y del contrato, la invalidez debe basarse en

> las patologías de las «*condiciones*» subjetivas de libertad y conocimiento (capacidad y vicios de la voluntad) en que se halla el autor del negocio jurídico; mientras la nulidad es una sanción que se refiere a las patologías referidas a la *reglamentación* de intereses que el negocio jurídico expresa (ilicitud, inmoralidad o completitud de los elementos estructurales esenciales).[32]

Por doctrinas orgánicas, «se entienden aquellas que ven en el contrato como un *quid* de orgánico. En ellas, El contrato, como el negocio, es cualquier cosa que nace, se desarrolla y extingue, como conjunto de elementos, esenciales y menos esenciales, acompañados de determinadas «cualidades» (el objeto debe ser *posible, lícito* y *determinado y/o determinable*)».[33]

Giovanni Battista Ferri descubre que la fuente directa de la regulación de la nulidad y de la anulabilidad del Código Civil italiano es el Código Civil alemán. Este descubrimiento ha sido valorado por la doctrina reciente.[34] Para entender el sentido de las normas, nos informa sobre el significado de los referidos conceptos. Este descubrimiento es perfectamente aplicable a nuestro CC porque el legislador peruano importó las normas del Código italiano en materia de derecho de los contratos. Las conclusiones a las que arriba el profesor deben tenerse en cuenta en nuestro sistema jurídico.

> Para el legislador alemán, aparece central el rol llamado a desarrollar por la voluntad en la construcción del negocio jurídico, el cual expresa una *reglamentación* de

---

[31] *Gazzoni, Francesco. Manuale di diritto privato. 10.ª ed. Aggiornata e con riferimenti di dottrina e di giurisprudenza. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, p. 961.*

[32] *Ferri, Giovanni Battista. «Introduzione alla invalidità». En Adolfo di Majoi, Giovanni Battista y Massimo Franzoni (eds.). Il contratto in generale, Trattato di Diritto privato. Vol. xiii. T. vii. Turín: Giappichelli Editore, 2002, pp. 16-17. Id. «Appunti sull´invalidità del contratto (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)». En Studi sull´autonomia privata dei privati. Turín: UTET, 1997, pp. 119-120.*

[33] *Di Majo, Adolfo. «La nullità». En Adolfo de Majoi, Giovanni Battista Ferri y Massimo Franzoni (eds). Il contratto in generale. Trattato di Diritto privato. Vol. xiii. T. vii. Turín: Giappichelli Editore, 2002, p. 42.*

[34] *Venosta, Francesco. Le nullità contrattuali nell´evoluzione del sistema. Vol. i: Nullità e inesistenza del contratto. Milán: Giuffrè, 2004, p. 65 (nota 141).*

> intereses, que se *objetiviza* a través de una declaración de voluntad o un comportamiento voluntario, realizados por uno o más *sujetos*. Haciendo reserva de tal definición, las patologías (en la forma de nulidad e impugnabilidad-anulabilidad) asumen relevancia en dos direcciones: aquella referente a la *regla* y aquella referente, por así decirlo, a la «condición» en que puede hallarse el *sujeto* que a tal regla le ha dado vida. Las patologías destinadas a incidir sobre la *regla* (ilicitud, inmoralidad, ausencia de forma y absoluta ausencia de la voluntad que necesariamente está destinada a incidir sobre la existencia misma de la regla) conducen a la nulidad del negocio; por el contrario aquellas que se refieren a la «condición» en que puede hallarse el sujeto y que, más precisamente, inciden sobre la plena libertad y sobre el pleno conocimiento de su querer (error vicio, error obstativo, dolo y violencia moral) implican la impugnabilidad-anulabilidad.[35]

El Código Civil italiano recogió estos conceptos y, por eso, la nulidad como *sanción* busca

> salvaguardar los *principios* y los *valores* sobre los cuales se funda el ordenamiento jurídico estatal y la sociedad en que se expresa, como es evidente, como se refieren los negocios ilícitos o inmorales, pero no es menos evidente también en el caso de nulidades derivadas de la ausencia, en la estructura del negocio, de aquellos elementos que el ordenamiento estatal considera fundamentales, para que una regla privada tenga aquella necesaria *evidencia estructural* que le permita producir efectos, sobre el plano del sistema del ordenamiento estatal. Por el contrario, a través de la *sanción* de anulabilidad, vienen evidenciadas (y, consecuentemente, se da la posibilidad de sancionar) los desequilibrios que son determinados entre los intereses de los privados, negocialmente regulados; desequilibrios derivados del hecho que la regla negocial, seguidamente de un vicio o de una condición de incapacidad de uno de los contratantes, no ha sido, en concreto, expresión de una voluntad en grado de asumir valoraciones y decisiones plenamente conscientes y autónomas.[36]
>
> La sanción de nulidad es coherente con el carácter de «reglas de juego» de las normas privatísticas. La nulidad, en efecto, se resuelve en un rechazo de tutela, no modifica la posición real de los sujetos, no constituye un instrumento de dirección de la autonomía privada, pero expresa solamente la posición de una prohibición: aquello de realizar resultados en contraposición con los cánones reglamentarios y los principios del ordenamiento

y junto

> a las normas concernientes a las reglas de juego contractual, las condiciones primarias de reconocimiento de la autonomía privada, se coloca en el sistema del código

---

[35] *Ferri, Giovanni Battista. Il negozio giuridico. 2.ª ed. Padua: CEDAM, 2004, pp. 269-270.*

[36] *Ib., pp. 273-274.*

> otro grupo de reglas que garantizan la *regularidad del juego*, en particular la regularidad del procedimiento de formación del acuerdo, a fin que un sujeto —parte de una relación contractual— se halle vinculado a un contrato que no ha efectivamente querido.[37]

Las reglas del juego y la regularidad del juego no son otra cosa que el reglamento de intereses y las condiciones del sujeto. El contrato nulo es aquel contrato incompatible con las reglas de juego o por ilicitud o por ausencia de elementos y requisitos. El contrato viciado es aquel contrato incompatible con la regularidad del juego, que tiene un vicio en las condiciones del sujeto por ausencia de libertad y de conocimiento.

Estos conceptos de nulidad y de anulabilidad no fueron recibidos plenamente por la doctrina ulterior y, por el contrario, se desarrolló una concepción social de la invalidez que no sobresale precisamente por su claridad a fin de aplicarla a la realidad.

4. Concepción social de la invalidez

> [El] negocio y/o el contrato se reconoce no tanto como la expresión o la manifestación de una regla individual sino de un conjunto económico-social, del cual se requiere el reconocimiento por parte del ordenamiento. En tal caso, la nulidad no es más la consecuencia lógico-deductiva (de la ausencia) de la regla y/o de la condición del sujeto sino es *un instrumento de control* acerca del carácter digno de los intereses que los sujetos intentan perseguir por la vía del ordenamiento. De la nulidad el ordenamiento es árbitro en cuanto ya no está vinculado y/o limitado de deber respetar el contenido individual-voluntario de la regla negocial. La *nulidad-límite* es ahora la calificación más apropiada de un instrumento que tiene la función de control de la autonomía privada.[38]

De conformidad con esta concepción, la nulidad se convierte en un «instrumento para limitar la libre disposición de las partes, para garantizar más justamente las relaciones sociales y dirigir la circulación y el aprovechamiento de los bienes según esquemas programados y perseguidos por el sistema».[39]

---

[37] *Barcellona, Pietro y Carmelita Camardi. Le istituzioni del diritto privato. Nápoles: Jovene Editore, 2002, p. 198.*

[38] *Di Majo, Adolfo. Op. cit., p. 47.*

[39] *Tommasini, Raffaele. «Invalidità» (Diritto Privato). En Enciclopedia del Diritto. T. xxii. Varese: Giuffrè Editore, 1972, p. 876.*

Así surge la concepción social de la invalidez.

La teoría de la invalidez tuvo una construcción importante por parte de Emilio Betti en el marco de una concepción social de la invalidez. Las anormalidades del negocio jurídico estaban clasificadas en defectos de presupuestos de la autonomía privada, deficiencia del elemento objetivo del negocio y vicios del elemento subjetivo del negocio.

> [La] ausencia o vicio de presupuestos de validez del negocio jurídico puede afectar: a) la capacidad de las partes, y más exactamente, a su aptitud genérica para dar vida a un negocio de tipo contemplado y provocar los efectos jurídicos; b) la legitimación o competencia de las partes en orden a los intereses concretos que pretenden regular; c) idoneidad del objeto de tal negocio.[40]

Por el contrario, la deficiencia del elemento objetivo del negocio jurídico se refiere a la formalidad, al contenido y a la causa.[41] Pueden «producirse vicios del negocio que se refieran a la *forma*, cuando no haya sido empleada una adecuada, o por no observar la forma solemne prevista por el tipo del negocio en cuestión».[42]

En cuanto al contenido es «el que depende, o de una insuficiente formulación del precepto de autonomía privada, o de una falta de correlación con alguno de los tipos de actos admitidos por la conciencia social para la autorregulación de intereses privados».[43]

> [Los] vicios concernientes a la causa son aquellos que pueden afectar al negocio, cuando, pese a realizarse en forma adecuada y regular, y ofrecer un contenido preceptivo que se incluya en el cuadro de los tipos admitidos, se le haga servir a un fin o interés de carácter ilícito, es decir, reprobado por normas prohibitivas o contrario al orden público o a la buena costumbre (cod. civ. 1343), o bien cuando existan defectos de la causa típica idónea para justificar la tutela del Derecho.[44]

Betti incluyó los supuestos de ilicitud moral de la causa, de ilicitud jurídica de la causa y de simulación.

Por último, los vicios del elemento subjetivo del negocio se refieren «a) al acto, una voluntad hacia el acto mismo; b) al contenido, una conciencia suficiente para justificar la estimación social del acto como vinculante; c) a

---

40 *Betti, Emilio. Teoria generale del negozio giuridico. 2.ª ed. Editado por Giuliano Crifò. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 366.*

41 *Ib., pp. 369-409.*

42 *Ib., p. 370.*

43 *Ib., p. 371.*

44 *Ib., p. 372.*

la causa, una determinación causal de la voluntad dirigida a ella».[45] Los supuestos de estos vicios son el error en la declaración, error en la determinación causal, el dolo y la violencia moral.

Concluyó Betti[46] diciendo que es «nulo el negocio que, por deficiencia de algún elemento esencial correspondiente a la configuración requerida, es inidóneo para dar vida a aquella nueva situación jurídica que el derecho vincula al respectivo tipo legal en conformidad con la función económico-social que le es característica». En «general se puede decir que la anulabilidad se presenta cuando falte un *presupuesto de validez*, o bien, cuando un elemento esencial del negocio está precisamente *viciado*; mientras que se tiene nulidad sólo cuando un elemento constitutivo del negocio está propiamente ausente o deficiente en la configuración de la ley requerida».[47]

El pensamiento de Betti influyó en la doctrina italiana sucesiva. Se ha dicho que el contrato es nulo «a) cuando hay ausencia de un *elemento esencial* [acuerdo de las partes, la causa, el objeto y la forma requerida para la validez del acto]; b) cuando es *ilícito*, vale decir contrario a normas imperativas, al orden público y a la buena costumbre».[48] La anulabilidad del contrato es prevista esencialmente en dos situaciones: «1) en los casos de *incapacidad legal*, debida a la *minoría de edad, interdicción, inhabilitación*, así como en los casos de *incapacidad natural*» y «2) [a]sí como en presencia de un *vicio del consentimiento: error, dolo y violencia*».[49] De allí que la invalidez indica «la *existencia de un defecto originario* del acto (y aquí, en especial, del contrato), y esto es la *ausencia o el vicio de un elemento* que el legislador juzga *esencial* para que el acto (o el contrato) sea *idóneo para producir consecuencias jurídicas*».[50]

En el marco de la misma teoría bettiana, entre nosotros Lizardo Taboada estableció que en el «caso del negocio jurídico nulo estamos en presencia de un negocio que no se ha llegado a formar válidamente por carecer de algún elemento, presupuesto o requisito, o por tener un contenido ilícito que atenta contra los fundamentos del sistema jurídico, es decir, el orden público, las buenas costumbres y las normas imperativas».[51] Hay falta de mani-

---

45 *Ib., p. 409.*

46 *Ib., p. 462.*

47 *Ib., p. 463.*

48 *Gallo, Paolo. Istituzioni di diritto privato. 2.ª ed. Turín: Giappichelli Editore, 2003, p. 300.*

49 *Ib., p. 305.*

50 *Zatti, Paolo. Op. cit., p. 465.*

51 *Taboada Córdova, Lizardo. Acto jurídico, negocio jurídico y contrato. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2002, p. 317. Siguiendo el esquema de Tabeada, Palacios Martínez, Eric. La nulidad del negocio jurídico. Lima: Jurista Editores, 2002, p. 127, divide en dos*

festación de voluntad cuando el sujeto emite privado de discernimiento por una causa pasajera, cuando se emite con propósito no vinculante, cuando se emite bajo violencia física sobre el sujeto y cuando el sujeto es absolutamente incapaz.[52] El negocio jurídico simulado es nulo tanto en simulación relativa como simulación absoluta.[53] También el negocio jurídico es nulo por ilicitud de la causa[54] cuando su objeto sea física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable,[55] cuando no revista la formalidad prescrita bajo sanción de nulidad[56] y cuando la ley lo declare nulo.[57] La nulidad virtual o tácita del negocio jurídico se producirá «cuando atente contra el orden público o las buenas costumbres, o cuando sea contrario a normas imperativas, si otra sanción no se deduce de la ley».[58]

> Por el contrario, en el caso de los negocios jurídicos anulables no se trata de un acto que carezca de algún elemento o presupuesto, o cuyo contenido sea prohibido, sino de negocios que cumplen la mayor cantidad de sus aspectos estructurales, pero que tienen un vicio en su conformación que supone la ausencia de determinados requisitos, razón por la cual tampoco son válidos.[59]

En estos tres casos,

---

grupos las causales de nulidad: «Así, por un lado se deben considerar las causales que responden a una defectuosidad del supuesto de hecho en que consiste el negocio jurídico, o, en otros términos, las causales que se refieren a poner de relieve algún defecto en los componentes de la estructura negocial (quedando para un examen posterior si los componentes ausentes o afectados, y que generan la nulidad, pueden subsumirse en uno o más grupos de ellos, es decir, si son presupuestos, elementos o requisitos) […] En un segundo grupo se pueden agrupar las causales que se refieren a la ilicitud del negocio por contravención a las normas imperativas, en forma expresamente sancionada o en forma virtual». La nulidad es analizada como sanción por Escobar Rozas, *Freddy. «Causales de nulidad absoluta». En Código Civil comentado. T. I. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, pp. 913-914: «La invalidez negocial presupone la existencia de un "juicio de conformidad" en virtud del cual se concluye que el negocio no cumple con las "directrices" establecidas por el ordenamiento jurídico. El fenómeno indicado ("incumplimiento de las directrices") se presenta cuando por lo menos alguno de los «elementos» (manifestación de voluntad, objeto y causa) o de los "presupuestos" (sujetos, bienes y servicios) del negocio no presenta alguna de las condiciones o características exigidas por el ordenamiento jurídico. La invalidez viene a constituir una sanción que el ordenamiento jurídico impone al negocio que presenta "irregularidades"».*

52 Taboada Córdova, *Lizardo. Op. cit., pp. 433 y 445.*

53 *Ib., pp. 340-341 y 446-447.*

54 *Ib., p. 447.*

55 *Ib., pp. 335 y 433.*

56 *Ib., p. 341.*

57 *Ib., pp. 341-342.*

58 *Ib., pp. 342 y 448.*

59 *Ib., p. 318.*

> error, dolo y violencia moral o intimidación, resulta claro que estamos frente a causales de anulabilidad, por tratarse de actos jurídicos en los cuales ha existido una voluntad correctamente declarada, sólo que por haber sido dicha voluntad anormal o viciosamente formada, corresponde a la víctima la opción de confirmar el acto o solicitar judicialmente su declaración de nulidad.[60]

La nulidad dependería de la violación de una norma que protege un interés general y la anulabilidad dependería de la violación de una norma que protege un interés individual de la parte. La nulidad supone

> a) la ineficacia total y original del negocio. b) La imposibilidad de que el negocio sea «saneado». c) La naturaleza declarativa de la sentencia (o laudo) que compruebe su existencia. d) La posibilidad de que el juez (o el árbitro) la declare de oficio. e) La imprescriptibilidad de la acción para que sea declarada. f) La posibilidad que terceros con interés puedan accionar para que sea declarada.[61]

Scognamiglio criticó duramente esta teoría social de la invalidez diciendo que

> la doctrina imperante habla de elementos «esenciales» o «constitutivos», cuya ausencia implica nulidad-inexistencia o irrelevancia del negocio: ella, en resumen, aprecia su relevancia jurídica desde el punto de vista, negativo, de la consecuencia de la ausencia de los mismos. Por lo tanto, cuando se afirma que la invalidez consiste en el defecto o en el vicio de los elementos constitutivos [...] no se afirma, en lo sustancial, nada nuevo para efectos del conocimiento de dicha figura. Y si se habla de elementos esenciales para la existencia (e inexistencia) del negocio (según la tendencia que distingue inexistencia e invalidez), se descarta *a priori* la posibilidad de arribar, por este camino, a establecer la noción de invalidez, y por lo tanto, ni siquiera se plantea la cuestión antes señalada.[62]

Así las cosas,

> el camino de la identificación de una categoría de elementos relevantes para la validez no sólo no permite lograr comprender la esencia del fenómeno; en realidad, la referencia misma que se hace a tales elementos parece estar privada de fundamento jurídico. Nuestro ordenamiento no prevé, en efecto, ni siquiera implícitamente,

---

60 *Ib., p. 344.*

61 *Escobar Rozas, Freddy. Op. cit., pp. 914-915.*

62 *Scognamiglio, Renato. Contributo alla teoria del negozio giuridico. Op. cit., p. 357 (nota 42). También, véase: id. Contribución a la teoría del negocio jurídico. Op. cit., p. 461 (nota 42).*

> una categoría de elementos homogéneos de cuya ausencia pueda depender la invalidez.[63]

5. Concepción normativa de la invalidez

Es evidente que la concepción social de la invalidez ha prevalecido, pero estimamos que la teoría que describiremos a continuación es más clara que la anterior.

A diferencia de las otras teorías,

> mediante la nulidad el ordenamiento reafirma la supremacía de las normas que limitan la autonomía privada y, por ello, se puede diversamente sostener que la nulidad constituye la solución de un conflicto entre normas de fuente publicística (como la ley) y normas de fuente privada (como el contrato), del mismo modo como acaece en el conflicto de normas de fuente publicística (leyes constitucionales y leyes ordinarias, normas de leyes y normas reglamentarias) cuando la norma de grado inferior sea ilegítima por contrariedad a la norma de grado superior.[64]

La patología consistente en la anulabilidad tiene como función tutelar la libertad de decisión de quien efectúa el acto de autonomía, y el ordenamiento

> se hace cargo de tutelar la persona en el ejercicio responsable de su autonomía. En otros términos, el instituto de la anulabilidad, en razón del complejo sistema normativo que la disciplina, sirve para salvaguardar en línea de máxima el libre ejercicio de la autonomía privada, a diferencia del instituto de la nulidad que sirve para hacer respetar los límites impuestos por la ley a la autonomía privada.[65]

Así, la invalidez más que sanción es un mecanismo de protección jurídica.[66]

La invalidez pasa a ser entendida como un mecanismo de tutela y ya no como sanción. En efecto, la «técnica, si se quiere, es aquella de la *conformación de poderes* que el ordenamiento atribuye a los privados para alcanzar los efectos deseados. La ausencia de la observancia de las *reglas de conformación*

---

63 SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico. Op. Cit., p. 357. También, véase: id. Contribución a la teoría del negocio jurídico. Op. cit., p. 462.*

64 MAJELLO, Ugo. *«La patologia discreta del contratto anullabile». Rivista di Diritto civile, fascículo 4, 2003, p. 337, Padua.*

65 MAJELLO, Ugo. *Op. cit., p. 352.*

66 SCALISI, Vincenzo. *«Invalidita e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità». Rivista di Diritto Civile, n.º 2, marzo-abril, año XLIX, 2003, p. 208, Padua.*

impide el logro de los efectos».[67] De esta forma, la nulidad «es un remedio[68], pero no es una sanción punitiva».[69]

«La verdad es que las normas sobre la invalidez negocial, regulan no un hecho (jurídico) sino la producción de una norma y excluyen la existencia de una norma jurídica (no de un hecho jurídico, esta última operación totalmente inútil)».[70]

En verdad, este nuevo concepto de invalidez tiene relación con el poder que tienen los particulares de crear reglas para ellos mismos a través del negocio jurídico.

> Si el privado no fuera dotado de autoridad normativa, ni siquiera podría ser destinatario de las normas que regulan la producción, así el legislador estaría impedido a priori de la tarea de incidir sobre este aspecto y guiar de tal modo la actividad de los privados. Sólo admitiendo una fuerza causal del privado sobre el negocio al legislador puede precisamente «disciplinar la fase de producción» y perseguir mediatamente ella específicas finalidades. La fuerza causal del privado sobre la regla negocial, no constituye por ello un postulado dogmático, ni una exigencia ideológica, sino un principio de racionalidad y de oportunidad, porque solo sobre tal presupuesto el ordenamiento puede interferir sobre la actividad de producción de normas privadas.[71]

Sobre el poder de los particulares de crear reglas se ha dicho que la «autonomía comienza cuando el ordenamiento pone a disposición del particular uno o más procedimientos, en mayor o menor medida expeditos y fáciles de actuar, con cuya adopción el particular logra crear la regla jurídi-

---

[67] *Di Majo, Adolfo. «Tutela risarcitoria, restitutoria, sancionatoria». En Enciclopedia giuridica. Vol. xxxi. Roma: Istituto de la Enciclopedia Italiana, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1990, p. 16.*

[68] *Los remedios contractuales son «instrumentos ofrecidos por la ley para resaltar el defecto que el contrato presenta, y para obtener, sobre esta base, la cancelación de sus efectos. La idea de «remedio» —es decir de instrumento de protección de un interés, actualmente o potencialmente lesionado— se relaciona a lo siguiente: si el remedio no se concreta, los efectos del contrato conservarán plena fuerza vinculante, y esto sería un resultado lesivo de cualquier interés merecedor de protección, porque son efectos derivados de un contrato defectuoso: el remedio sirve para evitar este resultado injusto o de cualquier modo no deseado, y por eso sirve para proteger el interés lesionado del defecto del contrato»: Roppo, Vincenzo. Istituzioni di diritto privato. Bolonia: Monduzzi Editore, 1994, pp. 517-518. Asimismo, los remedios contractuales «son los medios ofrecidos por la ley para poner de manifiesto el defecto que el contrato eventualmente presenta, y para determinar —en razón del defecto mismo— la cancelación o la revisión de los efectos contractuales»: id. Il contratto. Op. cit., p. 726.*

[69] *Sacco, Rodolfo. Op. cit., p. 525.*

[70] *UGAS, Anna Paola. Op. cit., p. 297.*

[71] *Ib., p. 258.*

ca».[72] Este planteamiento ha sido replicado indicando que la autonomía de los particulares «comienza mucho más allá (y mucho antes) de la verificación, en los hechos, de esta compatibilidad».[73] Para entender el rol de la autonomía privada y de la compatibilidad, es necesario referirnos al concepto de negocio jurídico.

Giovanni Battista Ferri[74] propone una hipótesis sobre el negocio como

> acto vinculante de regulación privada de intereses, que asume «relevancia» positiva para el ordenamiento estatal cuando los valores de los cuales es portador sean compatibles con los valores expresados por el ordenamiento. Se ha afirmado que la relación entre negocio y ordenamiento estatal, si se aprecia bien, constituye una expresión de la relación entre libertad (representada por el negocio) y autoridad (expresada por el ordenamiento estatal); es decir, de la relación entre un sistema de valores (el negocio) expresión de intereses específicos, circunscritos y personales, y un sistema de valores (el ordenamiento estatal) que es expresión de una visión general y totalizadora de la realidad social, donde el negocio se inserta como un mínimo fragmento. Las tareas que se imponen ambos sistemas son, por lo tanto, profundamente diversas, sea desde un punto de vista cualitativo como desde el punto de vista cuantitativo.

Y agrega que

> no obstante la rigidez del sistema estatal, los particulares pueden, en concreto, y de todas formas, regular «negocialmente» sus propios intereses; pueden, por lo tanto, hacer referencia a aquella capacidad vinculante que, por naturaleza, es expresada por dicha regulación, aunque tal capacidad vinculante sea de menor grado que aquella que el Estado puede, ciertamente, asegurar, pero con perjuicio para su plena autonomía.[75]

Entonces, el negocio jurídico tiene «su valor como manifestación de autonomía que, en los hechos, la realidad (con mayor amplitud ciertamente) le confiere».[76]

---

72 *Sacco, Rodolfo. «Il fatto, l´atto, Il negozio», con la colaboración de Paola Cisiano. En Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco. Turín: UTET, 2005, p. 106.*

73 *Ferri, Giovanni Battista. Il negozio giuridico tra libertà e norma. 5.ª ed. Rimini: Maggioli Editore, 1995, p. 85. Id. El negocio jurídico. Traducción y notas de Leysser L. León. Lima: Ara Editores, 2002, p. 157. Id. Il negozio giuridico. Op. cit. p. 70.*

74 *Ferri, Giovanni Battista. Il negozio giuridico tra libertà e norma. Op. cit., pp. 83-84. Id. El negocio jurídico. Op. cit., pp. 154-155. Id. Il negozio giuridico. Op. cit., p. 69.*

75 *Ferri, Giovanni Battista. Il negozio giuridico tra libertà e norma. Op. cit., p. 85. Id. El negocio jurídico. Op. cit., p. 156. Id. Il negozio giuridico. Op. cit., p. 70.*

76 *Ferri, Giovanni Battista. Il negozio giuridico tra libertà e norma. Op. cit., p. 86. Id. El negocio jurídico. Op. cit., p. 158. Id. Il negozio giuridico. Op. cit., p. 71.*

Para Giovanni Battista Ferri, el negocio jurídico es la expresión de un autónomo sistema de valores. El concepto de autonomía será fundamental para comprender su pensamiento. El negocio no es un hecho, es un valor; y este valor encuentra su eficacia o su validez, no ya en la adecuación previa de los valores contenidos en el ordenamiento jurídico, sino en un análisis *ex post* de compatibilidad con dichos valores. Según el profesor, el sentido del encuentro entre ordenamiento estatal y negocio no es tanto aquel de plegar el valor-negocio a los valores propios del ordenamiento estatal, sino más bien aquel de constatar el grado de compatibilidad entre el valor expresado en la regla social con aquel expresado por las normas del ordenamiento. Por ello, se propone una hipótesis sobre el negocio jurídico como acto vinculante de privada reglamentación de intereses que asume positiva «relevancia» para el ordenamiento estatal cuando los valores, del cual es portador, sean compatibles con los valores que el ordenamiento expresa (juicio de compatibilidad entre el «negocio-valor» y el «valor-norma»del ordenamiento estatal). El negocio jurídico es jurídico, aunque no exista compatibilidad con los valores del ordenamiento estatal. En ese caso estaremos ante un negocio jurídico existente pero inválido.

En resumen, mediante

> la identificación del negocio como norma se explica perfectamente cómo el negocio puede definirse productivo de los efectos a diferencia de los actos y de los hechos: éstos últimos en efecto no son normas pero solamente hipótesis de hecho [*fattispecie*]. La construcción del negocio como norma tiene también el mérito de dar cuenta de la relevancia del negocio para la configuración de los efectos: la presencia del diseño programático está perfectamente en armonía con su naturaleza normativa: tanto que, en manera independiente de la consideración del rol desarrollado por el negocio en la producción de los efectos, ella lleva de por sí solamente a hipotetizar la naturaleza normativa del negocio. En efecto, no hay duda que la presencia de un programa de efectos (para producirse) sea atribuible más fácilmente a la noción de norma que a la del hecho.[77]

> En realidad el negocio como fenómeno jurídico ejecutado es solo aquel que produce efectos jurídicos. Antes de ser fenómeno jurídico es realidad material, de la cual se puede valorar la correspondencia o no al hecho jurídico [*fattispecie*] abstracto. Entonces se puede asumir del negocio una noción más genérica de aquella técnica, y aquello al fin de hacerlo objeto de juicio eventualmente también negativo por parte del ordenamiento.[78]

---

[77] *Gaetano Scoca, Franco. Contributo sul tema della fattispecie precettiva. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, n.º 18. Perugia: Università di Perugia, 1979, pp. 156-157.*

[78] *Ugas, Anna Paola. Op. cit., p. 297.*

Es claro que la validez implica el modo de los privados de crear ellos mismos sus normas, y la invalidez el modo en que el ordenamiento jurídico valora y califica las normas creadas por los particulares.

Entonces debemos considerar «el contrato nulo no ya como hecho jurídico concreto [*fattispecie*] incompleto o anómalo, sino como un modo de ser del contrato que se conecta a la imposibilidad jurídica de producir efectos, significa vincular el efecto de impedir la eficacia del contrato únicamente a la violación de una norma limitativa de la autonomía privada».[79]

El contrato nulo será aquel contrato que no produce normas conforme a los límites establecidos por el ordenamiento jurídico por ilicitud de la causa, ausencia de acuerdo, indeterminación o imposibilidad jurídica y física del objeto, ausencia de formalidad obligatoria y ausencia de capacidad de obrar absoluta según el CC.

En cambio, las «causas generales de anulabilidad conciernen principalmente a circunstancias que ponen en duda que el contrato refleje una correcta valoración de la conveniencia del negocio por parte de cualquier contratante. Ellas consisten en efecto principalmente en la incapacidad (legal o natural) y en los llamados vicios de la voluntad».[80]

El contrato viciado o anulable es aquel contrato carente de las condiciones de libertad y de conocimiento a fin de lograr consolidar la prohibición del abuso de una situación de disminución de la voluntad[81] en los casos de incapacidad de obrar relativa, error, dolo y violencia moral según el CC.

6. Nulidades «especiales»

Seguidamente describiremos las nulidades «especiales» y verificaremos si se adaptan a las causales de nulidad y de anulabilidad del CC.

Las nulidades de «prohibición» tienen la naturaleza jurídica de «cláusulas normativas generales»[82] y «representan una técnica de legislación, que se

---

[79] *MAJELLO, Ugo. Op. cit., p. 338.*

[80] *Ib., p. 348.*

[81] *CORSARO, Luigi. L´abuso del contraente nella formazione del contratto, Studio preliminare. Perugia: Università di Perugia, 1979, p. 122.*

[82] *LEÓN, Leysser L. «La reforma del Código Civil vista en serio» En Normas Legales. Doctrina, Jurisprudencia, Actividad jurídica. Vol. II. Trujillo: Editora Normas Legales, 2003, p. 23: «Los estudiosos italianos —que se han interesado por esta técnica desde mediados del decenio 1960-1970— consideran que las "cláusulas normativas generales" (Generalklauseln, en plural) —prefiero esta traducción castellana a calcar la italiana clausole generali— son "normas incompletas" o "fragmentos de normas" que "imparten al juez un*

concreta en una remisión legal al juez a criterios sociales o metajurídicos nominados para la resolución de un supuesto planteado». La técnica legislativa de la «cláusula normativa general» es demasiado vaga y crea indudablemente incertidumbre jurídica.

Un ejemplo de «nulidad de prohibición» está regulado en el artículo 6 del decreto ley 26122 —Ley sobre Represión de la Competencia Desleal—, que dice lo siguiente: «Se considera acto de competencia desleal y, en consecuencia, ilícito y prohibido, toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas».

Así las cosas, la nulidad de «prohibición» del artículo 6 del decreto ley 26122 contiene un concepto indeterminado como la «buena fe comercial».

La nulidad de «protección» es «una forma de nulidad *alternativa* a aquella de la *nulidad-sanción* y más vecina a la *nulidad-remedio* (a favor del contratante)».[83]

Sobre este tipo de protección el artículo 9 de la ley para la reglamentación de las condiciones generales del contrato (AGB-GESETZ) de 9 de diciembre de 1976 decía lo siguiente:

> (Cláusula general).-
> (1) Las cláusulas de las condiciones generales del contrato son ineficaces si perjudican desproporcionadamente al adherente en oposición con las reglas de la buena fe.
> (2) Se debe suponer en la duda una desventaja desproporcionada, si una cláusula.
> 1. No es compatible con los principios fundamentales de la reglamentación legal que ha derogado,[84] o,
> 2. Limita derechos u obligaciones fundamentales, que resultan de la naturaleza del contrato, de modo tal de poner en peligro la obtención de la finalidad del contrato.[85]

---

criterio, una directriz para la búsqueda de la norma de decisión: son una técnica de formación judicial de la regla a aplicar al caso concreto, sin un modelo de decisión preconstituido por una hipótesis normativa abstracta" (MENGONI, 1985 [1987]: p. 10; a quien siguen GUARNERI, 1998: p. 403, y D□AMICO, 2003: p. 336)».

83 *DI MAJO, Adolfo. Op. cit., p. 130.*

84 *El legislador peruano tomó como base este numeral de la norma alemana: «Artículo 1399 del Código Civil peruano.- En los contratos nominados celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, carecen de eficacia las estipulaciones contrarias a las normas establecidas para el correspondiente contrato, a no ser que las circunstancias de cada contrato particular justifiquen su validez.*
Lo dispuesto en el párrafo anterior no es de aplicación cuando las partes se hubieran sometido a un reglamento arbitral».

85 *Tomando como antecedente la norma alemana, el profesor Carlos CÁRDENAS QUIRÓS. «Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas». Ius Et Veritas, año VII, n.º 13, 1996, pp. 31-32, Lima) formuló una propuesta normativa al*

Esta ley alemana califica de ineficaz al contrato con cláusulas generales si existe una situación de desequilibrio. Este tipo de contrato debe adecuarse a los principios fundamentales de la reglamentación legal y no debe enervar los derechos y las obligaciones fundamentales que resultan de la naturaleza del contrato; para ello, debe tenerse en consideración la finalidad del contrato. El concepto de «buena fe» tuvo en Alemania aplicaciones en varios institutos como la excesiva onerosidad de la prestación y la responsabilidad prenegocial.

En el mismo sentido e influenciado por la ley alemana, se reguló, para toda la Comunidad Europea, una directiva de protección a la parte adherente en un contrato estandarizado. Los artículos 3 y 4 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, describen las cláusulas abusivas:

> Artículo 3.-
> 1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.
> 2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.
> El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión.
> El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba.
> 3. El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.

---

artículo 1398 del Código Civil («En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato»): «Son nulas las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación que se opongan, en perjuicio del adherente, a la buena fe. Se presumen opuestas a la buena fe las cláusulas que atribuyan al predisponente una situación desproporcionadamente ventajosa considerando el tipo contractual de que se trate, que injustificadamente contradigan o se aparten de los principios inspiradores de las normas legales aplicables al contrato; o que modifiquen o limiten los derechos y obligaciones de los contratantes, de modo que se impida que el contrato alcance el fin para el que fue celebrado».

> Artículo 4.-
> 1. Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.
> 2. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

Esta norma establece el carácter abusivo de una cláusula contractual según la naturaleza de los bienes o servicios, las circunstancias y cláusulas contractuales relacionadas.

La norma alemana indicó los criterios de las cláusulas vejatorias cuando se quebrante las reglas de la buena fe y se produzca una «desventaja desproporcionada». Esto último se produce cuando el contrato con condiciones generales haya derogado las normas del CC y ponga en peligro la finalidad del contrato. La directiva europea establece que son cláusulas abusivas las que se opongan a la buena fe y las que produzcan un desequilibrio importante entre derechos y obligaciones.

El Código Civil italiano[86] siguió los parámetros de la directiva, pero incluyó a los contratos coligados.

---

[86] *Por el artículo 25 de la ley 52 del 6 de febrero de 1996 se incorporaron las siguientes normas al Código Civil italiano de 1942:*
«Primer párrafo del artículo 1469bis. Cláusulas vejatorias en el contrato entre comerciante profesional y consumidor.- En el contrato celebrado entre el consumidor y el profesional (professionista), se consideran vejatorias las cláusulas que, aun en caso de buena fe, determinan para el consumidor un significativo desequilibrio de los derechos y obligacio□nes que derivan del contrato.
Artículo 1469ter. Determinación del carácter vejatorio de las cláusulas.- El carácter vejatorio de una cláusula es evaluado teniendo en cuenta la naturaleza del bien o del servicio objeto del contrato y haciendo referencia a las circunstancias existentes al momento de su celebración y a las demás cláusulas del contrato mismo, o de otro con el cual esté coligado o del cual dependa.
La evaluación del carácter vejatorio de la cláusula no atiene a la determinación del objeto del contrato, ni a lo adecuado de la contraprestación de los bienes y de los servicios siempre que tales elementos sean individualizados de manera clara y comprensible.
No son vejatorias las cláusulas que reproducen disposiciones legales o que repiten disposiciones o aplican principios contenidos en convenciones internacionales de las cuales sean partes contratantes todos los Estados miembros de la Unión Europea o la Unión Europea.
No son vejatorias las cláusulas o los e1ementos que hayan sido objeto de tratativa individual.

La Ley de Modernización del Derecho de las Obligaciones de 2002 ha modificado normas importantes del Código Civil alemán. Particularmente, hay una modificación que resume los criterios desarrollados anteriormente:

> § 307. Control sobre el contenido.
> (1) Las cláusulas insertas en condiciones generales de contratación resultarán ineficaces si, en infracción de los preceptos de la buena fe, perjudican de manera inadecuada a la contraparte del estipulante. Un perjuicio inadecuado puede resultar también de la redacción poco clara y comprensible de la cláusula.
> (2) En la duda, se debe considerar que existe un perjuicio inadecuado en el caso en la cual una cláusula.
> 1. No se concilie con la idea que inspira la disciplina legal a la cual deroga, o bien.
> 2. Limite derechos o deberes esenciales resultantes de la naturaleza del contrato en medida tal que pueda perjudicar la obtención de la finalidad del contrato.
> (3) Lo dispuesto por los párrafos 1° y 2°, además de los §§ 308 y 309, serán aplicables solamente respecto a las cláusulas contenidas en condiciones generales de contratación mediante las cuales se acuerden reglas que deroguen o integren las normas legales. Otras cláusulas pueden ser ineficaces según la aplicación conjunta de lo dispuesto por el párrafo 1, períodos 1 y 2.

Las cláusulas de los contratos predispuestos deben tener una redacción clara y comprensible. No hay duda de que esta referencia tiene que ver con las condiciones del sujeto en cuanto a su libertad y a su conocimiento.

Así las cosas, estamos en una causal de anulabilidad y no de nulidad o de ineficacia.

> En particular, la protección del contratante débil no permite adoptar el instrumento de la nulidad, en su concepción clásica, porque el contratante débil podría ser dañado, si otro, económicamente más aguerrido, decidiese dejar sin efecto el contrato. De aquí los intentos del legislador, especialmente en ocasión de la leyes especiales, de construir una nulidad, con finalidades protectivas, con legitimación exclusiva a favor del solo contratante débil, para que el otro no pueda a su vez paralizar el contrato o invoque la invalidez aquellas cláusulas con invalidez.[87]

En el contrato celebrado mediante suscripción de modelos o formularios predispuestos para regular de manera uniforme determinadas relaciones contractuales, pesa sobre el profesional la carga de probar que las cláusulas, o los elementos de la cláusula, aunque hayan sido unilateralmente predispuestos, han sido objeto de tratativa específica con el consumidor».

[87] *Gioia, Gina. «Nuove nullità relative a tutela del contraente debole». Contratto e impresa, diálogo con la jurisprudencia civil y comercial, dirigido por Francesco Galgano, año xv, vol. 1, 1999, p. 1334, Padua.*

Por eso, se ha dicho muy acertadamente de la nulidad que no es una

> categoría monolítica, que no depende de una carencia estructural del hecho jurídico concreto [*fattispecie*], que no siempre presupone la exigencia de tutelar intereses generales de orden público, pero que al contrario depende únicamente de la violación de un límite colocado a la autonomía privada y es por eso disciplinada en manera articulada en razón del límite violado, determinando como efecto constante el poder de substraerse a la obligatoriedad del contrato nulo de quien tenga interés, a menos que —en consideración del límite violado— el ordenamiento considere a alguno de los contratantes no dignos de beneficiarse de tal poder.[88]

Las causales de invalidez de protección no son en realidad nulidades «sino anulabilidades llamadas sin razón nulidades».[89]

La nulidad de los pactos sociales, de los acuerdos societarios y de los acuerdos de las juntas generales de accionistas es otro tipo de nulidad «especial» según la doctrina.

¿Podremos aplicar los conceptos de contrato nulo y de contrato viciado a los actos societarios? Analizaremos las causales si efectivamente se refieren a la nulidad y a la anulabilidad.

La nulidad de los pactos sociales está regulada en el artículo 33[90] de la Ley General de Sociedades aprobada por ley 26887 (en adelante LGS). Una vez inscrita la escritura pública de constitución, la nulidad del pacto social solo puede ser declarada 1) por incapacidad o por ausencia de consentimiento válido de un número de socios fundadores que determine que la sociedad no cuenta con la pluralidad de socios requerida por la ley; 2) por constituir su objeto alguna actividad contraria a las leyes que interesan

---

88 *MAJELLO, Ugo. Op. cit., p. 355.*

89 *SACCO, Rodolfo. Op. cit., p. 527.*

90 *La fuente normativa es la Ley de Sociedades Anónimas española aprobada por real decreto legislativo 1564/1989:*
«Artículo 34. Causas de nulidad.
1. *Una vez inscrita la sociedad, la acción de nulidad sólo podrá ejercitarse por las siguientes causas:*
   a) *Por resultar el objeto social ilícito o contrario al orden público.*
   b) *Por no expresarse en la escritura de constitución o en sus estatutos sociales la denominación de la sociedad, las aportaciones de los socios, la cuantía del capital, el objeto social o, finalmente, por no respetarse el desembolso mínimo del capital legalmente previsto.*
   c) *Por la incapacidad de todos los socios fundadores.*
   d) *Por no haber concurrido en el acto constitutivo la voluntad efectiva de, al menos, dos socios fundadores, en el caso de pluralidad de éstos, o del socio fundador cuando se trate de sociedad unipersonal.*
2. *Fuera de los casos enunciados en el párrafo anterior no podrá declararse la inexistencia ni la nulidad de la sociedad ni tampoco acordarse la anulación».*

al orden público o a las buenas costumbres, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 410; 3) por contener estipulaciones contrarias a normas legales imperativas u omitir consignar aquellas que la ley exige; y 4) por omisión de la forma obligatoria prescrita.

Es claro que la incapacidad se refiere a la condición del socio; la ausencia de consentimiento es una causal de ausencia de falta de manifestaciones de voluntades; y el objeto social[91] es ilícito por contravenir el orden público y las buenas costumbres. También el pacto social es nulo cuando las estipulaciones contrarias a normas imperativas,[92] cuando se omiten las estipulaciones que la ley exige y cuando se omite la forma obligatoria prescrita. Todas estas causales se aplican perfectamente al artículo 219 del CC, salvo la regulación de la violación de normas imperativas y de las omisiones de insertar estipulaciones exigidas por la ley.

La nulidad de los acuerdos societarios está regulada en el artículo 38[93] de la LGS. Los acuerdos societarios son nulos si se omiten las formalidades de publicidad prescritas; si son contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, y a las estipulaciones del pacto social o del estatuto; o si lesionan los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios. También son nulos los acuerdos adoptados por la sociedad en conflicto con el pacto social o el estatuto, así cuenten con la mayoría necesaria, si previamente no se ha modificado el pacto social o el estatuto con sujeción a las respectivas normas legales y estatutarias.

---

91 *Gentile, Giulio. «Dall'invalidità delle società personali all'invalidità degli enti associativi». Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbliggazioni, n.os 7-9, julio-agosto-septiembre, 2004, p. 767, Padua: Si la «sociedad tiene objeto ilícito no es que las ilicitudes sean necesariamente de los particulares actos de gestión eventualmente extraños al cumplimiento de la actividad (ilícita) los cuales, si son dignos de protección, son necesariamente protegidos».*

92 *La violación de normas imperativas no ha sido legislada dentro de las causales de nulidad del Código Civil, salvo una referencia en el artículo 1354 (Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo).*

93 *Ley General de Sociedades 26887:*
«Artículo 38.- Nulidad de acuerdos societarios
Son nulos los acuerdos societarios adoptados con omisión de las formalidades de publicidad prescritas, contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, a las estipulaciones del pacto social o del estatuto, o que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios.
Son nulos los acuerdos adoptados por la sociedad en conflicto con el pacto social o el estatuto, así cuenten con la mayoría necesaria, si previamente no se ha modificado el pacto social o el estatuto con sujeción a las respectivas normas legales y estatutarias.
La nulidad se rige por lo dispuesto en los artículos 34, 35 y 36, salvo en cuanto al plazo establecido en el artículo 35 cuando esta ley señale expresamente un plazo más corto de caducidad».

Los acuerdos que vulneran el orden público y las buenas costumbres es un supuesto de acto ilícito regulado en el numeral 8 del artículo 219 del CC. Es evidente que las omisiones de publicidad prescritas no se asemejan estrictamente a las formalidades obligatorias reguladas en el numeral 6 del artículo 219 del CC. Tampoco cabe aplicar la nulidad a los acuerdos societarios si lesionan los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios. En todo caso, aquí estamos en un campo diferente de la invalidez. Si los acuerdos societarios lesionan los intereses de la sociedad y del socio, estamos en el campo de la responsabilidad pero de ninguna manera en el ámbito de la invalidez.

Lo interesante de la norma que estamos comentando es que se indica que los acuerdos societarios son nulos si se contraponen a las estipulaciones del pacto social o del estatuto, o si su contenido está en conflicto con el pacto social o el estatuto, así cuenten con la mayoría necesaria, si previamente no se ha modificado el pacto social o el estatuto con sujeción a las respectivas normas legales y estatutarias. Es claro que aquí estamos otorgando calidad de norma jurídica a las estipulaciones del pacto social, a los pactos sociales y al estatuto. Las normas jurídicas sucesivas (los acuerdos societarios) serán nulas si son contrarias al pacto social y al estatuto. Estas causales no están expresamente reguladas en el artículo 219 del CC, pero es evidente que esta causal se entiende mejor siguiendo la concepción normativa de la invalidez.

La nulidad de las juntas generales de accionistas se determinará si violan normas imperativas y si incurren en las causales previstas en el artículo 38 de la LGS y en el CC conforme lo establece el artículo 150 de la LGS.[94]

Los acuerdos de las juntas generales son impugnables. En el primer párrafo del artículo 139 de la LGS,[95] se establece que la impugnabilidad de los acuerdos de la junta general procede cuando su contenido sea contrario a la LGS, se oponga al estatuto o al pacto social, o lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. Además, se dice que los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista en la LGS o en el CC también serán impugnables en los plazos y formas que señala la ley.

---

[94] *Ley General de Sociedades 26887:*
«Artículo 150.- Acción de Nulidad, legitimación, proceso y caducidad
Procede acción de nulidad para invalidar los acuerdos de la junta contrarios a normas imperativas o que incurran en causales de nulidad previstas en esta ley o en el Código Civil.
Cualquier persona que tenga legítimo interés puede interponer acción de nulidad contra los acuerdos mencionados en el párrafo anterior, la que se sustanciará en el proceso de conocimiento.
La acción de nulidad prevista en este artículo caduca al año de la adopción del acuerdo respectivo».

[95] *Ley General de Sociedades 26887:*

No es difícil indicar que la norma anterior confunde impugnación con nulidad. Los acuerdos de las juntas generales que contravengan la LGS y el estatuto deben ser nulos conforme a la racionalidad del artículo 38 de la LGS. Será materia de responsabilidad, y no de invalidez, si estos acuerdos lesionan, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad.

De esta manera, se ha expresado que existe un «evidente error de sistemática jurídica que ha generado la posibilidad de que un mismo supuesto pueda ser considerado como causal de impugnación y nulidad al mismo tiempo, así como que tenga distintos plazos de caducidad y distintos sujetos activos facultados para iniciar ambos tipos de acción».[96] Así las cosas, no es posible aseverar qué efectos jurídicos son aplicables a los hechos jurídicos regulados en los artículos 38, 139 y 150 de la Ley General de Sociedades.

Se ha indicado que «podemos hablar de una nulidad societaria, con características especiales ajenas a la nulidad civil, que se adecua al espectro de las sociedades y que permite que la Ley regule de manera efectiva el mismo, alejando el fantasma absorbente del entorno civilista».[97]

«Artículo 139.- Acuerdos impugnables

Pueden ser impugnados judicialmente los acuerdos de la junta general cuyo contenido sea contrario a esta ley, se oponga al estatuto o al pacto social o lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. Los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista en la Ley o en el Código Civil, también serán impugnables en los plazos y formas que señala la ley.

No procede la impugnación cuando el acuerdo haya sido revocado, o sustituido por otro adoptado conforme a ley, al pacto social o al estatuto.

El Juez mandará tener por concluido el proceso y dispondrá el archivo de los autos, cualquiera que sea su estado, si la sociedad acredita que el acuerdo ha sido revocado o sustituido conforme a lo prescrito en el párrafo precedente.

En los casos previstos en los dos párrafos anteriores, no se perjudica el derecho adquirido por el tercero de buena fe».

La fuente normativa es la Ley de Sociedades Anónimas española aprobada por real decreto legislativo 1564/1989:

«Artículo 115. Acuerdos impugnables.

1. *Podrán ser impugnados los acuerdos de las juntas que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad.*
2. *Serán nulos los acuerdos contrarios a la ley. Los demás acuerdos a que se refiere el apartado anterior serán anulables.*
3. *No procederá la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro. Si fuera posible eliminar la causa de impugnación, el Juez otorgará un plazo razonable para que aquélla pueda ser subsanada».*

[96] *Abramovich Ackerman, Daniel. «La problemática de la impugnación y nulidad de acuerdos en la Ley General de Sociedades». THEMIS, Revista de Derecho, n.º 47, 2003, p. 252, Lima.*

[97] *Vega Velasco, Jorge. «Impugnación y nulidad de los acuerdos societarios». En Oswaldo*

Conforme a ello, se ha expresado equivocadamente que «sería aconsejable que nuestra doctrina o, mejor aún, nuestra judicatura, construya una teoría propia de la nulidad y anulabilidad de los actos societarios, que se distinga de la generalidad de actos jurídicos, a fin de que sirva de soporte para edificar una coherente teoría de la impugnación de los acuerdos societarios».[98]

La doctrina peruana ha reconocido que «un acuerdo societario, al margen de los mecanismos que se emplean para formar la voluntad de la sociedad, no deja de ser un negocio jurídico, y como tal se encuentra sujeto a las normas generales sobre nulidad y anulabilidad del mismo».[99]

La teoría de la invalidez no es una teoría estática ni invariable ante las nuevas formas de protección de nuevos intereses. Consideramos que los intereses de la sociedad y de los socios deben ser protegidos conforme a los parámetros diseñados por la concepción normativa de la invalidez.

7. Conclusiones

- La invalidez es un remedio de extinción o de modificación de los efectos jurídicos para proteger los intereses lesionados de una parte por la violación de los límites aplicables a los contratos o por la ausencia de libertad y de conocimiento en una parte.

- La nulidad es un mecanismo de protección jurídica para solucionar un conflicto entre normas de fuentes públicas y privadas. La nulidad no es una sanción. Por el contrario, es una tutela jurídica otorgada cuando el contrato viola los límites impuestos por el ordenamiento jurídico a la autonomía privada.

- La anulabilidad es un mecanismo de protección jurídica para cautelar la libertad y el conocimiento de una parte que participó en la celebración del contrato en una situación de disminución de voluntad.

- Las nulidades «especiales» (de «prohibición», de «protección» y de los «actos societarios») deben subsumirse en las causales de nulidad y de anulabilidad según la concepción normativa de la invalidez.

Hundskopf Exebio (coord.). Tratado de Derecho mercantil. T. I: «Derecho Societario». Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 549.

98 TORRES CARRASCO, *Manuel Alberto. «El derecho de impugnación de los acuerdos societarios». En Oswaldo Hundskopf Exebio (coord.). Op. cit., p. 580.*

99 ELÍAS, *Enrique. Derecho societario peruano, Ley general de Soeiedades del Perú. T. I. Trujillo: Editorial Normas Legales, 2000, p. 396.*

Ruptura del concubinato y reparación civil

Yuri Vega Mere*

1. El golpe dado por las cifras

Guste o no, la ausencia de una regulación amplia y detallada respecto de la familia no matrimonial traduce un claro propósito de ignorar una realidad que nos circunda.

Cualquier intento de dar mayor presencia en la ley a la unión convivencial infunde temor al legislador: temor de ir en contra de costumbres, dogmas, principios, conceptos o, finalmente, electores. Este temor se extiende a la escasa doctrina y a la tímida jurisprudencia.

Un dato curioso: en realidades como las nuestras, el matrimonio religioso se vive con más fervor que el matrimonio civil. A este no se va ni se sale de blanco; a este no van las amistades; este no causa impacto. Es probable que un elevado número de parejas se sientan casadas por haber recibido la aprobación de alguna autoridad del culto que profesan y no por haber escuchado la usualmente tediosa y apresurada lectura de algunas normas del Código Civil de boca de algún funcionario del registro del estado civil. Sin duda, sería interesante contar con la opinión de los psicólogos y de los sociólogos sobre este hecho que, muy probablemente, provenga de nuestras creencias o de la presión del medio.

A pesar de esta constatación, la unión de hecho ha comenzado a tener mayor aceptación, especialmente en otras latitudes. Los datos que Francis Fukuyama proporciona en su obra *La gran ruptura* son notables. Al analizar los cambios familiares y el incremento de las tasas de hijos no matrimoniales, Fukuyama da cuenta del incremento de la cohabitación en los países europeos. Según indica, entre los 20 y 24 años, el 45% de las mujeres

* *Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú*

danesas, el 44% de las mujeres suecas y el 19% de las mujeres holandesas viven con pareja sin haber contraído matrimonio, mientras que, en los Estados Unidos, el hecho alcanza solo al 14% de las mujeres. En este último país, alrededor del 25% de todos los nacimientos extramatrimoniales corresponde a parejas que conviven; en Francia, Dinamarca o en Holanda, esta proporción es mucho más alta; y, en Suecia, alcanza casi el 90% de los nacimientos. Según refiere el futurólogo, los observadores coinciden en que la sustitución del matrimonio por la cohabitación de la pareja ha sido sustancial. En Suecia, la tasa de matrimonios es tan baja (3,6 habitantes de cada 1.000) que se podría decir que se trata de una institución en crisis que se mantendrá por mucho tiempo.[1] Para este pensador posmoderno, si bien la ilegitimidad de los nacimientos se asocia con la pobreza, en los países occidentales, fenómenos como el divorcio y la cohabitación se encuentran más difundidos entre individuos de clase media y clase alta.[2]

En el Perú, las cifras registradas por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) en 1993 (año en el que se realizó el último censo) son de sumo interés.[3] De un total de 15.483.790 personas censadas en las áreas urbana y rural, 2.488.779 de personas se encontraban unidas en convivencia sin matrimonio, mientras que 5.384.534 individuos fueron censados como casados. Existe un número de personas solteras que asciende a 6.481.083, dentro de las cuales, probablemente, algunas han silenciado cohabitar con una pareja y un grueso de 176.495 no ha especificado su estado civil (si en este concepto se incluye, como lo hace el INEI, a los convivientes). Ello equivale a decir que el 16,07% de la población total del Perú, en 1993, fue registrado como conviviente, mientras que 33,77% se reportó como casado. A tales datos debemos añadir que, en la misma época, 617.750 personas manifestaron ser viudas; 65.654, divorciadas; y 269.495, separadas, es decir, la preferencia por el matrimonio se mostraba como mayoritaria, dado que 6.337.433 personas del total censado, o sea, un 40,92% de la población del Perú, habían sido parte de un matrimonio hasta el año 1993. Sin embargo, el porcentaje de concubinatos no aparecía como un dato carente de significado.

Si tomamos únicamente el área urbana, encontramos que, en ella, de un total de 11.279.624 personas censadas en 1993, 1.561.853 vivían en concubinato (13,84% de la población urbana), en tanto que 3.965.167 (35.15% de la población urbana) se registraron como casadas con matrimonio vigente a dicha fecha. A estos números se debe adicionar las cifras de los viudos

---

1 *FUKUYAMA, Francis. La gran ruptura. Buenos Aires: Atlándida, 1999, pp. 68-73.*

2 *Ib., p. 105.*

3 *Datos en <http://www.inei.gob.pe>.*

(397.907), divorciados (56.881) y separados (216.627). En términos reales, en el área urbana, el 41.10% de los individuos eligió el matrimonio como forma de constitución de una familia frente al 13.84% que cohabitaba sin previas nupcias.

En el ámbito rural, de un total de 4.204.166 personas, 926.926 (o sea, el 22,90%) eran convivientes y 1.419.367 individuos (es decir, el 33,76%) manifestaron ser casados. Es claro que, aun cuando las cifras tienen más de una década de registradas, los niveles de las familias no casadas eran mayores en el área rural. Del mismo modo que en los casos anteriores, no se puede pasar por alto a las personas viudas, que llegaron a las 219.843; a los divorciados, que eran 8.773; y a los separados, que fueron del orden de las 52.868 personas. Como resultado, en el área rural, el 40,45% de la población creyó en el matrimonio hasta en dicha oportunidad, frente a un 22,90% que optó por la cohabitación sin papeles.

Los índices de convivencia también se pueden verificar por el sexo de las personas. Mientras que, de un total de 7.626.084 de hombres, 1.199.914 varones manifestaron tener una convivencia *more uxorio*, 2.632.296 habían optado por el matrimonio. El 15,73% prefirió el concubinato, frente a un 34,51% que eligió la unión conyugal. También contrajeron matrimonio los viudos (157.813), los divorciados (25.880) y los separados (71.810). Como cifra final, el 37,86% de los hombres había seguido el camino del matrimonio y el 15,73% no.

En cambio, entre las mujeres, de una cifra de 7.857.706, un número de 1.288.865 prefirió la convivencia sin papeles (el 16,40%), frente a 2.752.238 (el 35,02%), que pasaron por la ceremonia matrimonial. Igualmente, se aprecia la existencia de un matrimonio previo o no disuelto en las mujeres viudas (459.937), divorciadas (39.774) y separadas (197.685). A esa fecha, el 43,90% de las mujeres creía o había creído en el matrimonio, frente a un 16,40% que no consideró necesario celebrar ceremonia alguna para crear una familia.

En el año 2000, el INEI realizó encuestas demográficas y de salud familiar que también arrojaron algunas cifras interesantes.[4] De acuerdo con los datos recolectados, el 25% de las mujeres en edad fértil conviven sin estar unidas por matrimonio.

Las estadísticas no distinguen el tipo de matrimonio, pero se asume que es el civil y no el religioso.

En resumen, al año 1993 el 16,07% de la población del Perú vivía en concubinato, es decir, alrededor de la sexta parte de la misma. Y, si la referencia

---

[4] *Encuesta Demográfica y de Salud Familiar. Instituto Nacional e Informática. Resumen ejecutivo, p. 11.*

que se toma es la de las mujeres en edad fértil, el porcentaje de convivientes es, al año 2000, del 25% (es claro que esas mujeres conviven con un número similar de varones en edad reproductiva). No tenemos, desafortunadamente, cifras oficiales que abarquen a toda la población de más reciente data, pero los números son importantes y, por ello, el tema no puede ser ignorado por más tiempo. Es probable que, debido a la mayor tolerancia con que hoy en día se mira a los concubinatos, aquel porcentaje pueda haberse incrementado.

Las cifras, por otro lado, deberían instar a cualquier investigador de toda ciencia social (léase sociólogos, antropólogos, juristas, etc.) a preguntarse qué es lo que viene ocurriendo. Las estadísticas, que le toman el pulso a la realidad, deben instarnos a reflexionar.

2. El matrimonio como modelo excluyente

El modelo familiar elegido por el legislador se sustenta en el matrimonio, pese a que la unión de hecho es históricamente más antigua. Ya hemos señalado, en otra oportunidad,[5] que, debido a que la familia genera una serie de relaciones (entre la pareja, entre la pareja y los hijos, y entre la pareja y terceros), ellas no pueden quedar libradas siempre, *in toto*, a la decisión de los propios interesados, especialmente en lo atinente a los derechos personales. Se requiere de un adecuado estatuto que garantice derechos y deberes entre los componentes del grupo familiar y de pautas ciertas que protejan a los extraños que establecen relaciones con aquellos. Además, es fundamental que se propenda a la efectiva realización de tales derechos, con niveles mínimos de protección cuyo objetivo final no es otro que garantizar el bien común.[6] Esta tarea ha sido asumida por el Estado y, para ello, tomó como sustrato de la familia a aquella basada en el matrimonio.

El modelo de familia protegido por el Estado se construyó sobre la base de la fusión entre el matrimonio romano y el derecho canónico. Debido al caos existente en el medioevo, derivado de la confrontación de normas aplicables a los individuos, de la informalidad de las uniones entre varones y mujeres, así como del ejercicio libre y hasta incontrolado de la sexualidad, la Iglesia católica, a través del Concilio de Trento (Sesión XXIV, del 11 de noviembre de 1563), impuso la obligación de formalizar las uniones entre

---

5 *VEGA MERE, Yuri. «La eclosión de las legislaciones protectivas de las uniones homosexuales». Revista Jurídica del Perú, agosto, 2002, pp. 234-235, Trujillo.*

6 *LENSEL, Denis y Jacques LAFOND. La famille a venir. Une realité menacé mais nécessaire. París: Economica, 2000, p. 27 y ss.*

varón y mujer ante la autoridad eclesiástica como único medio de legitimación de las familias. Con ello, los concubinatos fueron proscritos y los concubinos fueron condenados a la excomunión.[7] Por entonces, el matrimonio era únicamente un sacramento que debía sujetarse a los ritos católicos.

Si bien con la aparición de la burguesía se arrebató la exclusividad del matrimonio a la Iglesia, pues entonces se abrió camino a su secularización, el matrimonio civil no dejó de ser el único medio exclusivo para reconocer legalidad a los grupos familiares y como único sustrato para el reconocimiento de derechos de naturaleza familiar.

El sistema legal liberal plasmado en los viejos códigos civiles, empero, muestra una paradoja. Por un lado, el derecho civil de la «modernidad» fue edificado sobre la base de una racionalidad lógica formal que se expresaba en la elaboración de conceptos autosuficientes que creasen un sistema legal seguro, predictible, que permitiera conocer anticipadamente las reglas de juego a los agentes económicos, un sistema que se acoplase armoniosamente con la necesidad de construir una sociedad que terminase con los particularismos y se convirtiese en una sociedad homogénea en cuyo interior los bienes y servicios fuesen fácilmente intercambiables por individuos movidos por sus propios intereses. A estos individuos, precisamente, el nuevo sistema les reconoció considerables espacios de autonomía para el juego de sus transacciones, que calzaban con el naciente capitalismo signado por la racionalidad utilitaria.[8]

Pero, por otro lado, y específicamente en el terreno familiar, el derecho liberal fue excesivamente rígido. Si la familia no se basaba en el matrimonio, no merecía el favor del legislador. Por ello, se ha dicho con razón que el derecho familiar liberal fue excluyente;[9] quiso, como producto de la modernidad, ser uniforme, aun a costa de desconocer la realidad de las situaciones maritales no matrimoniales, a las cuales simplemente condenó al ostracismo. Las palabras de Napoleón, al intervenir en los debates de lo que luego se convertiría en el Código Civil de los franceses, fueron elocuentes: «Si los concubinos ignoran la ley, la ley los ignora» («*Puisque les concubins se désintéressent de la loi, la loi n'a qu'à se désintéresser d'eux*»). La convivencia *more coniugali*, de esa manera, de haber sido una realidad fáctica casi mayoritaria hasta la llegada del Concilio de Trento, gracias al pacto implícito

---

[7] *Cornejo Chávez, Héctor. Derecho familiar peruano. Lima: Gaceta Jurídica, 1999, p. 65.*

[8] *Véase Trazegnies Granda, Fernando de. Postmodernidad y derecho. Lima: Ara Editores, 1996, pp. 21-31.*

[9] *Silveira Ramos, Carmen Lucía. Familia sem casamento: de relação existencial de fato a realidade jurídica. Río de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 46-48, 57 y ss.*

entre Estado e Iglesia (quizá como una forma de ganarse la simpatía de esta última al haber laicalizado el matrimonio), pasó a ser vista como un situación censurable, inmoral, ajena al derecho, contraria a la ley, al grado de consagrarse una abierta discriminación contra los hijos no matrimoniales, a los cuales se les regaló el distintivo de bastardos.

El Estado optó por reglas claras pero monolíticas que privaron de una fuerte dosis de autonomía a los individuos respecto de las decisiones de orden convivencial y familiar.

3. Razones de la hostilidad hacia la familia de hecho

El modelo de familia que ha prevalecido por años no es producto del azar. A su conformación ha confluido una serie de factores que muestran que la familia, aun siendo una institución que se sustenta, fundamentalmente, en lazos de orden biológico y en razones de orden social y hasta emocional, tarde o temprano se puede ver envuelta en una definición de tipo legal que implica, de suyo, la elección de un «modelo» de familia.

A partir de esa opción, que proviene del Estado (no sin consultar lo que acontece al interior de las convicciones sociales y éticas mayoritariamente aceptadas), se organiza toda una urdimbre de vinculaciones jurídicas, ya sea de orden personal o patrimonial entre los miembros del grupo familiar. Si bien la ley no puede ir en contra de hechos que tengan una raíz biológica, el sistema legal es el que, desde que asume un modelo, determina los derechos y obligaciones de cada uno de los componentes de la familia, establece su funcionamiento interno, norma el régimen de bienes y su administración, prevé las formas de asistencia y de suplir las carencias, fija las condiciones de separación y ruptura, etc.[10]

El Estado, se ha dicho, requiere de alguna forma de organización de los individuos. Siendo la familia (no el «modelo») una institución connatural al ser humano y una suerte de bisagra entre el individuo y la sociedad, su encuadramiento legal intenta juridificar las relaciones que se generan entre sus integrantes, con propósitos de organización y orden,[11] decíamos, cuando no con una función garantista de los derechos de sus miembros, y, también, como una forma de canalizar la sexualidad de las personas, asunto que

---

[10] *TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. «La familia, ¿un espejismo jurídico?». En La familia en el derecho peruano. Libro homenaje al doctor Héctor Cornejo Chávez. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992, p. 21 y ss., especialmente 37 y ss.*

[11] *ADEZATI, Giovanni. «Nuove unioni e nuovi status». En Francesca Brunetta d'Usseaux y Antonino d'Angelo (eds.). Matrimonio, matrimonii. Milán: Giuffrè, 2000, p. 180.*

preocupa sobremanera a la Iglesia.[12] El modelo, además, fue concebido, bajo una autoridad estricta del marido/padre, como un mecanismo para diluir o evitar los conflictos intrafamiliares y apuntalar la cohesión del grupo.

Dado que el matrimonio se traduce en la creación de lazos de orden legal entre la pareja que lo contrae y sus descendientes, ello aporta certeza no solo a los contrayentes, sino también a los terceros y al propio Estado vigilante. Todo aquello que pueda convulsionar la seguridad y estabilidad (y la ilusión que se quiera tener sobre ellas) debe ser rechazado, prohibido o, cuando menos, ignorado.

Se ha dicho, sobre el particular, que una de las fisuras que se advierte en la familia proviene del incremento de las uniones «ilegítimas» y de los hijos nacidos de parejas no casadas o de uniones esporádicas, así como de madres solteras. En respuesta, se postula un reforzamiento del modelo institucional como el único hábil para garantizar la supervivencia de la familia. En esta perspectiva, los defensores del matrimonio también son partidarios de reducir, cada vez más, el lugar que pueda ocupar el divorcio en el ordenamiento. Sin embargo, resulta incuestionable que una de las consecuencias de la liberación femenina y de los espacios ganados por las mujeres es la de optar, en no pocos casos, por tener descendencia sin haber formado previamente una familia, dado que no tienen incentivos para ser parte de un grupo, sino que, tan solo, aspiran a ser madres y, como es obvio, para ello no necesitan casarse o unirse en una relación de afectividad análoga a la conyugal.

Sabido es que una gran parte de quienes deciden no contraer nupcias rechaza la formalidad del matrimonio al querer vivir «sin papeles». Pero con ello, como bien se ha anotado, también rechazan el plano sustancial del matrimonio, pues huyen del estatus de cónyuge y del régimen que la ley dispensa a estos; de los derechos; y, sobre todo, de las obligaciones que les impone; en pocas palabras, no solo huyen de la ceremonia, sino del modelo institucional que elimina la elección de la libertad.[13] Pese a querer mantener un amplio espacio para la adopción de decisiones relativas a la continuidad o terminación de la convivencia sin los efectos que implica, por el con-

---

[12] *Véase las interesantes apreciaciones de* POSNER, *Richard. Sex and reason. Cambridge: Harvard University Press, 1992, p. 243 y ss., quien sostiene que, entre otras cosas, a la Iglesia le interesa concebir al matrimonio como una forma de evitar las relaciones sexuales fuera de dicho contexto, incluso promoviendo su celebración a una corta edad («but not too young», como dice Posner).*

[13] *Como dice* ASTONE, *María. «Ancora sulla famiglia di fatto: evoluzione e prospettive». En Il Diritto di famiglia e delle persone. Fascículo 4. Milán: Giuffrè, 1999, p. 1477, la decisión de vivir en concubinato proviene «dalla non acettazione di un vincolo che, nella sostanza, si vuole non incida sul rapporto affettivo esistente tra essi partners, oppure, ancora, da una preferenza verso scelte privatizate, anziché istituzionalizzate».*

trario, la ruptura de un matrimonio, los concubinos demandan, cada vez con mayor vehemencia, protección legal a favor de sus uniones no conyugales. Es decir, huyen de la ley para luego recurrir a ella.[14]

Es necesario, no obstante, precisar de modo adecuado cuál es el sentido de sus reclamos, dado que, al privilegiar la autonomía privada para organizar su vida en común, así como la libertad para dar por concluida la unión de hecho y regular las consecuencias patrimoniales en caso de ruptura, lo que demandan es que se proteja legalmente ese particular modo de convivir —en el que, repito, reina la libertad antes que la sujeción a un régimen definido heterónomamente— y que se respete ese amplio margen de «maniobrabilidad» basado en los acuerdos privados entre los concubinos.

Ese juego entre el no al derecho (matrimonial) y el sí a un derecho ad hoc (especialmente concebido para las uniones *libres:* he allí el acento) ha sido denunciado como una forma de juridificar y de dar un trato equivalente e, incluso, más favorable que el trato otorgado a los matrimonios a lo que, curiosamente, brilla por ser precario, inestable, transitorio; de ese modo, se ampara una suerte de liberalismo en materia familiar que conduce, simultáneamente, a una desjuridización del matrimonio, al vaciamiento de su contenido y a la pérdida de su importancia, lo cual implica, para una autora como Palazzani, privatizar el matrimonio (reduciéndose el control sobre la institucionalidad familiar)[15] y «publificar» las uniones no conyugales pero siempre dentro de los amplios espacios de autonomía reclamados por los concubinos.[16]

---

[14] *Como dice* PALAZZANI, *Laura. «La famigilia «di fatto» è giustificabile giuridicamente?». En Il Diritto di famiglia e delle persone. Fasc. 1. Milán: Giuffrè, 2000, p. 246: «La richiesta di legittimazione della famiglia di fatto manifesta l'intenzione di volere e non volere, al tempo stesso, il diritto: più precisamente, di volere che il diritto configuri e tuteli, sul piano pubblico, la scelta soggettiva che deve rimanere privata. Insomma, i concubini vogliono che la loro scelta soggettiva e mutevole, analoga al rapporto ocasiónale, abbia un riconoscimento pubblico, analogo al matrimonio legale». Más adelante (p. 247), la misma autora señala que se trata de «l'attegiamento di ambivalenza tra antigiuridismo e giuridificazione, tra rebellione e intolleranza nei confronti del diritto, vissuto come soffocante, e richiesta di intervento flessibile, aperto e leggero del diritto, al quale si chiede di garantire la libertà della coscienza soggettiva. I concubini esaltano la scelta privata (sul piano morale): in un certo senso, chiedono l'asservimento della dimensione pubblica alla scelta privata, l'asservimento del diritto alla volontà e alla sua estrinsecazione (se non, addititura, amplificazione). In concreto, i concubini pretendono che il diritto li riconosca pubblicamente, distinguendoli dalle unione episodiche, ma al tempo stesso manteniendo la libertà sulla scelta del modo di vivere la relazione, di sciogliere il legame in qualsiasi momento, anzi tutelando la posibilita dello scioglimento, la revocabilità della decisione e regolando le conseguenze della scelta nella protezione dei soggetti convolti».*

[15] *Igual posición asume* NAVARRO-VALLS, *Rafael. Matrimonio y derecho. Madrid: Tecnos, 1995, pp. 67-68, para quien el proceso de reconocimiento de las uniones de hecho conduce a un proceso de contractualización del matrimonio.*

[16] PALAZZANI, *Laura. Op. cit., p. 249.*

Además, se acusa la precariedad de la cohabitación que, según se dice, engendra con demasiada frecuencia familias monoparentales o el aumento del número de hijos de madres solteras que terminan siendo abandonadas.[17]

En suma, se rechaza el intento de toda regulación debido a que aceptarla implicaría consagrar un régimen en pro del «individualismo» familiar que se estrella contra los intereses de la familia matrimonial concebida como grupo «formalizado». Y, por ello, se señala que no se puede tutelar la libertad absoluta; además, la configuración pública (es decir, de normas obligatorias) de la convivencia *more coniugali* podría violar la autonomía que tanto reclaman los concubinos, con lo cual un régimen legal a favor de las parejas no casadas no solo termina causando estragos al matrimonio sino, también, a la propia unión libre.[18]

En esta misma perspectiva, se afirma que proteger a las uniones extramatrimoniales es dispensar tutela a lo variable, a la libertad cambiante, a la asociación ocasional y precaria de intereses, a la entrega corporal caracterizada por falta de compromiso.[19] Tutelar las uniones de hecho significaría optar por una concepción del derecho que se pone al servicio de voluntades privadas en un terreno tan álgido como el de la familia. Por ende, solo se debe proteger al matrimonio,[20] incluso más allá del pluralismo, pues una cosa son las opciones que derivan de este y que deben mantenerse en ese mundo de las diversidades y otra cosa son las instituciones que el ordenamiento debe acoger como propias del derecho de familia.[21]

Algunos juzgan que la apertura a otros tipos de familias produce una desvinculación entre los fines trascendentes del matrimonio y privilegia lo físico, lo sexual, el hedonismo. Por ello, es necesaria la consagración de la «contractualización» de áreas en las que la presencia de «lo público» no puede desaparecer, si es que no queremos arriesgarnos a promover desorden, caos, promiscuidad.

---

17 *Véase* NAVARRO-VALLS, *Rafael. Op. cit., p. 84.*

18 PALAZZANI, *Laura. Op. cit., p. 251.*

19 DÍAZ MORENO, *José M.ª, S. J. «Las familias de hecho: aproximación a su vertiente ético-canónica». En Uniones de hecho. Una aproximación plural. Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, 1999, p. 114, dice: «Creemos que es un error, equiparar el matrimonio con otro tipo de uniones que no llevan consigo el compromiso público y libremente asumido, de estabilidad permanente, y otras determinadas obligaciones, que derivan de ese compromiso». Pese a ello, para este religioso, la protección de tales uniones sí es necesaria, especialmente para atender los intereses de los hijos, que no eligieron nacer en un hogar no matrimonial.*

20 PALAZZANI, *Laura. Op. cit., p. 253 y ss.*

21 DÍEZ-PICAZO, *Luis. «Las nuevas fronteras y la crisis del concepto de familia». En Aída Kemelmajer de Carlucci (coord.). El derecho de familia y los nuevos paradigmas. T. I. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1999, pp. 26-27.*

En una posición más radical, pero no por ello menos importante, se sostiene que la simple unión de hecho no da lugar a relaciones jurídicas familiares, por lo que la relación que se establece en las parejas no casadas no puede encuadrarse en el modelo de familia que el ordenamiento protege, porque no hay vínculo jurídico, y, por tanto, no existe una situación organizada unitariamente dentro del orden jurídico total por un especial principio jurídico.[22]

En nuestro medio, un jurista de conocida formación conservadora como Cornejo Chávez considera que, en los países más industrializados, en los que el progreso científico, técnico y económico parece correr parejo con «cierta descomposición moral, típica por lo demás, de las épocas de decadencias de las culturas», el concubinato empieza a tener mayor significación, como una suerte de repudio al orden institucional o anhelo de una así entendida liberación.[23] El argumento, en síntesis, es más una apreciación de matiz moral antes que legal, como suele ocurrir con todos aquellos que se oponen radicalmente a acoger a la cohabitación no basada en el matrimonio.

Sin embargo, y para no faltar a la justicia, el propio Cornejo Chávez explica que las razones por las cuales se pone empeño en extirpar el concubinato no son únicamente de orden religioso, sino también de carácter sociológico, y que pueden resumirse en que la libertad sin límites de que gozan los concubinos es incompatible con las familias que crean. Al efecto, explica el Ponente del Libro de Familia del Código Civil que existen tres razones para ello: (a) desde el punto de vista de la mujer, generalmente el sujeto débil de la relación, el concubinato la coloca en el doble riesgo de quedar desamparada cuando ni los hijos que ha procreado, ni su edad, ni el propio antecedente de su convivencia le brindan la perspectiva de una unión duradera, y el de que además su conviviente la despoje del patrimonio que ella ayudó a formar con su trabajo o colaboración directa; (b) desde el punto de vista de los hijos, la inestabilidad de la unión concubinaria no es la mejor garantía para su manutención y educación; y (c) para los terceros que, engañados por la apariencia de un matrimonio, contratan con una presunta sociedad conyugal.[24] Sin duda, se trata de argumentos interesantes, que no pueden ser ignorados; pero también se evidencia un marcado prejuicio que posiblemente marcó su posición al momento de sugerir el

---

[22] *GONZÁLEZ MORENO, Beatriz. «Uniones de hecho y derecho a la adopción». En J. M. Martinell y M.ª T. Areces Piño (eds.). Uniones de hecho, XI Jornades Jurídiques. Departament de Dret Privat, Facultat de Dret i Economia, Universitat di Lleida, 1998, p. 278.*

[23] *CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Op. cit., p. 65.*

[24] *Ib., pp. 67-68*

tratamiento jurídico que la ley civil terminó por «obsequiar» (que se me perdone el sarcasmo) a las situaciones convivenciales no matrimoniales.

4. La crisis del modelo matrimonial como legitimador de la familia

La familia, considerada como una institución natural, quizá como la única institución social que ha estado presente en todas las culturas y civilizaciones a pesar de que lo haya hecho de diversas formas, no ha escapado al influjo de los cambios sociales que presionan sobre su estructura o funciones, dado que no ha podido ser impenetrable o insensible a las transformaciones de su entorno.[25]

Como bien ha dicho Fukuyama, desde la década del sesenta, el Occidente ha experimentado una serie de movimientos de liberación que buscan despojar al individuo de las limitaciones impuestas por muchas de las tradicionales normas sociales y regulaciones morales vigentes. La revolución sexual, la liberación femenina, los movimientos feministas y, en las décadas del ochenta y noventa, los movimientos en favor de los derechos de los homosexuales y lesbianas han estallado en todo el mundo occidental.[26]

Las tradicionales funciones de la familia relacionadas con la educación, la integración de sus miembros al seno social, la cooperación entre los consortes, la colaboración entre ellos para la crianza de los hijos y la asistencia y solidaridad que se predicaba de aquella vienen sufriendo serios embates. Quizá uno de los datos más importantes de esta transformación, que pasa hoy en día desapercibido, por ser una vieja conquista (pero que se actualiza constantemente por el crecimiento de los índices de violencia familiar), sea el hecho de que la familia autoritaria, destinada a mantener una unidad intrafamiliar a todo costo (evitando los conflictos) y caracterizada por la imposición de las decisiones del marido y padre, ha sido sustituida por una familia «democrática», en la que las opiniones de todos los integrantes cuentan. Esta es una expresión incontrastable, en mi concepto, del caudal de derechos individuales provenientes de la legislación nacional y supranacional del siglo XX que dejó de lado el modelo de la familia «entelequia» y que la posa, por el contrario, como medio de realización de aspiraciones personales, individuales.[27]

---

[25] *HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Gerardo. «Análisis y perspectivas sociodemográficas de las uniones de hecho». En Uniones de hecho. Una aproximación plural. Op. cit., pp. 5 y 7.*

[26] *FUKUYAMA, Francis. Op. cit., p. 32.*

[27] *Bien ha dicho la socióloga española ALBERDI, Inés. «La nueva familia democrática». En Temas para el Debate. Madrid, 38, 1998, pp. 38 y ss., especialmente p. 40, que, en las*

En las sociedades posindustrailes, se asiste a una desvalorización de la familia. Ya no es más una unidad de producción sino de consumo[28] y, como bien dice el reconocido jurista argentino Ricardo Lorenzetti, en los tiempos actuales, cada miembro de la familia trabaja en una empresa distinta o es desocupado, y tienen horarios, ingresos, expectativas de crecimiento y demandas externas disímiles, lo que hace que la organización del tiempo y de los recursos familiares se fragmenten según las necesidades del individuo y no del grupo; de esta forma, desaparece la unidad.[29] Como se ha dicho con razón, la familia de clase media con una sola fuente de ingresos se ha extinguido.[30]

La función educadora es sustituida paulatinamente con la educación escolar y universitaria;[31] los cuidados de los hijos fuera de la escuela se encomiendan a terceros, dado que los padres son trabajadores que salen al mercado laboral casi toda la jornada;[32] y, en muchos casos, los intereses personales de los esposos suponen una postergación de la decisión de tener descendencia, lo que incide en las tasas de fertilidad. El cuidado de los ancianos y el cuidado de la salud son trasladados a la seguridad social,[33] ya que esta puede ser más eficiente;[34] así, se excluye a los ancianos del grupo familiar que habita bajo el mismo techo para ser llevados a casas de retiro o de cuidados especiales.

---

relaciones entre iguales, se producen conflictos más fácilmente y hay que negociar y entenderse para solucionarlos. No es posible imponer la voluntad y la autoridad de una de las partes. Además, continúa la autora, la libertad mantiene las posibilidades de todos los medios para tomar otra alternativa: marcharse. Líneas después (p. 41), Alberdi sostiene que, en la sociedad española de fines del siglo XX, el individuo aparece como la base de la definición del bienestar y solo es en función de la libertad y del bienestar individual que van a tomarse medidas de apoyo de la familia. Sin duda, se refiere al actual y preocupante conflicto entre individuo y familia advirtiendo, como también lo ha hecho el jursita argentino Ricardo Lorenzetti en un extraordinario ensayo, «Teoría general del derecho de familia: el conflicto entre los incentivos individuales y grupales». Actualidad Jurídica, t. 87, febrero, 2001, p. 43 y ss., Lima, que es un trabajo de ineludible lectura.

28 *FUKUYAMA, Francis. Op. cit., p. 62.*

29 *LORENZETTI, Ricardo. Op. cit., p.45.*

30 *TUBERT, Silvia. «Introducción al volumen dedicado a Familias y parejas: paradojas y nuevas opciones». Revista de Occidente, n.º 199, diciembre, 1997, p. 6, Madrid.*

31 *FUKUYAMA, Francis. Op. cit., p. 62.*

32 *VEGA MERE, Yuri. «La familia por venir: entre lo público y lo privado; entre la tradición y la modernidad (o lo disparatado)». Revista Jurídica del Perú, junio, 2002, pp. 78-79, Trujillo.*

33 *LORENZETTI, Ricardo. Op. cit., p. 45.*

34 *BECKER, Gary S. A Treatise on the Family. Edición aumentada. Cambridge: Harvard University Press, 1993, p. 349.*

Por otro lado, la revolución sexual, la ocupación laboral de la mujer y los movimientos feministas han mutado radicalmente el rol de la mujer. Gracias a los métodos de control de la natalidad y al análisis económico del descenso de las tasas de fertilidad, que han puesto en evidencia que el hecho de tener hijos supone altos costos (transferencia de recursos de los padres a los hijos),[35] que en la actualidad son más altos por las exigencias propias de la sociedad de la información y de la competencia, la mujer de hoy privilegia, en el tiempo, su realización personal y profesional (al igual que el esposo) y posterga, como antes se anotaba, la procreación.[36]

La familia nuclear, compuesta, en oposición a la familia extensa, por consortes e hijos, sigue diluyéndose, no solo como consecuencia de la mayor independencia económica de la mujer, que en en muchos casos le permite adoptar la decisión de tener descendencia sin necesidad de casarse o de convivir (incluso mediante el recurso a técnicas de reproducción humana asistidas), sino también por el hecho de que la tasa de nacimientos ha caído dramáticamente en las sociedades posindustriales, y en las clases de mayores recursos o en la clase media de los países en vías de desarrollo. Al mismo tiempo, se observa un crecimiento de hogares unipersonales que no son familia: personas que prefieren dedicarse a sus propios asuntos sin querer asumir responsabilidades y los costos derivados de una unión convivencial o de tener hijos; de ese modo, se relaja los lazos sociales basados, en buena parte, en los vínculos de parentesco. Las familias sin hijos o los hogares unipersonales apuestan menos por el grupo que por ellos mismos.

Tubert considera que uno de los aspectos más relevantes que incidió en la transformación de la familia es la crisis del matrimonio, que se manifiesta en la decadencia de su contenido institucional (registro de las uniones) y ritual (ritos sociales, religiosos y civiles que las acompañan). Según la autora, el número de uniones legales disminuye en razón de las relaciones prácticas y simbólicas que los individuos mantienen con la institución familiar, al tiempo que se debilita el carácter sagrado de las formas más ritualizadas del matrimonio. Ello responde, afirma Tubert, a los cambios económicos, demográficos y sociales. Para la misma autora, desde un punto de vista ideológico, el avance del matrimonio por amor llega al punto de liquidar al matrimonio mismo, por cuanto opone la exigencia de sinceridad del compromiso interpersonal al formalismo de las convenciones.[37]

Continúa diciendo Tubert que una de las mayores evoluciones de los últimos años es el cambio de actitud de las mujeres con respecto a las formas de

---

[35] *Ampliamente, ib., pp. 135 y ss.*

[36] *Ib., p. 352.*

[37] *TUBERT, Silvia. Op. cit., p. 7.*

establecerse socialmente: el matrimonio ya no es la forma principal de establecimiento social para ellas, como lo era hace treinta años. Ahora aspiran a preservar su autonomía en la orientación de su trayectoria vital y profesional. Existe rechazo al matrimonio debido a que de este se deriva la división tradicional de los roles sexuales y porque, según afirma, en expresión que resulta de elevado interés, «la adopción de la vida en pareja no tiene un carácter fusional sino que pretende ser asociativa y reversible».[38]

La erosión del modelo tradicional de familia basada en el matrimonio también tiene relación con los afectos. Bien dice Julio Iglesias de Ussel que los elementos considerados esenciales de la vida familiar de hoy son históricamente muy recientes, tienen un pasado muy corto: la elección de la pareja por los propios contrayentes, la selección fundada en el amor, la legitimación social para la ruptura en caso de desaparición de los afectos de la pareja, etc.[39] ¿Es posible encontrar esos amplios espacios de elección hoy en día sin necesidad de recurrir al matrimonio si en el pasado este prescindió, con frecuencia, de la opinión y los sentimientos de la pareja al concertarse las nupcias por terceros y no por los propios interesados?

En el escenario actual de la familia, se advierte el reconocimiento y reivindicación del pluralismo. Como dice Iglesias de Ussel, se ha pasado de una configuración monolítica de la familia a otra pluralista, en la que las distintas modalidades de articular la vida familiar —cohabitación o matrimonio, hijos dentro o fuera del matrimonio, familias biparentales o monoparentales, uniones heterosexuales u homosexuales— reclaman legimitidad social y, en ocasiones, regulacion legal. Como anota este autor: «El reconocimiento del pluralismo supone la ruptura con el anterior tipo único de familia, con una fuerte protección legal y —en parte— social, que situaba cualquier otra modalidad de convivencia fuera de la legalidad cuando no condenada penalmente».[40] Este pluralismo ha alimentado la imagen de crisis del modelo único.[41]

Al lado del pluralismo, es claramente perceptible que el profundo cambio en el modelo familiar único es sistentizado por algunos en la fórmula *la familia para el individuo* y no, como ocurría en el pasado, *el individuo para la familia*.[42] Esta fórmula muestra la diferencia entre la familia-institución (el matrimonio), que se considerada como un valor en sí mismo, portadora

---

[38] *Ib., pp. 7-8.*

[39] *Iglesias de Ussel, Julio. «Crisis y vitalidad de la familia». En Familias y parejas: paradojas y nuevas opciones. Revista de Occidente, n.º 199, diciembre, 1997, p. 22, Madrid.*

[40] *Ib., p. 29.*

[41] *Ib., p. 30.*

[42] *Bile, F. «La famiglia di fatto: profili patrimoniali». En La famiglia di fatto. Atti del Convegno Nazionale di Pontremoli. Montereggio, 1977, p. 71.*

de intereses colectivos que subordinan los individuales, y la «nueva» familia, que emerge de una nueva visión de esta como lugar privilegiado de afirmación y realización de la personalidad de los individuos,[43] como espacio de afectos de sus miembros, reservado a satisfacer las necesidades de seguridad existencial y de relaciones sociales y emocionales, que se signa como un proceso de progresiva interiorización o privatización del grupo.[44]

Este «individualismo» familiar (sin tener connotación peyorativa) se ve respaldado, haciendo mías las expresiones de Lorenzetti, por la explosión de los intereses invididuales dentro del grupo familiar.[45]

La tendencia hacia la afirmación del individualismo en las relaciones familiares viene confirmada, como dice Del Dotto, en la realidad social por una serie de factores: aumento de divorcios, reducción de la natalidad, reducción de la tasa de nupcialidad y el surgimiento paralelo de una multiplicidad de realidades familiares alternativas respecto de aquella conyugal, en la que tienen singular relevancia las uniones de hecho como una evidente manifestación de las cada vez más difundidas exigencias de libertad y autonomía individual. Como dice la autora, el incremento de la convivencia *more uxorio* y las nuevas orientaciones sobre ella inciden, incluso, sobre una mayor demanda de flexibilización del matrimonio[46] (que los opositores a su admisibilidad consideran, según vimos, como una desjuridización de las nupcias).[47]

---

43 *ASTONE, María. Op. cit., p. 1463*

44 *DOTTO, Brunilla del. «Sui rapporti patrimoniali tra conviventi more uxorio». En Il Diritto di famiglia e delle persone. Fascículos. 2-3. Milán: Giuffrè, 1999, p. 876.*

45 *LORENZETTI, Ricardo. Op. cit., p. 45.*

46 *DOTTO, Brunilla del. Op. cit., p. 879. A estas alturas, creo que es del todo conveniente coincidir con FERRANDO, Gilda. «Convivenze e modelli di disciplina». En Francesca Brunetta d'Usseaux y Antonino d'Angelo (eds.). Matrimonio, matrimonii. Milán: Giuffrè, 2000, p. 302, y con gran parte de la doctrina italiana que ha abordado el tema de las uniones de hecho, cuando, contrariamente a lo que entienden los defensores a ultranza del modelo conyugal, tradicionalmente entendido como el único válido, afirma que la llamada «desjuridización» o «privatización» del matrimonio debe ser entendida como un proceso que implica mayor autonomía al interior de la unión conyugal, mayores espacios para las decisiones de los propios interesados en lugar de definiciones heterónomas supuestamente más justas.*

47 *Me parecen fundamentales las apreciaciones efectuadas en notable síntesis por VITA, Ana de. «Note per una comparazione». En Bruneta d'Usseaux y Antonino d'Angelo (eds.). Matrimonio, matrimonii. Milán: Giuffrè, 2000, pp. 143-175 , especialmente p. 167, cuando señala que la «privatización» de la familia ha salvado el modelo (matrimonial), aunque destruya su unidad. En efecto, creo convencidamente que el rechazo a la rigidez institucional y el hecho de abrirle las puertas a la unión libre ha tenido como uno de los más importantes efectos (que suelen pasar por alto quienes ven el tema con malos ojos) el generar un favorable y conveniente clima de distensión en materia familiar que podría haber llegado a extremos impensables en desmedro de la institución matrimonial.*

Las uniones de hecho, gracias al pluralismo en materia familiar, no son miradas con recelo, reprobación moral y jurídica, especialmente en el mundo occidental.[48] Existe una consideración más positiva del fenómeno, mayor tolerancia, más aceptación. Finalmente, se trata de una realidad ineludible, inocultable.

Además, las formas familiares que han surgido como alternativa al modelo único muestran que

> la familia se amolda a los intereses individuales al mismo tiempo que se desacomoda respecto de los parámetros que la sociedad ha establecido como típicos. Los individuos se «juntan» de distintas maneras según encuentren su satisfacción, y ello resulta «herético» en términos de la vida matrimonial típica pensada como base de la organización social.[49]

Como bien ha dicho Lorenzetti, la unión matrimonial sexual y la reproducción han dejado de ser el único modelo;[50] surge, en palabras del lúcido autor, una «atipicidad» que viene dada por las múltiples relaciones que no se ajustan al modelo, como ocurre, por ejemplo, con las uniones de hecho, que incide en el concepto mismo de familia.[51]

Pese a la consagración de un modelo familiar único y excluyente, el concubinato nunca desapareció como realidad fáctica. Además, aunque se trate de argumentos frecuentemente expuestos por los colectivos de gays y lesbianas o por quienes convienen en reconocer demandas de orden familiar a favor de estos colectivos, el matrimonio no fue siempre el prototipo de unión verdaderamente libre. En la Europa del medioevo y de las monarquías fue un medio de alianzas para conservar el poder de los gobernantes (y distribuirse geográficamente el continente y las colonias) y, fuera de las relaciones de poder, las nupcias eran utilizadas como instrumento de consolidación de patrimonios sin importar los afectos de los contrayentes. La idea del amor como justificación aparece recién en el siglo XVIII, pero ello no desechó seguir recurriendo a la institución como una forma de crecimiento de las riquezas familiares,[52] cuestión que, como es claro, no aplicaría a los descastados, al proletariado, diría Karl Marx. Asistimos, quiérase o no, a una etapa en la que se redimensionan los afectos —la *affectio maritales*— como fundamento de la vida en común, exista o no vínculo conyugal.

---

48 *DOTTO, Brunilla del. Op. cit., p. 879.*

49 *LORENZETTI, Ricardo. Op. cit., p. 45.*

50 *Ib., p. 46.*

51 *Ib., p. 47.*

52 *MÉCARY, Caroline y Flora LEVOY-FORGEOT. Le Pacs. París: Presses Universitaires de France-Que sais-je?, 2000, pp. 36-37.*

La pretensión de querer englobar los sentimientos y las opciones raigalmente personales a los dogmas volcados en las normas no resiste el paso de los siglos ni es capaz de contener las mutaciones que se revelan en el plano sustancial, en la dimensión sociológica y en las convicciones colectivas. En un siglo recargado de demandas de libertad, como lo fue el siglo XX; en una fase histórica como la que hemos vivenciado en la última centuria, en la que se ha acentuado la vertiente individual de los sujetos y en la que el Estado y los organismos internacionales sancionaron instrumentos universales que se convirtieron en títulos de justificación o de plasmación de nuevos derechos y de mayores espacios de autonomía; en un inocultable período de transición, que va de una sociedad que pretendió ser sometida a la consabida homogeneidad a una sociedad en la que se reconoce la diversidad, la necesidad de rescatar y respetar las culturas y los valores locales y regionales (el multiculturalismo); en un tiempo en que la posmodernidad implica las diferencias de opciones, de cosmovisión, de elección, de rechazo a la «uniformidad» con la que quiso arrasar las invencibles divergencias; etc., resulta cuestionable seguir afirmando la existencia de un modelo familiar único e ignorar los cambios que la experiencia ha puesto ante nuestra mirada.

5. Necesidad de juridificar las situaciones convivenciales

En cualquier caso, creo que, como fenómeno social, las uniones de hecho, hoy en día, tan igual como ocurre con el matrimonio, crean situaciones familiares[53] que deben ser atendidas por el derecho. Nadie duda de que las relaciones con los hijos nacidos de la convivencia no conyugal se encuentran plenamente «juridificadas», pero el tema que concita mayor preocupación es el de la regulación de las relaciones, derechos y obligaciones de los convivientes entre sí, cuando no la protección que se debe a los terceros que, confiando en la apariencia matrimonial, entablan algún tipo de vinculación jurídica con los concubinos sin que la ley les provea de soluciones adecuadas. Quizá este sea uno de los puntos más problemáticos en los sistemas legales que carecen de todo tipo de pronunciamiento o que, aun teniéndolo, no se han sumado a la euforia de los países escandinavos (que se repite en la experiencia francesa) de querer registrar las uniones convivenciales con el propósito de darles certeza, no solo para protección de los propios convivientes sino también de los terceros.

---

[53] *Silveira Ramos, Carmen Lucía. Op. cit., p. 40 señala que la «familia sem casamento» es una situación de hecho que envuelve una realidad socioafectiva que aflora espontáneamente en el mundo real, engendrando relaciones de tipo familiar. Para esta autora, la familia informal, como formación sociojurídica, existe en función de la realización de exigencias humanas e implica un espacio de solidaridad y colaboración mutuas tanto en el plano afectivo como en el material, incluido el patrimonial.*

A lo apenas dicho, creo que debe sumarse que las uniones de hecho han mostrado ser, como lo dice la frondosa legislación autonómica española sobre parejas estables, situaciones convivenciales de afectividad análoga al matrimonio, comunidades de vida, de metas, de proyectos, de asistencia y socorro mutuos, aun sin imposición de dicho deber *ope legis*. Muchas familias tienen su origen en un concubinato y sus miembros invierten en ellas sin importarles la existencia de un lazo de orden legal para asumir voluntariamente una serie de deberes, incluso de solidaridad, de fidelidad y entrega recíprocas; en suma, estamos ante comunidades de afecto en las que todo se comparte: los ingresos, los afectos, el esfuerzo, la crianza de los hijos, la adquisición de los bienes materiales instrumentales que permiten una vida digna, etc.

A ello se añade que el desconocimiento legal de las uniones libres puede favorecer la irresponsabilidad paterna o bien contribuir a someter a los más débiles, particularmente en el régimen económico y en las relaciones personales cuando hay maltrato y violencia intrafamiliar. Por ello, no cabe el silencio legislativo para desconocer uniones que se sustentan en principios de solidaridad, igualdad, unidad, justicia y equidad.[54]

Por supuesto, no podemos pasar por alto la mayor duda mostrada por todos los que han abordado el tema: el no querer traicionar la elección libre de los concubinos que han querido evitar no solo la formalidad sino también el estatuto que la ley contempla para el matrimonio. Esta duda, al ser absuelta, implicará una toma de posición respecto de qué régimen aplicar al concubinato, si es esa la necesidad que se discute, ya sea en caso de vacío legal o cuando las normas que se refieren a aquel resultan insuficientes.

Algunos son partidarios de dejar todo a la autonomía privada, sin que ello signifique abandonar al conviviente débil al arbitrio del más fuerte. En tal perspectiva, se afirma como necesario tener confianza y, al mismo tiempo, revalorizar la autorresponsabilidad de cada cual, es decir, tomar conciencia en el sentido de asumir un nuevo tipo de temperamento ante las relaciones de convivencia que vea en la libertad de elección de vivir como pareja una manifestación y reivindicación de una ansiada (y obtenida con sumo esfuerzo) igualdad de sexos. Por ello, se alega la ilegitimidad de una aplicación por vía analógica de la normativa matrimonial. Para quienes profesan esta solución, «la autonomía privada se presenta como el único instrumento jurídico capaz de garantizar una tutela más eficaz e incisiva, de carácter preventivo, al conviviente *more uxorio*, en un momento en el cual en el campo del derecho de familia se asiste al resurgimiento del instrumento

[54] *Según concluye* PITTÍ, *Ulises. «Las uniones de hecho (Sus nuevos paradigmas)». En Aída Kemelmajer de Carlucci (coord.). El derecho de familia y los nuevos paradigmas. T. III. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2000, p. 210.*

negocial».[55] Debe quedar claro, en cualquier caso, que en esta posición lo que se discute es la reglamentación de los intereses patrimoniales entre concubinos.

Otros dudan sobre si, ante cualquier posible invasión que cercene la libertad de elección de la pareja estable, no sea mejor mantener la protección recurriendo a las tradicionales figuras que pertenecen al derecho de las obligaciones u otras ramas, sobre todo para tutelar intereses de orden patrimonial.[56] Aun así, aquellos que evidencian su hesitación y que no descartan la aplicación de estos remedios no dejan de reconocer que las exigencias que son satisfechas por las uniones de hecho paraconyugales, incluso similares a las que se colman por medio de las instituciones familiares tradicionales, se colocan, en realidad, en otro plano, igualmente digno de respeto y de garantía contra el abuso, la mala fe, el maltrato. Y es en el plano de la tutela de la persona en cuanto tal en el que el sistema debe asegurar su desarrollo y las condiciones de igualdad económica y social. Es el plano en el que debe primar el valor de la solidaridad, como ha ocurrido con la legislación previsional, social y laboral que en no pocos países integran a los convivientes a los beneficios otrora reservados únicamente a los cónyuges. Lo mismo ocurre con algunas figuras civiles (sucesión en la locación, resarcimiento de daños, etc.), que demuestran que lo que está en juego es el reconocimiento de derechos o intereses fundamentales para la persona.[57]

A diferencia de Del Dotto, que libra a la autonomía privada las decisiones sobre los intereses patrimoniaes, De Vita, como es claro, parece poner mayor acento en los aspectos personales o en los derechos personales que la ley debería reconocer a los concubinos. Quizá resulte conveniente integrar, en cualquier intento de regular situaciones convivenciales no matrimoniales, ambos planos, el personal y el patrimonial, sobre todo teniendo cuenta que la libertad de elección para vivir fuera del estatuto matrimonial que se reconoce a los concubinos no debe estar privada de cierto control en caso de ejercicio abusivo de dicha libertad,[58] especialmente al momento de la terminación de la unión de hecho.

Como bien se ha señalado, una eventual intervención legislativa no podrá tener, sin más, carácter sectorial y permisivo; por el contrario, debe apuntar a garantizar adecuadamente, en el ámbito de las diversas relaciones (entre los convivientes, entre estos y el ordenamiento y entre los concubinos y terceros), la actuación de intereses y valores considerados imprescindibles

---

[55] *DOTTO, Brunilla del. Op. cit., p. 882.*

[56] *VITA, Ana de. Op. cit., p. 172.*

[57] *VITA, Ana de. Op. cit., pp. 172-173.*

[58] *FERRANDO, Gilda. Op. cit., p. 314.*

en el actual ordenamiento de las relaciones familiares, tal como resulta también del nuevo derecho de familia: la realización de principios de igualdad y de paridad entre los convivientes bajo el perfil personal, económico y patrimonial, cuando no en el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad humana y social previstos para el desarrollo y la promoción de la persona.[59]

Quiero hacer mías las apreciaciones agudas y acertadas del jurista uruguayo Gustavo Ordoqui cuando señala:

> En la tendencia a equiparar consecuencias jurídicas, que es la que se advierte en nuestro medio, [se refiere a la realidad, doctrina y jurisprudencia orientales] no se desprestigia la institución familiar, sino que, por el contrario, se consolida en la medida en que las consecuencias jurídicas vendrán marcadas por la realidad de la vida y no por el cumplimiento de las formas.
> Todos los que conviven de determinada forma deben o deberían asumir las mismas responsabilidades. Éste es el aspecto medular de nuestro tema.
> Las soluciones vienen por el lado de la «asimilaciónx y no por el enfrentamiento.
> Lo grave sería habilitar la vía de la irresponsabilidad, permitiendo que quienes mantienen una relación *more uxorio* lo puedan hacer sin asumir responsabilidades, tanto respecto de su pareja como de sus hijos.
> En realidad, el Derecho no puede obligar a vivir juntos a tal persona con tal otra, sino que lo que que puede hacer es regular las consecuencias de sus actos cuando en los hechos se constituyó una familia.[60]

No se requiere mayor y mejor argumentación.

6. Requisitos de la unión de hecho

Creo que es importante definir a qué unión de hecho nos estamos refiriendo, pues, como ha sido señalado por diversos autores, existen variadas formas de convivencia.[61]

Para ello, resulta ineludible referirnos a nuestro marco constitucional y legal, pues el ordenamiento peruano contiene una delimitación interesante. Así, el artículo 5 de la Constitución de 1993 establece: «La unión estable de

---

59 *Astone, María. Op. cit., p. 1479.*

60 *Ordoqui, Gustavo. «Matrimonio de hecho en la jurisprudencia uruguaya». En Aída Kemelmajer de Carlucci (coord.). El derecho de familia y los nuevos paradigmas. T. III. Op. cit., p. 159*

61 *Así, Dotto, Brunilla del. Op. cit., p. 880; González Moreno, Beatriz. Op. cit., p. 273; Borgonovo, Oscar. El concubinato en la legislación y en la jurisprudencia. Buenos Aires: Hammurabi, 1987, pp. 25, 27, 37 y 47.*

un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable».

Por su parte, el artículo 326 del Código Civil reza:

> La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.
> La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.
> La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de la sociedad de gananciales.
> Tratándose de una unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido.

Ambas normas son de enorme gravitación. De ellas se desprende, en primer término, que:

a) La unión debe ser voluntaria, es decir, debe surgir de la espontaneidad, conocimiento y libre albedrío de las partes (*affectio maritalis*).[62]
b) Además, debe ser una unión entre un hombre y una mujer, es decir, debe tratarse de una unión heterosexual; de esta forma, quedan descartadas las parejas homosexuales.[63]
c) Cuando ambas normas se refieren a «un» varón y a «una» mujer aluden a la exigencia de la singularidad, de la exclusividad o monogamia, que se traduce en el deber de fidelidad entre los convivientes, que muchos se

---

[62] *Mangione Muro, Mirta H. Concubinato. Rosario: FAS, 1999, p. 19.*

[63] *Bigio Chrem, Jack. «El concubinato en el Código civil de 1984». En Libro Homenaje a Carlos Rodríguez Pastor. Lima: Cultural Cuzco, 1992; Alves Martins, Flavio. O casamento e outras formas de constituçâo da familia. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 151; Mangione Muro, Mirta H. Op. cit., p. 19; Martinic y Weinstein. «Nuevas tendencias de las uniones conyugales de hecho». En Aída Kemelmajer de Carlucci (coord.). El derecho de familia y los nuevos paradigmas. T. iii. Op. cit., p. 113; Rubio Correa, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 54 (refiriéndose a la Constitución); Vega Mere, Yuri. «La eclosión de las legislaciones protectivas de las uniones homosexuales». Op. cit., pp. 259-261.*

niegan a concebir para los concubinos bajo la excusa (o denuncia) de que se trata de uniones libres.[64]

d) Cuando se hace referencia a la estabilidad o permanencia, se entiende que la pareja debe tener una comunidad de vida estable y duradera.[65] En el caso de la ley peruana, es claro que se exige un plazo mínimo de dos años. Pero debe tratarse de un lapso de dos años ininterrumpidos; la unión no puede ser sostenida —se ha dicho— de forma interrumpida, ni los dos años pueden ser producto de la acumulación de períodos discontinuos.[66]

e) La estabilidad implica, de suyo, compartir un techo común y, además, cohabitar,[67] es decir, vivir maritalmente como pareja, tener vida sexual. Como dice Beatriz González, debe haber «existencia efectiva de relación sexual», y añade luego que, dado que estas uniones constituyen una relación de afectividad análoga a la conyugal, cuando no hay hogar común, no hay concubinato. Así, quedan excluidas, por la ausencia de dicho requisito, las uniones esporádicas o circunstanciales, las homosexuales, las de los transexuales, las adulterinas, las de los mal llamados matrimonios a prueba, etc.[68] Siguen la misma suerte aquellas situaciones en las que no se comparte una vida en común y solo se comparte el lecho los fines de semana o de modo infrecuente. Así lo ha resuelto, además, la Corte Suprema, mediante sentencia del 30 de enero de 1998, al señalar que hay concubinato cuando un varón y una mujer hagan vida de casados sin ser tales, siempre que exista carácter de permanencia o habitualidad, aunque calla sobre otros requisitos. Por ello, consideró que, en el caso materia de casación en el que se discutía la atribución de paternidad al demandado, no bastó que la demandada y el emplazado

---

[64] *Martinic y Weinstein. Op. cit., pp. 116-117 se preguntan qué ocurriría con dos cónyuges que se encuentran separados de hecho y que, simultáneamente, cada uno por su lado, mantienen una unión estable, duradera, monogámica, con una persona distinta. Para estas autoras chilenas, tal hecho debe ser reconocido por el derecho y debe considerarse que el requisito de la monogamia (como patrón de la cultura judeocristiana occidental) debe entenderse satisfecho.*

[65] *Alagna, Sergio. «Famiglia di fatto e famiglia di diritto a confronto: spunti in tema di rapporti bancari». En Il Diritto di famiglia e delle persone. Fascículo. 1. Milán: Giuffrè, 2001, p. 287; López Herrera, Francisco. Estudios sobre derecho de familia. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 1998, p. 107 y ss.; Pittí, Ulises. Op. cit., p. 207.*

[66] *Bigio Chrem, Jack. Op. cit., pp. 155-156.*

[67] *Así, Mangione Muro, Mirta H. Op. cit., p. 20. Para Martinic y Weinstein. Op. cit., pp. 114-115, basta con que cohabiten, aunque no vivan bajo el mismo techo, criterio que no compartimos, pues una situación de ese tipo no implica una verdadera comunidad de vida.*

[68] *González Moreno, Beatriz. Op. cit., p. 273.*

sostuvieran relaciones sexuales en forma esporádica en dos hoteles y que luego optaran por convivir cuando la actora resultó embarazada. Igual sentido tuvo la sentencia de la misma Corte, de fecha 19 de mayo de 1994, en la cual se señaló que, en todo caso, el concubinato en la época de la concepción es uno de los supuestos para establecer la filiación extramatrimonial, de acuerdo con el inciso 3 del artículo 402 del Código Civil. En este fallo, a diferencia de la sentencia citada, se hace referencia al requisito de la notoriedad, al igual que en la sentencia de la misma Corte, del 22 de julio de 1996, en la que se alude a los requisitos de permanencia, notoriedad y singularidad.

f) Los miembros de la pareja, además, deben encontrarse libres de impedimento matrimonial. Le asiste razón a Bigio cuando señala que, en este sentido, no basta con que no sean casados, pues este autor entiende que resultan aplicables los artículos 241 y 242 del Código Civil que regulan los impedimentos absolutos y relativos, respectivamente, para contraer matrimonio.[69]

   Por cierto, el que uno de los concubinos hubiera procreado hijos en una relación distinta a la concubinaria no implica que tenga impedimento matrimonial, como lo ha resuelto la Corte Suprema mediante fallo del 9 de octubre de 1996, en el que una tercera pretendió demostrar que el concubino se encontraba incurso en tal impedimento por haber exhibido una partida de nacimiento en la que el conviviente —que había fallecido— figuraba como el padre de una menor.

g) La convivencia, sin embargo, no se «realiza y mantiene» (en palabras poco técnicas del Código Civil) para tener sexo, compartir techo y nada más. Es indispensable que la unión cumpla deberes semejantes a los del matrimonio, lo cual «implica que el comportamiento de la pareja deberá ceñirse a las pautas generales que el Código Civil señala respecto de las relaciones personales entre los cónyuges».[70]

h) Debe ser una unión notoria, pública, cognoscible por los terceros, de allí que la propia norma civil haga referencia a la «posesión de estado». No debe ser oculta, clandestina, pues ello podría denotar que la situación de los convivientes podría encontrarse al margen de tales exigencias.

i) Es evidente que las uniones libres, por ser tales, carecen de las formalidades que se requieren para la celebración del matrimonio. Los concubinos asumen una relación de manera voluntaria y así la sostienen, sin

---

[69] *Bigio Chrem, Jack. Op. cit., p. 155.*

[70] *Ib., p. 155.*

recurrir a autoridad alguna, especialmente en nuestro medio, en el que, a diferencia de las legislaciones escandinavas o de las que se inspiran en ellas (como Francia, Alemania y algunas autonómicas de España), no existen registros para las convivencia *more coniugali*.

No es requisito el que la pareja tenga hijos, aunque sea un indicio de convivencia o de relaciones maritales.

Pese a todo, aun cuando la convivencia presente los caracteres antes indicados, ella no genera estado civil distinto al que tengan los concubinos.

Cuando no se cumple con los requisitos antes señalados, se acostumbra a señalar que nos encontramos ante un concubinato «impropio», aunque no falta quien, con agudeza, señale que también podría considerarse como «forzosa» la convivencia en la que uno o los dos miembros tienen ligamen nupcial anterior del cual no pueden desprenderse,[71] muchas veces por razones ajenas a su propia intención.

El cumplimiento de tales exigencias, por lo demás, pese a la exigua regulación que tiene la unión de hecho en nuestro medio, resulta de particular interés (de la lectura del texto se desprende que la ley exige estabilidad por dos años, singularidad o exclusividad, notoriedad, comunidad de techo y de lecho, cumplimiento de fines similares al matrimonio, heterosexualidad y ausencia de impedimentos; asimismo, se da por entendido que se trata de uniones que carecen de formalidad),[72] pues la no observancia de alguno o algunos de ellos tendrá notables diferencias en cuanto a los efectos que la norma reconocerá a los llamados concubinatos impropios o imperfectos.

Es cierto, por otro lado, que el Código no castiga de manera directa al concubinato adulterino en el sentido de asignarle efectos perjudiciales a la relación convivencial en sí misma, pero podría servir de justificación para el cónyuge a fin de poder demandar la disolución del matrimonio por causal, con las consecuencias que la ley prevé en contra del comúnmente calificado como cónyuge culpable dentro de las normas del divorcio-sanción que coexisten con la reciente modificación que introduce el divorcio por el cese efectivo de la convivencia y siempre que no se hubiere cumplido el plazo de caducidad establecido por el artículo 339 del Código Civil para fundar la acción en el adulterio.

---

[71] *BORGONOVO, Oscar. Op. cit., p. 37*

[72] *También se refiere a los requisitos de comunidad de techo y lecho, singularidad, permanencia y ausencia de impedimentos PLÁCIDO, Alex. Regímenes patrimoniales del matrimonio y de las uniones de hecho. Lima: Gaceta Jurídica, 2002, pp. 378-381.*

7. La regulación de la convivencia en el Código Civil

Pese a que el legislador no ha tenido como intención instaurar un régimen de protección al concubinato, pues más bien su «ideal» es lograr su paulatina disminución y eventual desaparición (que quedará en simples deseos si se revisan las estadísticas), y no crear un matrimonio de segunda clase,[73] el artículo 326 del Código Civil reconoce algunos efectos al concubinato «propio» o «perfecto», es decir, a aquel que satisface las notas referidas en el numeral anterior, que conviene explicar para tener una idea clara de los alcances de su regulación civil.[74]

a) Relaciones personales entre los convivientes. ¿Se deben alimentos los concubinos?

El mismo legislador, que fue reticente y retrechero con las familias no conyugales, no pudo evitar reconocer que las parejas no casadas se unen para forjar una comunidad de vida, desde el momento mismo en que el artículo 326 del Código Civil señala que la unión de hecho se decide para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio.

Por ello, Bigio considera que el comportamiento de la pareja deberá ceñirse a las pautas generales que el Código señala respecto de las relaciones personales entre los cónyuges. Ello implicará, en línea de principio, fidelidad y asistencia mutuas (artículo 288), especialmente lo primero, dado que es usual perfilar la figura sobre la base de la exclusividad o monogamia.

Se ha dicho, siempre con relación al matrimonio, que, en el estatuto previsto para este, la indicación de los deberes principales entre los cónyuges, es decir, la consagración de estándares compartidos por la comunidad globalmente considerada en temas de solidaridad, asistencia, fidelidad, protección, responsabilidad social, etc., tiene un valor simbólico profundo y constructivo; y que la objeción derivada de lo que acontece en la práctica, que traiciona el modelo y, por tanto, amenaza de inefectividad las indicaciones del orden jurídico, no es determinante. Aquello que vale en tales órdenes —se asegura— es la «potencialidad», la actitud que puede devenir fuerza reguladora de la generalidad y de la normalidad de las relaciones

---

[73] *Cornejo Chávez, Héctor. Op. cit., pp. 66-67.*

[74] *Efectos que se justifican excepcionalmente para no fomentarlas, como dicen Arias Schreiber, Max; Ángela Arias Schreiber, y Alex Plácido. Exégesis del Código civil peruano de 1984. T. VII: «Derecho de Familia». Lima: Gaceta Jurídica, 2002, pp. 263-264.*

intersubjetivas. Si ello es así en el matrimonio, extender este tipo de deberes a la unión libre complica el panorama por atentar contra la reivindicación de autonomía que se manifiesta en esta.[75]

Discrepo abiertamente de tal apreciación. Nada obsta, en mi concepto, a que los convivientes esperen e, incluso, (aun sin mandato legal expreso) se exijan fidelidad, independientemente de que la violación de la misma no sea causa de disolución de la unión, dado que no se confiere al concubino ofendido ninguna acción sobre el particular, incluso si decidiera dar por concluida la cohabitación aun a costa de perder los derechos que la ley reconoce al conviviente que ha sido abandonado. Más allá de esta constatación, me parece saludable que entre quienes comparten una vida sin estar casados sea deseable un comportamiento ceñido a la lealtad, a la exclusividad, a la monogamia. Generalmente, se cree que este tipo de conductas solo son posibles en el matrimonio y no en las familias de hecho bajo el insólito argumento de que la libertad para ponerle fin relaja los patrones de conducta que se espera de la pareja.

En esta misma orientación, cabe preguntarse si los concubinos se encuentran «obligados» a hacer vida en común en el hogar de hecho que han constituido, tal como se exige a los cónyuges por mandato del artículo 289. Detengámonos un momento sobre este tópico.

Tengamos en cuenta que la obligación de vivir bajo un mismo techo no solo conlleva convivir en la misma casa, sino también cumplir (así se dice) el débito conyugal (sexual).[76]

Con agudez, Trazegnies se ha preguntado si el derecho puede obtener, con todos los medios a su alcance, que las obligaciones extrapatrimoniales de los cónyuges se cumplan. En referencia a la prestación sexual recíproca, advierte que los conflictos que se suscitan parecen imposibles de dirimir mediante un juicio. Comenta que, en los Estados Unidos, los jueces han creido inconveniente que el derecho ingrese a ese campo de las relaciones humanas.[77]

Siempre, con referencia a los cónyuges, el profesor Arechederra se interroga si los esposos están obligados a vivir juntos. Según la ley, sí, añade. Sin embargo, anota que, para la cultura actual, dicha exigencia resulta extraña, pues el matrimonio no implica sometimiento a un imperativo categórico. Por otro lado, anota que los comportamientos familiares son difícilmente reconducibles a las categorías jurídicas usuales. No deja de comentar que el

---

[75] *VITA, Ana de. Op. cit., pp. 170-171.*

[76] *ARIAS SCHREIBER, Max; Ángela ARIAS SCHREIBER, y Alex PLÁCIDO. Op. cit., p. 170.*

[77] *DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Op. cit., p. 38.*

incumplimiento de dicha obligación se estrella contra la sustancia del matrimonio.[78]

Si trasladásemos, *mutatis mutandi*, estas apreciaciones a la convivencia marital sin nupcias, podríamos pensar, del mismo modo, que ese deber de cohabitación, aun siendo incoercible (nadie se imagina a la esposa o a la conviviente ante un Tribunal pidiendo el cumplimiento del débito sexual del consorte) por encontrarse ligado con la libertad de la persona, tiene un trasfondo irrefutable y fundamental: la *affectio maritalis*, especialmente en su dimensión interna (antes que externa, pero que tampoco es despreciable), es decir, más que la rigurosa observancia de un mandato legal (a todas luces de un alto grado de inefectividad en su actuación judicial), traduce la decisión de vivir como una familia verdadera, que no solo comparte afectos e ilusiones sino también la coexistencia diaria, con todo lo que ello implica. Si partimos desde esta óptica, no encuentro ningún inconveniente para hacer extensible el artículo 289 —en su primer enunciado únicamente— al concubinato.

El artículo 290 presenta menos resistencia en cuanto a su aplicación. Los concubinos tienen el derecho y el deber de participar en el gobierno del hogar de hecho que han conformado, así como decidir el lugar en el que residirán y decidir los temas atinentes a la economía del hogar. Si los cónyuges se encuentran en la posibilidad de elegir entre diversos regímenes patrimoniales (incluso si viven bajo un régimen de separación de bienes, en el que cada cual administra sus bienes) y ello no obsta a que participen en la economía de la casa, no existe ninguna objeción para que los covivientes determinen de modo conjunto lo que más les convenga en este terreno.

El artículo 291 requiere de cierta matización. De acuerdo con su primer párrafo, si uno de los cónyuges se dedica exclusivamente al trabajo del hogar y al cuidado de los hijos, la obligación de sostener a la familia recae sobre el otro, sin perjuicio de la ayuda y colaboración que ambos cónyuges se deben en uno y otro campo. Dejo a un lado el segundo párrafo, que, más bien, abordaremos al momento de analizar las consecuencias de la terminación de la unión paramatrimonial.

Creo que tanto en las familias matrimoniales como en aquellas parejas no pasadas, ni siquiera cuando existe acuerdo de separación de patrimonios, no se acostumbra a estipularse nada sobre la contribución de cada cual al hogar; mucho menos, en lo que respecta al cuidado de los hijos. Sería un trato extraño, al menos para una realidad como la nuestra. Pero esta

---

[78] ARECHEDERRA, Luis Roberto. *«El matrimonio informal (Nadie puede querer, lo que realmente quiere, sin quererlo)». En Diez años del Código Civil peruano. Balance y perspectivas. Lima: Universidad de Lima - W. G. Editor, 1995, p. 451.*

ausencia de pactos se ve suplida por el comportamiento de los consortes, pues es claro que, si uno de ellos deja el mercado laboral (y deja de producir para dicho mercado), a fin de dedicarse al trabajo del hogar (y dedicarse a la producción familiar en palabras de Posner), quien percibirá ingresos será aquel que labore fuera de la casa. Es elemental deducir, de ello, que el presupuesto, las necesidades y los gastos tendrán que ser atendidos con tales ingresos. Además, el que la pareja se dedique a las tareas del hogar no constituye un trabajo improductivo. Antes al contrario, quien permanece en la casa aportará su trabajo (aunque no sea remunerado, tiene un valor concreto: ya sea el precio que se tendría que pagar a alguien que venga de fuera; el precio de aquello a lo que renuncia a seguir haciendo fuera del hogar quien se ocupa de este; e, incluso, el precio de dejar a un lado el desarrollo profesional y de mantenerse apto para enfrentar la competencia del mercado laboral, pues la labor doméstica lo desengancha y desactualiza).

Creo que el sostenimiento por parte de quien trabaja fuera del hogar responde a la interrogante de si los concubinos se deben alimentos durante la convivencia. Y es que, como bien se ha observado, esta cuestión se plantea normalmente a la extinción de la unión de hecho, pues durante la convivencia la asistencia recíproca se producirá de modo espontáneo.[79] Como dice Martínez Rodríguez, es más conveniente hablar de un deber de sostenimiento entre los convivientes en lugar de un deber de alimentos, siendo, incluso el primero, un deber más amplio que el de la obligación alimentaria.

Debido a la pobreza del Código, se puede dudar sobre la exigibilidad del deber de asistencia y, más precisamente, del deber alimentario. Creo, incluso, que el propio Código genera esta duda que podría derivar en una absurda doble contradicción.

En efecto, si los concubinos establecen una relación marital estable, no encuentro escollo para entender que la pareja se debe asistencia (como ocurre en Brasil gracias a la ley 9278, de 10 de mayo de 1996), en la medida que su relación se forja para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, como dice el propio artículo 326. Y el socorro mutuo es uno de dichos deberes. Pero si nos detenemos a analizar el caso concreto y particular del deber alimentario, es probable que lleguemos a la primera de las contradicciones a las cuales me refería, pues, dado que no existe norma o mandato especial, la conclusión es que los concubinos no están obligados a prestarse alimentos mientras conviven. Además, tampoco

[79] *MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves. «¿Están los convivientes de hecho obligados a prestarse alimentos?». En J. M. Martinell y M.ª T. Areces Piñol (eds.). Op. cit., p. 348.*

se encuentran comprendidos entre los obligados en el numeral 474 del Código. Sin embargo, si ellos lo han pactado de manera expresa, esos pactos son fuentes válidas de obligaciones sin más límites que los impuestos a la autonomía privada,[80] ya sea durante o después de la cohabitación.[81] Y en ello soy terco en reconocer la absoluta admisibilidad de estos acuerdos, pues no son, en nada, contrarios al orden público.

El problema se plantea cuando no hay pacto. Sobre el particular, el Tribunal Supremo de España, mediante fallos del 21 de octubre de 1992, 18 de febrero de 1993 y 11 de octubre de 1994, ha tomado en cuenta no solo el acuerdo expreso, sino también aquellos hechos concluyentes que inequívocamente evidencian la voluntad de asumir la obligación alimentaria. Posiblemente se basó en el hecho mismo de la convivencia, pero, por si no bastara, se ha sugerido que, además de la vida en común, se debe evaluar la forma en que esta se ha desarrolado, ya sea porque uno de ellos asumió voluntariamente los gastos y el otro se dedicó solo al hogar o a apoyar a quien trabaja fuera del hogar abandonando un puesto en el mercado laboral, etc.[82] Es posible que, para muchos, ello no baste y que, ante la carencia de una norma en concreto, se señale que podrá haber deber de asistencia mas no obligación alimentaria. A ello nos conduce la parquedad del Código.

La segunda contradicción que advierto, y que abordaré líneas abajo, es que la propia ley reconoce alimentos en caso de conclusión de la unión paramatrimonial cuando termina por la decisión unilateral de uno de los consortes, que abandona al otro.

En una curiosa sentencia de nuestra Corte Suprema del 7 de junio 1993, se señala que el cese de la unión de hecho no solo consiste en la terminación de la convivencia bajo un mismo techo, sino, aun si esta persiste, cuando uno de los concubinos se sustrae intencional y deliberadamente a las obligaciones emergentes de la unión de hecho. La Corte señala que, de acuerdo con el artículo 326 del Código, la decisión unilateral de uno de los convivientes de terminar la unión faculta al juez a conceder, a elección del abandonado, una indemnización o una pensión de alimentos. En el caso resuelto, la demandante exigía que el demandado la acudiera con una pensión alimenticia por haber terminado la unión de hecho de más de treinta años ininterrumpidos. El demandado, al salir a juicio, sostuvo que no era verdad que la unión hubiere cesado por cuanto seguía viviendo junto a la actora, en

---

80 *Martínez Rodríguez, Nieves. Op. cit., p. 349.*

81 *Pérez Ureña, Antonio Alberto. Uniones de hecho: estudio práctico de sus efectos civiles. Madrid: Edisofer, 2000, p. 92. Este autor, sin embargo, equipara el deber de asistencia con el deber alimentario.*

82 *Martínez Rodríguez, Nieves. Op. cit., pp. 350-351.*

el mismo inmueble. Frente a tal alegación, la Corte entendió que debía considerarse como cesación de la unión la sustracción de los deberes emergentes de la misma (que no precisa, en nada) por parte de uno de los convivientes al margen de que siguieran viviendo juntos y que nada le impedía señalar una pensión fija y permanente (sic), no obstante que el demandado pudiera estar acudiendo con una suma de dinero que resultaba exigua para subvenir las necesidades del otro. La Corte falló que el demandado asistiera a la actora con una pensión alimenticia adelantada del veinte por ciento de su haber líquido.

Esta sentencia contiene una serie de aspectos que vale la pena analizar. En primer lugar, el Supremo Tribunal alude a «deberes emergentes» de la unión de hecho que no detalla. Si quisiéramos forzar una interpretación no cabría otra que entender que se refiere a la asistencia recíproca que se deben los convivientes, a los cuales hemos considerado aplicable el artículo 288 del Código Civil. En segundo lugar, si la Corte hubiera tenido en cuenta que la asistencia constituye un deber de mayor cobertura que la obligación alimentaria, podría haber condenado al conviviente al pago de tal pensión sin incurrir en la ficción de dar por terminada la unión de hecho. El artículo 326 no autoriza a incluir como cese de un concubinato el que uno de los miembros de la pareja se sustraiga a sus deberes. Simple y llanamente, atendiendo al comportamiento que había observado el demandado por más de treinta años, debió derivar que el deber de asistencia que asumió voluntariamente había sido incumplido a partir de un cierto momento, pero debió deducir de tal comportamiento que su voluntad fue hacerse cargo de la situación económica de la actora y, por ende, obligarlo al cumplimiento del tanta vences mencionado deber de socorro. Pero, como su fallo concluye en la fijación de una pensión alimenticia, no pudo escapar al condicionamiento impuesto por el artículo 474, que no sanciona la prestación alimentaria para los convivientes *more uxorio*. A fin de encontrar una solución, que se amparase en el propio artículo 326, decidió considerar terminada la unión de hecho aun cuando siguiera habiendo comunidad de techo y no sabemos si de lecho, pero dudamos de que existiese a esas alturas.

Hace no mucho, exactamente mediante sentencia del 26 de setiembre de 2002 (en la casación 1637-2002), la Corte Suprema ha emitido un fallo sorprendente que empaña más el escenario. En efecto, en dicha ejecutoria, ha resuelto que el concubino abandonado por decisión unilateral tiene derecho a alimentos, pero que, cuando uno de ellos contrae matrimonio, cualquiere que fuere, incluso el abandonante, cesa dicha obligación alimentaria, dado que el Supremo Colegio entiende que, para que subsista el deber de asistencia a través de la pensión en cuestión, solo es exigible en tanto no

exista impedimento matrimonial en ambos exconvivientes; de esta manera, aplican de manera indebida el artículo 326 del Código. Y digo indebida, pues, si no hay concubinato por mediar abandono, no se puede recurrir a la idea de la inexistencia de impedimento matrimonial, que únicamente es predicable en caso perviva la convivencia *more uxorio*, pero no cuando ha concluido. La Corte, curiosamente, ha olvidado, sin justificación, que los alimentos tienen como finalidad asistir a quien requiere de ayuda material y que, si el abandonante contrae matrimonio, ello no desaparece, como efecto mágico, las necesidades primarias del conviviente que fue abandonado. En mi concepto, el Tribunal ha dejado pasar una preciosa oportunidad para sentar una regla necesaria: el deber de alimentos entre concubinos y a favor de quien queda desamparado por el conviviente que decide apartarse del hogar común si quien es desatendido carece de los medios para subsistir.

b) Las relaciones patrimoniales: la posibilidad de acuerdos privados entre los concubinos

A partir de la Constitución de 1979, se reconoce que la unión de hecho genera una sociedad de bienes (así la calificó el artículo 9 de dicha Constitución) entre los convivientes, que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable. La misma previsión proviene del artículo 326 del Código Civil. La actual Constitución, en cambio, se refiere a una comunidad de bienes (calificación más adecuada según Cornejo).[83]

A raíz de esta disposición, quienes se han ocupado del tema consideran que, cumplidos los requisitos que la ley exige al concubinato, se entiende configurada ipso iure esa sociedad (comunidad) de bienes. Además, se señala unánimente que los convivientes no pueden acogerse al régimen de separación de patrimonios, por cuanto el artículo 326 no dejaría opción para ello, por lo que el régimen patrimonial aplicable y obligatorio es el de la sociedad de gananciales. Solo los cónyuges pueden optar por uno u otro régimen.[84] Pero, para ello, es necesario que transcurran los dos años exigidos por la ley, pues si no serán aplicables las normas sobre la copropiedad.[85]

---

[83] *Cornejo Chávez, Héctor. Op. cit., pp. 72-73. En idéntico sentido, Plácido, Alex. Op. cit., p. 45.*

[84] *Así, Arias Schreiber Pezet, Max. «El derecho de familia y los contratos. En La familia en el derecho peruano. Libro Homenaje al doctor Héctor Cornejo Chávez. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992, p. 272; Arias Schreiber, Max, Angela Arias Schreiber y Alex Plácido. Op. cit., p. 264; Bigio Chrem, Jack. Op. cit., pp. 156-157; Plácido, Alex. Op. cit., p. 386.*

[85] *Plácido, Alex. Op. cit., p. 386.*

Además, se sostiene que, una vez que surja tal comunidad de bienes, a la cual sean aplicables las reglas de la sociedad de gananciales (sin que se convierta en sociedad de gananciales), los concubinos no pueden variar de régimen patrimonial.[86]

Discrepo abiertamente de esta apreciación, aun cuando resulte unánime la posición contraria. Para ello, parto de la premisa de la inexistencia de prohibición sobre los pactos que pueden celebrar los convivientes para regular sus relaciones patrimoniales. Simple y llanamente la norma se aplica de manera supletoria en ausencia de pacto específico y solo en ese momento (cumplidos los requisitos de la unión de hecho) los bienes se presumirán comunes.

Los pactos patrimoniales entre concubinos, que tienen como fin garantizar recíprocamente los aspectos económicos de la convivencia, resultan ser válidos.[87] Nada nos indica que ellos sean nulos o inválidos.

Si descendemos a aquello que podría ser el contenido de tales convenios, podríamos incluir los acuerdos sobre la obligación recíproca de contribuir a la necesidad del menaje familiar, la puesta a disposición de los bienes que sean de uno o de ambos, la puesta a disposición de la propia capacidad laboral y los réditos que genere o la contribución que derive del trabajo doméstico,[88] la adquisición conjunta de bienes o la adquisición separada, sin desatender las necesidades del hogar. Incluso, no veo inconveniente para que se pacte la asistencia económica en caso de estado de necesidad por encontrarse la pareja imposibilitada de generar ingresos,[89] aun después de la conclusión de la unión. También pueden estipularse reglas para la administración de los bienes o sobre el uso de la casa común cuando no exista más comunidad de techo.[90]

Es claro que los pactos a los cuales aludo (acompañados de una complementaria reforma del sistema de publicidad, cuando ello sea posible, si se les quiere hacer oponibles a terceros) se presentan como una mejor solución a la aplicación de un régimen legislativo[91] que pretende ser asfixiante. Se trataría, sin duda, de contratos atípicos[92] que posiblemente resolverían mejor

---

[86] *Ib., p. 387, quien da cuenta de que la misma solución ha sido observada por el Tribunal Registral de la Oficina de Lima y Callao mediante resolución 343-98-ORLC/TR del 30 de septiembre de 1999.*

[87] *DOTTO, Brunilla del. Op. cit., p. 889.*

[88] *Ib., p. 891.*

[89] *Ib., p. 892.*

[90] *Ib., p. 896.*

[91] *ASTONE, María. Op. cit., p. 1485; FERRANDO, Gilda. Op. cit., pp. 305 y 316-317.*

[92] *ASTONE, María. Op. cit., p. 1487.*

las controversias patrimoniales entre los interesados por permitirles organizarse de manera adecuada y anticipada. Y que no se diga que no es conveniente ampararse en la doctrina italiana bajo el argumento de que, en Italia, al no existir normas para el concubinato, ha tenido que ser la Corte de Casación la que admita los pactos, mientras que, en el Perú, sí hay legislación al respecto. También son admitidos por el Supremo Tribunal en España.[93] Lo que sostengo es que no veo impedimento, ni ilicitud ni inmoralidad para dar cabida a estos acuerdos. ¿Qué lo prohibe? ¿Una interpretación excesivamente literal del artículo 326 del Código? La sociedad de gananciales como régimen debería ser supletorio.[94] Es la tendencia: así ocurre en Francia con el PACS, en algunas legislaciones autonómicas de España o en Bélgica.

En esta misma línea, considero admisible que los concubinos puedan sustituir o apartar la aplicación, en cuanto sea posible, del régimen de la comunidad de bienes, para lo cual podrían otorgar un documento en el cual den cuenta de aquellos bienes que adquirieron y estipular la forma en que liquidarán tal comunidad, los bienes que se atribuyen a cada cual, la manera en que se atenderán las deudas contraídas en interés común, etc.

Por ello, nos hemos despachado en contra de la ejecutoria del 10 de setiembre de 2002, emitida por la Corte Suprema, en cuanto considera que los pactos de separación de bienes entre concubinos no son admitidos por el Código Civil.[95]

8. La indemnización y la concesión de alimentos al momento de la ruptura: una extraña e incomprensible confusión de conceptos y de las funciones de la pensión de alimentos y de la reparación civil

El artículo 326 del Código dispone que la unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso —añade— el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de la sociedad de gananciales.

---

93 *Pérez Ureña, Antonio Alberto. Op. cit., p. 72.*

94 *Ferrando, Gilda. Op. cit., pp. 317-318.*

95 *Vega Mere, Yuri. «Sobre el derecho de los convivientes a ordenar su patrimonio mediante acuerdos de separación de bienes y la urgencia de definir la llamada «sociedad de bienes» del concubinato. Y sobre la necesidad de modificar la jurisprudencia de la Corte Suprema». Diálogo con la Jurisprudencia, año 9, n.º 60, septiembre, 2003, pp. 83-94, Lima.*

Comencemos por lo menos complejo. Si la unión de hecho termina por muerte (natural, cerebral o presunta), el tema parece no crear mayores problemas, salvo que el conviviente no tendrá derechos sobre la herencia del consorte difunto. Si, en cambio, concluye por decisión acordada, es previsible que los interesados pongan fin al régimen de comunidad de bienes que la ley les impone. Y me pregunto: ¿puede ponerse fin a tal comunidad, a la cual se le aplica, en cuanto sea posible, el régimen de la sociedad de gananciales, por acuerdo privado, sin intervención del juez? Evidentemente, la respuesta es afirmativa y ello confirma el aserto de la plena admisibilidad de los pactos sobre el régimen económico.

En segundo término, es claro que la disolución que no se encuentra regulada por pactos ad hoc deberá seguir la suerte de la liquidación de la sociedad de gananciales en los aspectos patrimoniales. Es de esperarse que, si no existe acuerdo, las partes interesadas en reclamar alguna participación en los bienes adquiridos durante la convivencia deberán aportar las pruebas de su contribución a la adquisición de tales bienes.

Tal contribución, por lo demás, no debería implicar siempre y necesariamente acreditar la entrega de dinero (que es la mejor prueba) para tal o cual compra o inversión. También deben valorarse aspectos como la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar y crianza de los hijos y su renuncia a participar en el mercado laboral y a abandonar oportunidades de desarrollo profesional y personal como una prueba de la contribución al esfuerzo común, al ahorro o a dejar al consorte en la posibilidad de que se dedique a labores fuera de la casa. La entrega al trabajo doméstico es valiosa por sí misma. No descarto casos en los cuales se acredite que los aportes respondan a proporciones no idénticas, en cuyo caso el juez deberá evaluar las variantes que he comentado, de modo complementario.

Si no existen mayores pautas que den lugar a que el juez establezca cuotas de participación diversa, es claro que los bienes adquiridos (en ausencia de pactos, por cierto) serán reputados como adjudicables a cada conviviente en una proporción similar. Así lo ha resuelto la Corte Suprema mediante sentencia del 21 de mayo de 1998, fallo en el cual el Tribunal, en un caso de cese por decisión unilateral de unos de los convivientes, decidió reconocer que a cada concubino correspondía la mitad del inmueble adquirido durante la convivencia. Sin embargo, no se debe olvidar que, para ello, las cortes superiores, mediante acuerdo 8 del Pleno Jurisdiccional de Familia del año 1998, entienden que, previamente a la liquidación, debe encontrarse acreditada (en previo proceso) la convivencia.[96]

[96] *Plenos jurisdiccionales que, sin embargo, no tienen carácter vinculante, pues nada dice al respecto la Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo que su único propósito es dar*

Mayor dificultad presenta la solución prevista en el numeral 326 cuando la cohabitación cesa por decisión unilateral de uno de los convivientes. En este caso, la ley establece que, sin perjuicio de los derechos que resulten de la aplicación de las normas sobre el régimen de la sociedad de gananciales, el concubino abandonado tiene derecho —según el Código— a una indemnización o a una pensión alimenticia. ¿Son excluyentes ambos conceptos? ¿Acaso cumplen la misma finalidad?

Respecto de la indemnización, la escasa doctrina es bastante concisa. Mientras Cornejo no dice nada, Plácido señala que tal reparación se ordena como consecuencia de la frustración del proyecto de vida, la aflicción de sentimientos, etc.[97] Parece que Plácido encuentra como fundamento de dicha indemnización la mitigación del daño a la persona o del daño moral, aunque por cierto, en un trabajo reciente, amplía el elenco de los daños resarcibles.

Creo que la norma va más allá. En efecto, la disolución por ruptura unilateral —sin perjuicio de la liquidación de la comunidad de bienes- no solo causa perjuicios personales o morales. También puede causar daños de orden material, pero luego regresamos sobre este tema.

El problema que suscita la norma tiene que ver con la disyuntiva con la que se sancionan los derechos ya sea a una pensión alimenticia o bien a una indemnización, independientemente de las reglas sobre la liquidación de la denominada sociedad o comunidad de bienes, que, por cierto, puede tener algún nivel de gravitación.

En efecto, si consideramos que la alternativa planteada por la norma implica que el juez debe conceder una u otra cosa, olvidamos que la pensión alimenticia y la indemnización cumplen funciones del todo distintas. La primera tiene como fin asistir al abandonado por las posibles carencias que enfrentará cuando el conviviente se aparte del hogar y prive al primero de los medios para su subsistencia. La segunda, por el contrario, apunta a reparar el daño, personal o eventualmente patrimonial, producto de la decisión de dar por concluida la relación convivencial que, sin duda, puede tener efectos sobre las emociones, sobre la autoestima, sobre los proyectos de vida construidos a lo largo de la vida compartida en el tiempo. Pero la norma no parece aceptar estas diferencias incontrastables.

Con relación a la pensión alimenticia, explica Cornejo que esa no fue la propuesta que formuló como miembro de la Comisión Reformadora del

---

uniformidad a los criterios seguidos por las cortes superiores, según comenta Federico Mesinas Montero en la Presentación del volumen Guía rápida de jurisprudencias vinculantes y Acuerdos Plenos Jurisdiccionales. Lima: Gaceta Jurídica, 2002, pp. 5-9.

[97] *PLÁCIDO, Alex. Op. cit., pp. 398-399.*

Código Civil de 1936, pues la concesión de tal pensión le parece excesiva porque implica una modificación del artículo 474 del Código vigente que va más allá de la Constitución y consolida una forma de vida que, para él, no es merecedora de estímulo.[98] En rigor, el derecho a una pensión alimenticia en caso de abandono fue introducido por la Comisión Revisora (que estudió las propuestas de la Comisión Reformadora).

Sobre el particular, Bigio, que integró la Comisión Revisora, comenta que, durante los debates de esta parte del numeral, el doctor Carlos Montoya Anguerri, entonces vocal de la Corte Superior de Lima, propuso a dicha Comisión que el derecho a pedir alimentos no solo debía ser exigible entre personas que tuvieran vínculo de parentesco o de familia. Montoya expresó que consideraba justo que quienes habían vivido como marido y mujer sin estar casados, si se les reconocía derecho a los bienes, con mayor razón debían, en caso de abandono, tener derecho a alimentos. Además, señaló que el derecho a pedir alimentos tiene una vía expeditiva mucho más rápida que la acción indemnizatoria y otorga al interesado una asignación provisional de alimentos. Bigio apoyó la propuesta dada la frecuencia del concubinato en el país. Otro miembro de la Comisión Revisora, el doctor Haya de la Torre, manifestó que, en muchos casos, la pensión alimentaria podía ser más justa y necesaria que una indemnización, que, por recibirse una sola vez, podía ser administrada de forma inapropiada por el interesado.[99]

La exposición que relata Bigio da a entender que la pensión fue acogida como una alternativa por razones de celeridad procesal y de una presunta dilapidación de la suma que se recibiere como reparación. Si bien se trataba de una interesante tutela de urgencia, ello no debió cerrar la puerta a una complementaria indemnización en caso de que el abandonado acreditase daños derivados de la ruptura causada por quien se marchó del hogar.

Por otro lado, y siempre bajo nuestra posición favorable a los pactos entre los concubinos para regular sus relaciones personales y especialmente las patrimoniales, no veo inconveniente para admitir el pacto destinado a regular la prestación alimentaria a cargo de quien decide retirarse del hogar, sin perjuicio de los acuerdos indemnizatorios o de discutir la reparación en la vía judicial si no existiese ningún convenio al respecto.[100]

La pensión alimenticia tiene una fundamentación muy diversa a la reparación de posibles daños. Empecemos por decir que, cuando se termina la

---

98 *Cornejo Chávez, Héctor. Op. cit., pp. 72-73. Sin duda, me muestro totalmente lejano de una posición tan férrea como la de este autor, que desconoce la necesidad de asistir al concubino abandonado.*

99 *Bigio Chrem, Jack. Op. cit., p. 161.*

100 *Martínez Rodríguez, Nieves. Op. cit., pp. 352-353.*

unión de hecho que motiva el abandono, los afectos concluyeron, pero eso no inhibe ni deja de hacer exigible un mínimo deber de solidaridad de quien deja el hogar. Empero, el juez deberá valerse de argumentos concretos, puntuales, sólidos, que superen la dimensión moral del deber de solidaridad, basándose, al efecto, de la comprobación de las reales necesidades del abandonado y de la capacidad económica del concubino que puso fin a la unión.

Pero el tema no queda allí. ¿Cuánto tiempo va a ser exigible esa pensión alimenticia entre convivientes? Recordemos que el primer párrafo del artículo 350 del Código Civil establece que, por el divorcio, cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer. Sin embargo, el segundo párrafo de esta norma prescribe que, si el divorcio se declara por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte del culpable. ¿Qué solución debemos observar para el caso del concubinato?

Ya hemos visto cómo, con la sentencia del 26 de setiembre de 2002 (en la casación 1637-2002), la Corte Suprema ha fijado una posición poco elaborada. Con dicha ejecutoria, el tribunal ha resuelto que el concubino abandonado por decisión unilateral tiene derecho a alimentos, pero que, cuando uno de ellos contrae matrimonio, cualquiere que fuere, incluso el abandonante, cesa dicha obligación alimentaria, dado que el Supremo Colegio entiende que el deber de asistencia solo es exigible en tanto ambos (ex) convivientes no tengan impedimento matrimonial. Con esta decisión, la Corte Suprema ha desconocido la función que cumplen los alimentos y ha consagrado una salida de escape al deudor alimentario, lo que deja en el desamparo al abandonado, bajo un argumento reñido con lo que dice la propia norma, dado que la ausencia de impedimento solo aplica cuando la convivencia pervive.

En nuestra opinión, los alimentos deben prestarse mientras el abandonado carezca de medios para subsistir sin importar si el conviviente que se alejó de la vivienda común contrajo matrimonio o no. Otra cosa será discutir el *quantum* frente a las nuevas obligaciones asumidas por el exconviviente que celebró nupcias con un tercero.[101]

Es fácil advertir que, para condenar al abandonante al pago de una pensión, seguimos razonando en términos de culpabilidad, pero ello no oculta

[101] *Para* ESPINOZA ESPINOZA, *Juan. «La necesaria parificación constitucional entre la unión de hecho y el matrimonio». Legal Express, año 2, n.º 19, julio, 2002, p. 8, Lima, no solo debería concederse alimentos cuando haya ruptura por decisión unilateral, sino también cuando el conviviente carezca de medios para subsistir.*

las reales necesidades del abandonado. Por ende, creo que, para determinar el monto y la propia duración de la pensión en el tiempo, es útil recurrir al artículo 350 del Código Civil.

Si el abandonado no acredita ninguna de las situaciones referidas en el numeral 350, la pensión debería ser simbólica y muy limitada en el tiempo. Si las acredita, pero el obligado demuestra que el beneficiario de la pensión ya no la requiere, se debe ordenar la extinción de la obligación sin la posibilidad de que se active de nuevo. Es conveniente recurrir, en este caso, al primer párrafo del artículo 483 del Código Civil. Y ello es así con mayor razón en la medida que no estamos ante cónyuges sino ante exconvivientes.

También debe extinguirse la obligación cuando el exconcubino abandonado contrae nupcias o mantiene una nueva relación de hecho, pues será el nuevo consorte quien deberá asumir tal deber.[102] Distinta solución se podrá obtener si quien se casa o forma un nuevo hogar convivencial es quien abandonó a su anterior compañero (a), pues, si el abandonado todavía requiere de asistencia, la obligación perseguirá al antiguo concubino, lo que puede afectar la sociedad de gananciales que tenga el abandonante con terceros o sus bienes propios si optó por el régimen de separación de patrimonios.[103]

A su turno, la indemnización derivada del abandono no puede tener como objeto garantizar de por vida la colmación de las necesidades del abandonado. Si este obtiene ingresos o contrae matrimonio de modo que pueda ver atendidos sus requerimientos, los daños que pudiere haber sufrido no desaparecerán ni merecen ser perdonados al abandonante. Ello es algo que parece haber olvidado la Comisión Revisora.

La indemnización, por otro lado, solo podría reemplazar o hacer innecesaria la pensión alimenticia si aquella se extendiese a conceptos indemnizables diversos a los daños (generalmente morales) que padece el conviviente abandonado. Y aquí me quiero servir de la llamada indemnización compensatoria de la legislación española, tanto del Código Civil hispano para los matrimonios como de la legislación autonómica de Cataluña sobre parejas estables.[104]

---

[102] *PLÁCIDO, Alex. Op. cit., pp. 399-400.*

[103] *Ib., p. 400.*

[104] *Sobre la cual puede verse ZAMBRANO, Virginia. «Parejas no casadas e tutela del conviviente. L'esperienza spagnola e la Llei Catalana 10/1998». En Francesca Brunetta d'Usseaux y Antonito d'Angelo (eds). Matrimonio, matrimonii. Milán: Giuffrè, 2000, p. 393 y ss.; y VEGA MERE, Yuri. «La eclosión de las legislaciones protectivas de las uniones homosexuales». Op. cit., pp. 249-253.*

La ley catalana de 1998 establece una interesante compensación económica al término de la convivencia a favor de aquel que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, cuyo fin es atender una eventual situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos miembros de la pareja que implique un enriquecimiento injusto y, además (creo), para poder subvenir los requerimientos de quien carece de una fuente de ingresos. La idea me parece fascinante debido a que no siempre, al momento de liquidar la comunidad de bienes, los jueces considerarán que la dedicación de uno de los cónyuges al hogar le significará una pérdida de oportunidades que podría tener consecuencias negativas al momento en que el abandonado ya no cuente con los ingresos de quien aportaba al hogar de hecho. Además, encaja, en mi opinión, con el sentido de que tendría la indemnización a la que se refiere el artículo 326, debido a que, solo en este caso, no se la limitaría a la simple reparación del daño personal o del daño moral, sino que, asimismo, englobaría el deber de asistencia, pero siempre dentro de la causa del cese de la unión: el abandono, que, curiosamente, no es el supuesto de las leyes españolas antes referidas.

Si fuera necesario recurrir a la legislación nacional para buscar alguna apoyatura, entendería que la modificación del régimen del divorcio para introducir la disolución del vínculo por mediar separación de hecho (inciso 12 del artículo 333 del Código Civil) introdujo una interesante vía de exploración. En efecto, además de que quien invoque la separación de hecho debe encontrarse al día en el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias u otras que hubieren sido pactadas de común acuerdo por los cónyuges y del deber del juez de velar por la estabilidad económica del cónyuge e hijos que resulten perjudicados por dicha separación, el artículo 345-A establece, como una obligación del juez, el señalar una indemnización por daños, incluido el daño personal, u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión alimenticia que le pudiere corresponder.[105]

En otras palabras, y aunque restringida erróneamente al supuesto de la separación de hecho, la norma apenas aludida diferencia claramente entre la indemnización de daños, que se pagaría con una suma capital (ya sea el daño personal[106] o bien el patrimonial, o ambos) o con una separación no proporcionada de los bienes gananciales (para reparar el daño patrimonial),

---

[105] *Indemnización que, tal como lo ha resuelto la Corte Suprema con la ejecutoria del 11 de julio de 2003 (casación 600-2003), debe ser establecida obligatoriamente por el juez.*

[106] *Es decir, la pena, el sufrimiento, la aflicción, el padecimiento; casi siempre se tratará de un daño moral o bien un daño psicológico, que es ya un estado patológico que supera el sufrimiento para comprometer la salud y transformarse en un auténtico daño a la persona.*

y la pensión alimenticia, que tiene como fin garantizar la subsistencia del mismo cónyuge que es indemnizado.[107]

La misma lógica debe observarse al momento de interpretar y aplicar el artículo 326 del Código para la unión de hecho en el caso de abandono. El conviviente que no decidió la separación debe ser asistido con la pensión alimenticia que asegure su sobrevivencia, pero también se le debe reparar los daños que sufra, ya sea tomando parte mayor de los activos que conforman la comunidad de bienes o bien condenando al abandonante al pago de una suma capital como resarcimiento. Esta es la única solución justa que los jueces deben consagrar.

El operador, el intérprete, debe tomarle el pulso a la realidad de lo que acontece en la familia y no cerrar los ojos ante el abrumador porcentaje de hogares en los que uno de los convivientes padece el abandono sin importar si existe o no un convenio matrimonial entre los concubinos. No podemos seguir callando que el silencio del legislador es cómplice de situaciones injustas y que, para ello, atañe al juez dar una lectura recreativa y pacificadora al ordenamiento legal.

9. Y, si la ruptura se produce por obra de un tercero, ¿tiene el conviviente derecho a la indemnización por muerte de su concubino?

Comentan Mécary y Levoy-Forgeot que, en 1937, la Cámara Civil de la Corte de Casación francesa rechazó la demanda de indemnización de una concubina que había emplazado al responsable de la muerte de su compañero. La Corte consideró que era indispensable exhibir un interés legítimo jurídicamente protegido para obtener la reparación, cuestión que no se había dado, pues la actora vivía fuera de matrimonio (único modelo legitimador de la familia, como hemos dicho). Después de más de veinte años, en 1959, la Cámara Penal (o Criminal) de la misma Corte admitió la indemnización siempre que el concubinato fuera estable y no adulterino.

Fue necesario esperar hasta el 27 de enero de 1970 para que la Cámara Mixta de la Corte de Casación (lo que en el Perú sería un Pleno Casatorio) unificara los criterios de ambas salas y admitiera la indemnización a favor

[107] *Además, como ha sido precisado adecuadamente por* PLÁCIDO, *Alex. «La obligación del Órgano Jurisdiccional de velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado por la separación de hecho». Diálogo con la Jurisprudencia, año 9, n.º 67, abril, 2004, p. 45 y ss., especialmente 49-54, Lima, el cónyuge a cuyo favor se fija la reparación debe ser quien no motivó la separación.*

del conviviente supérstite por la pérdida de su consorte aun cuando este hubiere estado casado.[108]

En Italia, el panorama es similar, pues, en este país, la Corte de Casación, mediante fallo del 27 de octubre de 1994, ha considerado que,

> dado que el daño sufrido por el tercero [daño moral] es excepcionalmente resarcible bajo el único presupuesto de haber sido «causado» por un hecho ilícito penalmente calificado, la tutela resarcitoria debe fundarse en una relación de interés del tercero con el bien protegido con la norma incriminatoria, argumentable, en vía de inferencia empírica, en base a un estrecho vínculo familiar (o parafamiliar), como la convivencia *more uxorio*.[109]

En nuestro medio, Espinoza ha reclamado el mismo derecho a favor del concubino, bajo la argumentación de que la conviviente, ante tal lesión, es titular de un interés legítimo que no puede quedar desamparado, basándose en el artículo 4 de la Constitución, que protege a la familia sin distingos basados en el vínculo matrimonial.[110]

En todo caso, debe tenerse presente dos cuestiones: a) no solo se debe reparar el daño moral, sino también la privación del sustento del conviviente, de modo que no quede desamparado; y, b) para ello, será indispensable modificar el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, que limita la acción sustentada en el interés moral (no así el económico, lo que ya es bastante para reclamar el resarcimiento por la pérdida de los ingresos del concubino muerto) al agente (actor) y a su familia, dentro de la cual el Código no incluye a los convivientes.

---

[108] *MÉCARY, Caroline y Flora LEVOY-FORGEOT. Op. cit., pp. 85-86.*

[109] *FERRANDO, Gilda. Op. cit., p. 305 (nota 13).*

[110] *ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Op. cit., p. 9*

Representación sucesoria y el derecho de transmisión*

César Fernández Arce**

1. Veinte años de la puesta en vigencia del Código Civil de 1984 es un tiempo suficiente para evaluar el trabajo de reestructuración del Código anterior de 1936, que comenzó en 1965 cuando, frente a una necesidad sentida, el entonces ministro de Justicia, doctor Carlos Fernández Sessarego, constituyó la denominada Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil de 1936, cuya existencia ha perdurado 48 años. La reforma que inicialmente se pensó concluyó en un nuevo Código. El proceso de maduración tomó 19 años y tuvo el valiosísimo aporte de juristas distinguidos.

Este Código tiene interesantes innovaciones, como el reconocimiento de la calidad del concebido como sujeto de derecho. Asimismo, se ha dado autonomía legislativa al acto jurídico desprendiéndolo del libro sobre obligaciones. En materia de sucesiones, son también muchas las novedades, como los casos de excepción de responsabilidad absoluta, artículo 662; competencia judicial, artículo 663; acciones sucesorias, artículos 664 al 666; representación sucesoria, artículos. 681 al 685; la legítima como derecho aplicable en las sucesiones testamentarias como intestadas, artículos. 723 al 733; separación de la legítima del cónyuge sobreviviente de su derecho de gananciales, artículo 730; derecho de habitación vitalicio y gratuito, artículos 731 y 732; derecho de acrecer, artículos 774 al 777; causas del decaimiento del testamento artículos 798 al 814; entre otras.

En el vigente Código Civil, se advierte no solo una mejor división de las materias, distribuidas en diez libros, sino también un trabajo actualizado, cuya importancia ha sido destacada por notables juristas nacionales como extranjeros.

---

* *Este artículo fue, originalmente, una ponencia.*

** *Profesor principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.*

A diferencia de los anteriores Códigos Civiles, de 1852 y 1936, el actual acusa marcada influencia del Código Civil italiano de 1942; este es el tercero de los grandes modelos junto con el francés de 1804 y el alemán de 1896.

Los códigos, como reguladores de la conducta social, tienen vocación de permanencia; empero, resultan saludables sus revisiones jurídicas periódicas, sin que por esto se justifique la multiplicación de códigos, porque puede atentar contra el orden y seguridad jurídicos. Además, resulta injustificado, porque las condiciones que fundamentan su modificación no cambian como del día a la noche.

2. El tema de mi exposición es la representación sucesoria y el *ius delationis* en el Código Civil de 1984.

a) El derecho de representación sucesoria constituye una excepción a la regla del grado y garantiza el derecho igualitario de las estirpes y sus descendientes con la sucesión del causante común.[1]
b) La representación sucesoria es una institución antigua, anterior al derecho romano. Así, encontramos atisbos en la India y en la Grecia antigua anterior a Demóstenes. También es anterior a la Ley de las Doce Tablas y, según las fuentes clásicas, la denominaron «*Successio in locum*».
   Son los jurisconsultos medievales los que le dan el nombre inapropiado de representación sucesoria, que el Código Francés de 1804 lo acuñará oficialmente, expresión que perdura más por el peso de la tradición jurídica.
c) Su función en el derecho romano antiguo consistió en trasmitir a los descendientes de un hijo premuerto la cuota hereditaria de este, a los que la ley defiere directamente la herencia del abuelo.
d) Lo peculiar de esta figura no estaba tanto en el llamamiento otorgado *ex lege* a los nietos, sino más bien en la transmisión de la misma cuota hereditaria que pudo corresponder al hijo de no haber premuerto. La transmisión de esta misma cuota o *quantum* hereditario es el objeto de esta «*Successio in locum*», que era distribuida por estirpe entre los nietos, o sea, entre los descendientes del hijo premuerto. Esta es la razón de ser que estructura esta figura.
e) En la época clásica, se consideraba equitativo que los nietos fueran colocados en el lugar y grado del hijo premuerto.

---

[1] *Planiol, Marcel y Rouge Ripert. Derecho Civil francés. T. iv. La Habana: Cultural, 1933, p. 81-82.*

f) Hay entonces un criterio de igualdad, como señalaba el ilustre jurista romano Gayo y que después remarcará Vattier Fuenzalida en su obra *El derecho de representación en la sucesión mortis causa* cuando expresa que «lo que importa en este instituto es que no se rompa el equilibrio de intereses: el de los representantes en ser llamados a recibir la cuota hereditaria que habría sido deferida al representado y, asimismo, el interés de los demás herederos llamados a la misma sucesión en no resultar afectados por el llamamiento de aquellos».

g) Es principio de la representación sucesoria en la actualidad que la muerte del padre o madre antes que la del causante, o su renuncia, o la declaración de indignidad o de desheredación de que puede ser pasible, no debe afectar económicamente a sus descendientes (representantes), pero tampoco beneficiarlos a costa del derecho hereditario de los otros coherederos del representado. Esta es la tesis correcta.

h) Entre muchos autores, Planiol y Ripert, Baudry y Lacantinerie y los exégetas medievales señalan la existencia de dos modos de suceder:

(i) por derecho propio,
(ii) por representación.

En el primer caso, el principio del mejor derecho se aplica estrictamente y responde a criterios legales que descansan en el principio del mejor derecho, cuya naturaleza es de orden público, o sea, necesario, e invariablemente imperativos que prescriben de modo absoluto ciertos actos u omisiones sin admitir su eventual derogación por la voluntad privada tal como expresa Savigny al comentar aquella definición que da el Digesto, Libro II, Título 14, ley 38.[2]

Ejemplo de la sucesión por derecho propio es el caso de los hijos que heredan al padre a su muerte. Entre ambos no hay grado intermedio. La distribución de la herencia se hará por cabezas.

En el segundo caso, el principio del mejor derecho se rompe para dar paso, por excepción, a otros descendientes de grado ulterior al del primer llamado, que no quiere o no puede recibir la cuota hereditaria que pudo corresponderle.

Ejemplo: el causante tiene dos hijos: A y B, que a su muerte le sobreviven; pero uno de ellos, o sea B, que tiene tres descendientes, renuncia a su calidad de heredero. En tal caso, A, que es heredero del primer grado, coheredará con los descendientes de B, que son del segundo grado. En tal caso, estos heredan por estirpe al causante y aquel, por cabeza.

---

[2] VON SAVIGNY, Federico. *Sistema de derecho romano actual. T. I. Madrid, p. 94 y ss.*

i) ¿Este criterio doctrinario de la dualidad de modos de heredar es correcto? Creemos que no.
Analicemos la pregunta. En el llamamiento sucesorio, el heredero debe cumplir tres requisitos fundamentales para ser considerado idóneo: existencia, dignidad y mejor derecho.

j) El mejor derecho tiene especial relación con la llamada representación sucesoria porque esa regla sufre una excepción, dado que el representante no es heredero directo e inmediato aun cuando su derecho a la herencia del causante no deriva del derecho del representado, ya que este, por encontrarse en alguna de las causas que precisa nuestro Código Civil, artículo 681, es considerado como si realmente no hubiera sido llamado; por tanto, no es heredero y carece, así, de derecho alguno a la herencia del causante. En consecuencia, el representante o los representantes son considerados como los primeros llamados a la herencia del causante por derecho propio. Su derecho no es derivado, porque el representado, al carecer de título hereditario respecto del causante nada que hubiera pertenecido a este le puede ser trasmitido.

k) Entonces, si los representantes heredan al causante también por derecho propio, la división doctrinaria de Planiol y Ripert carece de sustento. En esta concepción tradicional, que contrapone la sucesión por derecho propio y derecho de representación, hay dos contradicciones:

   I. Si los representantes heredaran por representación del representado y no por derecho propio, debería este último suceder al causante, y eso no ocurre. Además, es imposible cuando se da alguna de las cuatro causas antes citadas (art. 681 del Código Civil).

   II. Si los representantes vinieran a la herencia solo por representación y no por derecho propio, solamente podrían suceder al causante si el representado fuera, a su vez, capaz de sucederle o no hubiera renunciado a su herencia.
   Por eso, debe afirmarse que por la representación sucesoria son llamados y sustituidos en la posición del representado directamente por la ley.
   Lo propio es afirmar que los modos de sucesión se dan por cabezas y por estirpes

l) La representación sucesoria es un tema problemático y de los más debatidos en la doctrina y la legislación comparada.

m) La representación sucesoria destruye el principio de la proximidad de grado y, asimismo, el derecho de acrecencia, porque son los descendientes ulteriores del representado los que acceden al derecho hereditario del causante y porque, al ser el derecho de acrecencia propio de

los coherederos, cuando alguno de ellos no quiere o no puede aceptar la herencia y tiene descendientes, el derecho de acrecer no prevalece a pesar de haber coherederos de grado más próximo al causante. El artículo 774 del Código Civil destaca esta nota. Por tanto, si dos son los herederos forzosos instituidos por el causante y uno de ellos premuere, la cuota de este acrecerá a favor del otro coheredero, a no ser que el imposibilitado haya dejado descendientes, caso en que operará la representación sucesoria.

n) Son también especialidades del derecho de representación sucesoria la división por estirpes y la colación.

La aplicación del derecho de representación no solo prevalece al derecho de acrecer, sino que, además, son llamadas a la herencia del causante personas que, de no existir el amparo legal de la representación sucesoria, estarían excluidas de la misma. Y, como ya dijimos anteriormente, la distribución de la cuota hereditaria que pudo corresponder al representado tiene por objeto mantener el equilibrio entre todos los herederos, independientemente del número de representantes; por eso, para mantener esta igualdad legal, esta obliga a que los representantes tengan que colacionar a su cuota hereditaria las donaciones que el causante en vida hubiera efectuado a favor de alguno o alguno de los que en el futuro serán sus herederos, salvo dispensa, caso en que solo afectará la cuota de libre disposición y no se imputará a la legítima de los representantes. La dispensa de colación será eficaz en la medida que no exceda la aludida cuota de libre disponibilidad. Si hay exceso, entonces se imputará a la legítima de estos (art. 831 del Código Civil)

ñ) Por influjo de la doctrina italiana, el campo de aplicación de este instituto, que antes se aplicó a la sucesión legal o intestada, ahora se admite también en la sucesión testamentaria porque, como afirma Vattier Fuenzalida,[3] se trata de una figura que juega en el complejo mecanismo de la transmisión *mortis causa* y aparece ligada al proceso que se inicia con la apertura de la sucesión y culmina con la adquisición de la herencia. Ambas clases de sucesiones se encuentran en un mismo plano sin que exista prevalencia de una sobre la otra.

o) El derecho de representación no puede ser ignorado por el testador cuando la ley lo impone. Esto se ve claramente, sobre todo, en la línea recta descendente, porque los descendientes del representado tienen la calidad de herederos forzosos, cuyas normas legales reguladoras son de orden público.

---

[3] *FUENZALIDA, Vattier. El derecho de representación en la sucesion mortis causa. Madrid: Montecorvo, 1986.*

p) Betti se equivoca, en nuestra opinión, al afirmar que, por la representación sucesoria, el representante subentra en la posición jurídica del representado, porque describe solamente el aspecto subjetivo y mal, ya que aquel no ocupa el puesto del representado ni sucede a este, por derecho de representación propiamente dicho, sino al causante. Y esto es propio de la sucesión indirecta. Pero, además, olvida señalar el elemento objetivo que está dado por el contenido del llamamiento, lo cual es esencial. El subentrar es una ficción innecesaria e inapropiada.

q) Tiene lugar la representación sucesoria en un momento anterior a aquel en el que la trasmisión *mortis causa* queda consumada por la adquisición definitiva e irreversible de la herencia, o sea, por la aceptación.

r) La vocación sucesoria solo tiene eficacia cuando muere el causante; allí es donde se abre el proceso hereditario, siendo la delación uno de sus efectos, que consiste en atribuir al llamado el derecho a suceder mediante el ejercicio de la delación.

s) *En la representación sucesoria, la vocación y la delación respecto del representado no existen realmente*. Antes bien, en tales supuestos, tanto la vocación como la delación pasan *ex lege* al representante mediante lo que técnicamente se denomina vocación y delación indirecta.

t) Hay otra particularidad relevante en la representación sucesoria: mientras la designación del representado puede provenir del testamento o de la ley, la del representante es siempre producto de la ley.

u) La sucesión por representación es propiamente una sucesión indirecta porque, como señala Vattier Fuenzalida,[4] su especialidad no se funda tanto en la vocación y en la delación, sino más bien en el mecanismo complejo de individualizar al sujeto y el objeto en esta figura.

v) Por lo anteriormente expuesto, podríamos definir la representación sucesoria como un derecho establecido por la ley por el cual los descendientes del primer llamado (representantes) pueden acceder a la herencia del causante cuando aquel (el representado) no quiere o no puede recibirla; debido a ello, se distribuye, entonces, la cuota hereditaria de este entre aquellos por estirpe. También procede en la línea colateral pero limitado a los hijos de los hermanos.

w) El Código Civil francés de 1804 y algunos autores como Potier señalan que la representación sucesoria se funda en una ficción de la ley, por virtud de la cual los hijos se aproximan y sitúan en el grado del parentesco que ocuparían el padre o la madre por hallarse vacante, para así suceder al difunto en su lugar por estirpe, con los otros hijos

[4] *Ibid., p. 71.*

del mismo. Esta tesis es errónea porque no responde a una realidad. Es la ley la que la fundamenta, como señala la inmensa mayoría de autores. La ficción no resulta válida porque, para el derecho, que es realidad, la ficción es su negación.

¿Qué se debe presumir como contrario a la realidad? se pregunta Planiol. Si fuera la supervivencia del premuerto, los descendientes de este solo tendrían los derechos que este les trasmitiera, pero la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo y afirman que el representante no goza de sus derechos como heredero del representado, sino que ejercita derechos personales. Por tanto, no se puede afirmar que todo ocurre como si el representado sobreviviera. Lo único razonable es afirmar que el representado tiene importancia para establecer la base de los derechos hereditarios de los representantes en relación con los demás herederos respecto de la herencia del causante.

x) En la representación sucesoria hay dos elementos:

(i) *Subjetivo*: predeterminación por la ley de los descendientes ulteriores al representado, con criterio preferente según los órdenes sucesorios y grados. El título del llamamiento es, pues, la propia ley. No difiere en su estructura esencial de la sucesión intestada.

(ii) *Objetivo*: está determinado por el *quantum* hereditario que la ley defiere por estirpe a los representantes. Es propio y exclusivo del derecho de representación sucesoria.

y) Betti afirma, en su obra *Derecho de Sucesiones. Parte General*, publicada en Italia en 1977, que, en la representación sucesoria, conviene distinguir el título de la vocación por el que se sucede y la posición jurídica en que se subentra. El título es propio y autónomo del representante y la posición jurídica del lugar y grado, en cambio, es la que corresponde al representado.

Discrepamos en este último punto porque, como ya dijimos anteriormente, los representantes no necesitan ocupar el lugar y grado del representante. Esta es una ficción, dado que su derecho no es derivado; estos no tienen por qué ocupar el grado de alguien que es considerado como si nunca hubiera sido llamado a heredar al causante.

z) Se debe recalcar que la obligación de colacionar que tienen los representantes respecto de las donaciones hechas por el causante al representado se justifica por la necesidad de integrar al haber hereditario para una adecuada y justa división de la herencia entre los partícipes (art. 841 del Código Civil).

***

Tres son las notas características de la representación sucesoria:

(i) Llamamiento por derecho propio. No deriva del derecho de representado para recibir la cuota del causante.
(ii) División de la herencia por estirpes.
(iii) Obligación de colacionar.
(iv) No abarca la cuota de libre disposición que puede ser otorgada vía legal, porque los legados caducan por premoriencia renuncia o declaración de indignidad (arts. 667, 674 y 772 del Código Civil) y, al caducar, se reintegra a la masa hereditaria; corresponde, entonces, a los herederos legales según el orden sucesorio establecido por la ley (art. 776).

Naturaleza jurídica

1. Subrogación legal

A partir del siglo XVII, surge en el derecho francés.

Tiene lugar cuando una persona sucede y entra en el lugar y puesto de otra para ejercer sus derechos y acciones.

Es una figura del derecho de obligaciones y no tiene nada en común con la representación sucesoria.

Crítica

- En la representación sucesoria hay un único llamamiento sucesorio que se hace al representante por derecho propio, respecto de una cuota hereditaria que habría correspondido al representado, pero que no tuvo lugar porque no quiso o no pudo recibirla. En consecuencia, el representante no puede subentrar en la posición jurídica del representado.
- Si no ha habido sucesión a favor de representado, mal puede haber subrogación.

2. Sustitución legal

Se afirma que el representante, al ocupar el puesto del representado, lo sustituye, lo reemplaza, por virtud de la ley.

Crítica

- La sustitución es voluntaria y la representación sucesoria se funda en la ley.
- El sustituto nada recibe del presunto sustituyente en la representación sucesoria. ¿Qué objeto tendría entonces la sustitución?

3. Ius trasmisionis

En esta figura, el llamado originariamente para heredar al causante muere después que este, dentro del plazo que tenía para ejercitar su derecho personal de delación, sin haberlo hecho. En tal caso, este trasmite a sus herederos dicho derecho personal de delación respecto de la herencia del causante dentro de un haz hereditario que tiene:

- La herencia propiamente dicha del trasmitente, que comprende también el derecho personal de delación respecto de la herencia del causante.
- Esta figura está regulada por el artículo 679 de nuestro Código Civil.
- Entre la representación sucesoria y el *ius trasmissiones* hay semejanzas y diferencias, por lo que es correcto asimilarlo a esta figura.

Semejanzas

- En ambos casos, el derecho hereditario del causante es recogido por los descendientes del primer llamado.
- Es viable tanto en la sucesión testamentaria como en la legal.
- El fundamento de ambas figuras descansa en la ley.
- No procede en casos de legados porque la herencia solo puede recibirla en su integridad el heredero cuya institución es siempre a título universal.

Diferencias

- El derecho de representación sucesoria se funda en consideraciones de orden público estrictamente familiar. En cambio, se basa en razones técnicas porque, en toda sucesión, se trasmiten solo los derechos y obligaciones patrimoniales no inherentes a la persona del causante y, además por excepción, el derecho personal de delación.
- El derecho de representación sucesoria solo se da en nuestro ordenamiento legal al igual que en muchas legislaciones de Iberoamérica, en línea recta descendente de modo ilimitado y eventualmente, además, en la línea colateral pero limitada a los hijos de los hermanos del cau-

sante. En el caso de la transmisión del derecho de delación, el trasmisario puede ser cualquier clase de heredero: forzoso o voluntario, sea pariente o no, cónyuge o ascendiente, etc. No prevalece, pues, al carácter familiar necesariamente.

La representación sucesoria prevé los casos de premoriencia, renuncia, declaración de indignidad y desheredación del primer llamado (representado). En el otro, se aplica en un solo caso: posmoriencia del trasmitente.

- En la representación sucesoria, el representante hereda al causante de modo directo por derecho propio dispuesto por la ley. En cambio, en el otro, el derecho del trasmisario para ejercitar la delación respecto de la herencia del causante deriva del derecho del trasmitente.
- En la representación sucesoria, el representante puede renunciar a la herencia del representado y aceptar la del causante, porque su llamamiento es directo y por derecho propio. En el otro, el trasmisario no podrá aceptar o renunciar a la herencia del causante si antes no ha aceptado la herencia del trasmitente, porque su llamamiento a la herencia del causante es indirecto, ya que deriva del derecho que tuvo el trasmitente.
- Si el trasmisorio renuncia a la herencia del trasmitente, perderá el derecho de delación respecto a la herencia del causante.
- En la representación sucesoria, hay una sola sucesión: la del causante; en la otra, hay dos: la del trasmitente y la del causante.

4. Mandato

La representación sucesoria, se afirma, sería una suerte de mandato.

Crítica

Es diferente a la representación sucesoria:

- El mandato termina con la muerte del mandante, mientras que la representación sucesoria empieza al abrirse la sucesión del causante.
- El mandatario actúa en nombre, por cuenta y en beneficio del mandante, mientras que, en la representación sucesoria, el representante interviene a nombre propio y en su exclusivo beneficio. No es por cuenta de nadie.
- El mandato depende de la voluntad del mandante, mientras que la representación sucesoria se funda en la ley.

Ninguna, pues, de estas figuras satisface plenamente. Su naturaleza es

de un tipo especial de sucesión *mortis causa*, que se halla sujeta a un régimen legal particular que regula los dos elementos que la constituyen.

La representación sucesoria en nuestro Código Civil

a) Supuestos de hecho (arts. 681 y 683)

Línea recta descendente ilimitadamente: premoriencia, renuncia, indignidad y desheredación.
Línea colateral: premoriencia, renuncia e indignidad.
En el artículo 683 hay un error que debe corregirse cuando señala que la línea colateral opera por las mismas causas que la anterior. Sabemos que la desheredación solo puede imponerse a los herederos forzosos (art. 742).

b) Mecanismo por el que la ley designa al sucesor o sucesores

En la sucesión hereditaria uno de los requisitos para el llamamiento reposa en el orden sucesorio. La excepcionalidad en la representación sucesoria se da porque la ley permite que puedan coheredar herederos de diferente orden sucesorio. Además, los representantes deben ser idóneos para heredar al causante, aunque no lo sean respecto del representado, salvo el caso del artículo 667, inciso 1.

c) Técnica de determinación indirecta del **quantum** *hereditario que se les defiere*

1. En la línea recta descendente, caso de estirpe única, que ocurre cuando el causante tiene un solo hijo y este no quiere o no puede recibir su cuota hereditaria, dicha cuota la recibirán por estirpe sus descendientes, si los hay.
2. En línea recta descendente, cuando hay varias estirpes con diferentes descendientes ulteriores y todos ellos son de igual grado, se aplicarán las reglas de la representación sucesoria.
3. En la línea colateral, cuando concurren hermanos del causante con hijos de otros hermanos (hijos de estos), se aplicarán las reglas de la representación sucesoria respecto de los hijos del hermano que no quiere o no puede recibir la herencia en cuanto a los otros hermanos instituidos, éstos recibirán por cabeza su cuota hereditaria.
4. En la línea colateral, cuando concurren hijos de varios hermanos del causante, si todos estos están fallecidos (premuertos) o impedidos por

otra causa legal, no opera la representación sucesoria, sino el principio del mejor derecho, conforme a los artículos 816 y 819 del Código Civil, o sea que el reparto de la herencia se hará por cabezas.

5. Cuando el instituido es el único hermano del causante y este no quiere o no puede recibir la herencia, se aplicarán las reglas del mejor derecho, de conformidad con el artículo 828 del Código Civil.
6. En la línea colateral, cuando concurren con un hermano del causante tres nietos de otro hermano que no quiere o no pudo recibir la herencia, no habrá representación sucesoria respecto de estos, porque la representación sucesoria está limitada a los hijos de los hermanos premuertos, es decir, sobrinos del causante (artículos 683 y 828).
7. En la sucesión intestada en línea colateral, cuando concurren con un hermano bilateral del causante los hijos de un medio hermano que no quiere o no pudo recibir la herencia, habrá representación sucesoria para estos hijos del medio hermano; por ello, les corresponderá por estirpe lo que le hubiese correspondido a su representado, es decir, una cuota igual a la mitad de la cuota sucesoria de un hermano germano o bilateral, conforme a lo dispuesto en la regla del artículo 829 del Código Civil.
8. En la sucesión testamentaria en línea colateral, cuando concurren con un hermano bilateral del causante los hijos de un medio hermano que no quiere o no pudo recibir la herencia, habrá representación sucesoria para estos hijos del medio hermano; así, les corresponderá por estirpe lo que le hubiese correspondido al representado independientemente de tener monovínculo, ya que, en la sucesión testamentaria, es el causante quien determina la cuota hereditaria de sus hermanos (art. 737).
9. En la sucesión testamentaria, para que opere la representación sucesoria en línea colateral, no es necesario que el causante instituya como herederos a la totalidad de sus hermanos; basta con que instituya solo a dos para que, así, se cumpla el requisito de concurrencia que exigen los artículos 683 y 828 del Código Civil, es decir, para que haya pluralidad de estirpes.

   ¿Por qué? Clemente del Diego responde con acierto al afirmar que, cuando concurren sobrinos y tíos, la representación sucesoria evita el perjuicio de estos últimos, puesto que aquellos perjudicarían a los tíos a pesar de su mayor proximidad si heredasen por cabezas, mientras que, si concurren a la sucesión sobrinos solos, desaparece el derecho de representación, porque tal perjuicio no existe, al no existir o no suceder, los tíos del causante.[5]

[5] *Diego F. Clemente del. El derecho de representación en la reserva del art. 811 del Código Civil. RDP 1927, tomo III, p. 303.*

10. Finalmente, es menester recordar que, en la sucesión testamentaria en línea colateral, funciona la representación sucesoria, salvo disposición contraria del testador, quien puede disponer un sustituto al hermano que no puede o no quiere recibir su cuota hereditaria por tener este la calidad de heredero voluntario (arts. 685 y 740 del Código Civil).

d) Campo de actuación

El artículo 685 señala lo siguiente:

> La representación sucesoria resulta aplicable tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada, cuando se trata de la línea recta descendente. En cambio respecto de la línea colateral si bien resulta aplicable en la sucesión intestada cuando se trata de la sucesión testamentaria, empero, se aplicarán las reglas de la representación sucesoria si el testador no hizo caso del derecho de sustitución que el art. 740 le permite.

Conclusiones

I. La representación sucesoria ha tomado como modelo al Código Civil italiano de 1942.

II. Son observables tres normas legales por deficiencias en la redacción; por ello, es necesaria su modificación:

a) Artículo 681 del Código Civil:
Herederos por representación
Por la representación sucesoria los descendientes ulteriores de un ascendiente tienen derecho para recibir la herencia que a este habría correspondido por haber premuerto, o renunciado o declarado indigno o desheredado.

b) Artículo 683 del Código Civil:
En la línea colateral solo hay representación para que al heredar a un hermano, concurran con los tíos, los hijos de los hermanos que no quieren o no pudieron heredar.

c) Articulo 819 del Código Civil:
La misma igualdad de derechos rige la sucesión de los demás descendientes. Estos heredan a sus ascendientes por cabeza o por estirpe de conformidad con el artículo 681 del Código Civil.

El principio de la responsabilidad patrimonial y sus limitaciones*

Mirzia Bianca**

1. La relación entre responsabilidad personal y responsabilidad patrimonial. Crítica a la teoría del débito y la responsabilidad

El principio de la responsabilidad patrimonial está contenido, formalmente, en el primer párrafo del artículo 2740 del Código Civil italiano, en el que se prevé de manera expresa que «el deudor responde del cumplimiento de la obligación con todos sus bienes presentes y futuros». En el segundo párrafo del mismo artículo, se dispone que «las limitaciones de la responsabilidad no se admiten sino en los casos establecidos por al ley», con lo cual se establece un impedimento a la creación de excepciones a tal principio por parte de los particulares.

El principio de la responsabilidad patrimonial consiste, entonces, en la sujeción del patrimonio del deudor al derecho de satisfacción coactiva de los créditos,[1] que representa la garantía genérica de estos. La doctrina distingue tal responsabilidad de la responsabilidad personal por incumplimiento de la obligación debida, principio que se encuentra recogido

---

* *Título original: «Il principio della responsabilità patrimoniale e le sue limitazioni». Ponencia expuesta en el congreso «El Código Civil del 1984: veinte años de vigencia. Pasado y futuro», celebrado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, del 8 al 12 noviembre del 2004.*
Traducción de Leysser L. León. Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diplomado en Lengua y Cultura Italianas por la Università per Stranieri di Perugia (Italia).

** *Profesora de Instituciones de Derecho Privado en la Università di Roma «La Sapienza».*

1 *Para esta definición, remitimos a* BIANCA, *C. M. Diritto civile, 5, La responsabilità. Milán, 1994, p. 407 y ss.*

en el artículo 1218 del Código Civil italiano,[2] y que tiene como fundamento el compromiso de cooperación del sujeto deudor,[3] compromiso que es considerado a tenor de criterios subjetivos de comportamiento.[4]

La diversidad entre las dos tipologías de responsabilidad —la primera, por incumplimiento, ligada al presupuesto de la imputabilidad; la segunda, patrimonial, de tipo objetivo—, no descarta, sino presupone, más bien, una relación de conexión entre ellas. Esta relación ha sido magníficamente ilustrada por Karl Larenz con la siguiente expresión: «La responsabilidad patrimonial sigue a la deuda como una sombra».[5]

Empero, dicha conexión ha sido puesta en entredicho por la conocida teoría alemana del «débito y la responsabilidad» (*Schuld und Haftung*). Esta teoría, partiendo de la distinción entre débito y responsabilidad —como su nombre lo indica—, llegaba a concebir la posibilidad de un débito desprovisto de responsabilidad y, viceversa, de una responsabilidad independiente de un débito. Algunas de sus aplicaciones dieron pie a que el derecho de crédito fuera considerado como el derecho sobre los bienes del deudor, al lado del cual se tenía que distinguir, autónomamente, la pretensión del cumplimiento, que se veía, así, reducida al rango de una expectativa puramente nominal.[6] La atención exclusiva que se prestaba a la ejecución forzosa condujo, luego, a una perspectiva parcial y limitada del concepto mismo de patrimonio, que se consideraba, exclusivamente, como «activo», con exclusión de los «pasivos», en tanto estos no son susceptibles de expropiación.[7] El mérito de la teoría era, con todo e indudablemente, el de centrar

---

[2] *Remitimos aquí también a* BIANCA, *C. M. Op. cit., p. 11 y ss., especialmente 409. La distinción señalada también está presente en la jurisprudencia, donde se afirma que «el principio dictado en el artículo 1453 del Código Civil, que reconoce al acreedor el derecho de demandar la resolución del contrato por incumplimiento del deudor, incluso cuando se hubiera exigido el cumplimiento, no sufre excepciones ni siquiera en el caso de que el acreedor, antes de proceder para la resolución, hubiere actuado "in executivis" contra el deudor, sobre la base de títulos entregados por este último, atendiendo a que la acción ejecutiva, tal cual está prevista en los artículos 2740 y 2910 del Código Civil, no es una acción de cumplimiento, sino solamente una acción que, sobre la base de un título específico, apunta a hacer conseguir al acreedor, a través de la afectación inmediata del patrimonio del deudor que incumple, aquel resultado que él no ha podido conseguir directamente del deudor, a través del cumplimiento exacto». Esto se lee en la sentencia 4123 de la Corte di Cassazione, del 22 de marzo del 2001.*

[3] *La adopción de este fundamento ético se encuentra, en la doctrina peruana, en* FERNÁNDEZ CRUZ, *G. «La obligación: Apuntes para una dogmática jurídica del concepto». Thémis-Revista de Derecho, 2.ª época, n.os 27-28, 1994, pp. 41-56.*

[4] *En relación con el debate acerca de la noción de «imputación» del incumplimiento, véase* BIANCA, *C. M. Op. cit., p. 11 y ss.*

[5] LARENZ, *K. Lehrbuch des Schuldrechts. 12.ª ed. Múnich, 1979, p. 21.*

[6] *Véase* BIANCA, *C. M. Diritto civile, 4, L'obbligazione. Milán, 1993, p. 27 y ss.*

[7] *Sobre esta concepción del patrimonio, véase* FEDELE, *P. «Patrimonio». Dizionario pratico di diritto privato. Vol. V. Milán, 1937-1939, p. 237 y ss.*

la atención en la responsabilidad patrimonial, con lo que se superaba la concepción romanista de la obligación como vínculo personal que liga a la persona del deudor con la del acreedor. Y no hay que olvidar que también se le ha atribuido el mérito de haber logrado, poco a poco, una significativa expansión de los regímenes de excepción al principio de la responsabilidad patrimonial ilimitada.[8]

Más allá de las razones que llevaron a la doctrina alemana a elaborar una teoría semejante, hay que destacar que la disyunción entre débito y responsabilidad termina envileciendo —tal es la palabra— el principio de juridicidad de la obligación como presupuesto necesario de la garantía social.[9] Además, y a pesar de que en el sistema italiano se encuentran cada vez con mayor frecuencia —como veremos, claramente, más adelante—[10] nuevas hipótesis normativas de *limitación de la responsabilidad*, estas no pueden ser consideradas como hipótesis de débito sin responsabilidad, porque la responsabilidad *existe*, aunque sea de modo reducido.

Es menester subrayar, de igual forma, que la conexión entre débito y responsabilidad responde a las más recientes tendencias del sistema de las garantías reales y de la responsabilidad patrimonial, encaminadas a dar más y más relevancia a la causa del crédito, sea por medio de la creación de privilegios especiales,[11] sea por medio del reconocimiento legislativo de patrimonios destinados a un fin, los cuales comportan una desviación respecto de los principios generales de la responsabilidad patrimonial, atendiendo, justamente, al fin, y, por lo tanto, a la fuente del crédito.[12]

2. Raíces históricas del principio de responsabilidad patrimonial ilimitada: la teoría francesa sobre la personalización del patrimonio y la teoría alemana de los «patrimonios destinados a un fin» (*Zweckvermögen*).

El principio de la garantía patrimonial hace su aparición recién en la época de las codificaciones[13] como expresión, en el plano normativo, de las

---

8 *Véase* BIANCA, *M. Vincoli di destinazione e patrimoni separati. Padua, 1996, p. 120.*

9 *En tal sentido, véase* BIANCA, *C. M. L'obbligazione. Op. cit., p. 26. Análogas son las reflexiones de* NERVI, *A. La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore. Padua, 2001, p. 21 y ss.*

10 *Véase infra, n.º 4.*

11 *Véase* TUCCI, *G. «Concorso dei creditori, cause di prelazione e revocatoria fallimentare». En Diritto fallimentare. 2000, p. 597 y ss.*

12 *Al respecto, véase* IAMICELI, *P. Unità e separazione dei patrimoni. Padua, 2001, p. 119.*

13 *El principio de la responsabilidad patrimonial, en efecto, no aparece previsto expresamente*

reglas que las ideologías forjadas por la Ilustración iban predicando respecto de la indivisibilidad y unitariedad del patrimonio. Así, el *Code Napoléon*, de inicios del siglo XIX, fue el primero en el que se consagró el principio analizado al establecerse, en su artículo 2092, que «*quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir*».[14] En el artículo 1948 del Código Civil italiano de 1865, se reproducía, sustancialmente, el contenido de tal disposición del *Code Civil*: «*Chiunque sia obbligato personalmente, é tenuto ad adempiere le contratte obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri*». El Código Civil italiano de 1942 ha añadido a aquel contenido la prohibición expresa de establecer limitaciones de responsabilidad, salvo en los casos establecidos por la ley (art. 2740, 2.º párrafo).

Los valores que el principio de responsabilidad patrimonial tiende a realizar y proteger son distintos, y no pueden agotarse en la pura protección del crédito. Al respecto, resulta significativo lo que se señala en la *Relazione al Codice civile* del Ministro de Gracia y Justicia, en la cual se hace mención, explícitamente, del valor colectivo de la economía, así como del valor individual del acreedor y de los intereses que el artículo 2740 apunta que se deben proteger.[15] Debe subrayarse, asimismo, que, aun cuando el artículo

en la época anterior a las codificaciones, a pesar de que el referente económico de la exigencia de la circulación de los bienes ya había sido planteado, con toda su relevancia, en el pasado. En relación con este punto, pueden recordarse las leyes abolitivas que prohibían el fideicomiso, en particular la ley alemana del 21 de diciembre de 1848, referida por CROME, *C. System des Deutschen bürgerlichen Rechts. T. III. Tubinga, 1905, § 447, p. 584 (nota 18), y la ley francesa de octubre de 1792. En el ordenamiento italiano, la prohibición del fideicomiso se establecía en el Código del Reino de las Dos Sicilias, de 1819, y el Código Civil del Reino de Cerdeña, de 1837. Al respecto, véase la explicación histórica de* RICCA, *L. «Fedecommesso (dir. civ.)». En Enciclopedia del diritto. Vol.* XVII. *Milán, 1968, p. 114 y ss.;* BENEDETTI, *G. En Commentario alla riforma del diritto di famiglia. Editado por L. Carraro, G. Oppo y A. Trabucchi. T.* I. *Vol. 2. Padua, 1977, p. 876 y ss. Sobre la consideración de fideicomiso como instrumento que impide la circulación de la riqueza, véase* GALGANO, *F. Diritto privato. Padua, 1992, p. 845;* PUTTI, *P. «La sostituzione fedecommissaria prima e dopo la riforma del diritto di famiglia». En La Nuova giurisprudenza civile commentata. 1990,* II, *p. 421;* TERZI, *M. «Sostituzione semplice e sostituzione fedecommissaria». En Successioni e donazioni. Editado por P. Rescigno.* I. *Padua, 1994, p. 1153;* BERNARDINI, *M. «Sostituzione fedecommissaria». Rivista del notariato, 1993, p. 1081 y ss;* IUDICA, *G. «Fondazioni, fedecommesserie, trusts e trasmissione della ricchezza familiare». En Scritti in onore di Rodolfo Sacco. T.* II. *Milán, 1994, p. 641 y ss.;* BONILINI, *G. Il testamento. Lineamenti. Padua, 1995, p. 41 y ss.*

[14] *PONT, P. Commentaire-Traité théorique et pratique des priviléges et hypothéques et de l'expropriation forcée mis en rapport avec la loi sur la transcription. T. 1. París, 1859, quien consideraba el artículo 2092 como un principio de alta moralidad.*

[15] *«El principio fundamental de que el deudor responde del cumplimiento de las obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros, y de que los acreedores, sin perjuicio de las causas legítimas de prioridad en la concurrencia, tienen igual derecho de satisfacerse a*

2740 hace referencia expresa a los bienes del deudor y remite, por lo tanto, a la noción de patrimonio, se trata de una norma destinada a proteger, en abstracto, la *responsabilidad* del sujeto deudor, y que no está dirigida a preservar el *patrimonio* del deudor, porque a este resultado se dirige, expresamente, la norma sobre la acción revocatoria (art. 2900 del Código Civil). En efecto, hay autorizada doctrina que resalta la distinción entre limitación de la responsabilidad y limitación del patrimonio.[16] Dichas limitaciones han sido ubicadas en distintos ámbitos del sistema del derecho civil y comportan diversos juicios de valor por parte del ordenamiento.[17] La limitación de la responsabilidad constituye, ciertamente, una excepción al principio de universalidad de la responsabilidad patrimonial, contenido en el artículo 2740 del Código Civil. La limitación del patrimonio, por el contrario, se ve sancionada por medio del instrumento de la acción revocatoria. La distinción entre la noción de responsabilidad y la noción de patrimonio puede ser útil, en particular, para eliminar las dudas en torno de la suficiencia de la acción revocatoria para expresar el principio de responsabilidad patrimonial ilimitada. Estas son dudas que se plantean en aquellos ordenamientos que, como el peruano, a pesar de no haber codificado expresamente el principio de responsabilidad patrimonial ilimitada, sí prevén una regulación completa de la acción revocatoria.[18] Un discurso distinto es el relativo a la concreta aplicación del principio de responsabilidad patrimonial ilimitada. Como se verá con mayor nitidez en las páginas que siguen, el marco actual

---

costa de ellos, es objeto de enunciación en los artículos 2740 y 2741, y es reforzado por la norma (2740, segundo párrafo) que, en el interés del crédito y de la economía, no permite limitaciones de responsabilidad fuera de los casos establecidos por la ley».

16 *Nos referimos al pensamiento de* FALZEA, *Angelo. «Introduzione e considerazioni conclusive». En Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche normative. Actas de la Jornada de Estudio organizada por el Consiglio Nazionale del Notariato. Roma, Palazzo Santacroce, 19 de julio de 2003, publicadas en Quaderni romani di diritto commerciale. Editado por B. Libonati y P. Ferro-Luzzi. Milán, 2003, p. 31: «Aunque el artículo 2740 del Código Civil enlaza la responsabilidad con los bienes del sujeto, este nexo sirve solamente para aclarar que la responsabilidad patrimonial involucra al entero patrimonio, incluso al patrimonio futuro, del obligado, pero no, desde luego, para instaurar una relación cuantitativa entre la dimensión de la responsabilidad y la dimensión del patrimonio. En pocas palabras: así como el incremento del patrimonio no comporta una ampliación de la responsabilidad, tampoco la reducción de aquél comporta una limitación de ésta».*

17 *Véase* FALZEA *Angelo. Op. cit., p. 31: «A la limitación de la responsabilidad se aplica el artículo 2740 del Código Civil, lo que da como consecuencia la nulidad por ilicitud de los actos. […] En cambio, para los actos que inciden directamente en el patrimonio, es de aplicación solamente la acción revocatoria, en caso de que se presenten sus presupuestos y condiciones».*

18 *Cfr.* LEÓN, *Leysser L. «La responsabilidad extracontractual. (Apuntes para una introducciòn al estudio del modelo jurìdico peruano)». Ahora en id. La responsabilidad extracontractual - Líneas fundamentales y nuevas perspectivas. Trujillo, 2004, § 7, p. 23 y ss.*

del sistema privatístico italiano revela un fenómeno de gradual erosión del principio contenido en el primer párrafo del artículo 2740 del Código Civil, a tal punto que se ha puesto en duda su supervivencia actual.[19]

Fuera de las reflexiones precedentes sobre el alcance aplicativo y concreto del principio de la responsabilidad patrimonial, se debe revelar que, en el sistema del derecho europeo, dicho principio, independientemente de su enunciación explícita, representaba, al momento de su génesis, el resultado de un planteamiento ideológico y conceptual que consideraba la unitariedad como elemento caracterizador e imprescindible del patrimonio, entendido como instrumento de satisfacción de la garantía creditoria. Expresión de esta concepción son las dos corrientes de pensamiento que han influido más en la teoría del patrimonio y la connotación de la indivisibilidad de este. Nos referimos, en especial, a la «teoría personalista del patrimonio», de proveniencia francesa,[20] y a la teoría alemana de los «patrimonios destinados a un fin» (*Zweckvermögenstheorie*), forjada por la pandectística. En la primera, la unidad, y, por lo tanto, la indivisibilidad del patrimonio, está dada por el sujeto que es su titular. La consideración del patrimonio como emanación de la personalidad tiende a fotografiar una realidad patrimonial cuyos rasgos sistemáticos encuentran un referente unitario en la noción misma de «subjetividad

---

[19] *Véase infra, n.º 3.*

[20] *La primera formulación de la teoría personalista del patrimonio se encuentra en la obra de* AUBRY, G. y G. RAU. *Cours de droit civil français. 1.ª ed. Estrasburgo, 1839; 2.ª ed. Estrasburgo, 1850; y la tercera edición, inspirada expresamente en la obra alemana* ZACHARIAE, C. S. *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage de C. S. Zachariae. París, 1857-1858, que tuvo dos ediciones posteriores: la 4.ª ed., en 1873, y la 5.ª ed., en 1917, a la cual haremos referencia de aquí en adelante. En el tomo* IX *de la obra, § 573, p. 333, se lee: «L'idée de patrimoine se déduit directement de celle de la personnalité», mientras que, en la p. 336, se lee: «Le patrimoine est, en principe, un et indivisible comme la personnalité même». (La obra de Aubry y Rau tuvo varias traducciones al italiano. Véase, por ejemplo, el Corso di diritto civile francese sull'opera allemanna di C. S. Zachariae per Aubry e Rau. Versión italiana con notas por C. Muzj. 3.ª ed. T.* III. *Nápoles, 1858, § 573 y ss., p. 5 y ss; Corso di diritto civile francese per C. S. Zachariae. Revisado y anotado, con el consentimiento del autor, por Aubry y Rau. Nueva traducción italiana por F. Fulvio. T.* I. *Nápoles, 1868, p. II, § 573 y ss., 261 y ss.).*
El pensamiento de Aubry y Rau fue adoptado por gran parte de la doctrina clásica italiana. Véase, por ejemplo, BIANCHI, F. S. *Corso di diritto civile italiano. Vol.* IX. *Parte* I. *Turín, 1895, § 2, p. 7: «El patrimonio constituye una universalidad jurídica, que emana de la personalidad misma de aquel a quien pertenecen los bienes». Sin embargo, el citado autor, a pesar de adoptar la concepción general del patrimonio como emanación de la personalidad, discrepa de los autores franceses en lo tocante a la comprensión, en la masa patrimonial, de los bienes futuros, en tanto juzga negativamente lo que de abstracto tiene una afirmación semejante.* VIVANTE, C. *«Comentario a la sentencia de la Corte d'Appello di Bologna, del 8 de junio de 1888». En Il Foro italiano, 1888, I, col. 940, quien, discrepando en relación con la autonomía de la azienda, subraya que esta afirmación debe considerarse «anti-jurídica, porque una persona no tiene más que un solo patrimonio, cualquiera que sea el fin al que destine los bienes que lo componen».*

física» y cuyos corolarios son la consideración del patrimonio como requisito de la persona,[21] la unicidad y la indivisibilidad de este y la negación de la pertenencia de una pluralidad de patrimonios a un mismo titular.[22]

En la teoría de los patrimonios destinados a un fin, la unidad del patrimonio no está dada por el sujeto, sino, en clave objetiva, por el fin. Un patrimonio puede pertenecer no solo al sujeto, sino también a un fin, de acuerdo con la conocida formulación de Brinz. Dicha teoría, que, en su primera formulación, parece dejar a un lado al sujeto titular, arriba, en sus elaboraciones posteriores, a las mismas paradojas de la teoría personalista del patrimonio. Los patrimonios destinados a un fin devienen, en efecto, patrimonios personificados a imagen y semejanza de las personas jurídicas.

Aunque siguiendo caminos distintos, ambas teorías llegan a afirmar el mismo principio de indivisibilidad del patrimonio y niegan toda posible fragmentación y limitación de la responsabilidad patrimonial.

3. Mixtura entre la noción de personalidad jurídica y la noción de patrimonio separado

Este planteamiento subjetivista ha determinado consecuencias considerables en la interpretación del principio de la responsabilidad patrimonial y de sus limitaciones. El dogma de la indivisibilidad del patrimonio ha tenido tal influencia en nuestro sistema que, en el pasado, se admitía única-

---

[21] *Algunas críticas a dicha teoría ponen en evidencia la confusión entre capacidad patrimonial y patrimonio, la cual deriva de la identificación entre personalidad y patrimonio (*COVIELLO, N. *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale. 4.ª ed. Vol.* I. *Milán, 1929, p. 253;* VITUCCI, E. *«Patrimonio». Nuovo Digesto italiano. Vol.* IX. *Turín, 1939, p. 559). A decir verdad, tales críticas fueron el resultado de una errada interpretación de la teoría personalista del patrimonio, que considera el patrimonio como emanación de la personalidad, pero no como sustituto de esta. En efecto, de la lectura de la obra de Aubry y Rau se deduce claramente que el patrimonio conserva el papel de atributo de la personalidad, sin sufrir un proceso de fusión con asimilación (*AUBRY, G. y G. RAU. *Op. cit., p. 347).*

[22] *Véase* AUBRY, G. y G. RAU. *Op. cit., § 573, p. 335: «Le patrimoine étant une émanation de la personnalité, est l'expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie comme telle, il en résulte: que le personnes physiques ou morales peuvent seules avoir un patrimoine; que toute personne a nécessairement un patrimoine, alors même qu'elle ne posséderait actuellement aucun bien; que la même personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine, dans le sens propre du mot». La consideración del patrimonio como expresión del poder jurídico es ejemplificada, según Bianchi, por la noción ambivalente de la terminología alemana, donde la palabra Vermögen indica, al mismo tiempo, tanto el patrimonio cuanto la potestad:* BIANCHI, F. S. *Op. cit., § 2, p. 8;* BAUDRY-LACANTINERIE, G. y A. WAHL. *Trattato teorico-paratico di diritto civile. s.f., § 1, p. 2: «toda persona tiene, necesariamente, un patrimonio, aun cuando no posea nada; el patrimonio […] es una emanación de la personalidad».*

mente la legitimidad de las llamadas limitaciones «personificadas» de la responsabilidad patrimonial,o bien de las consiguientes a la creación de un nuevo sujeto jurídico. El arduo debate doctrinal sobre la inadmisibilidad de la fundación no reconocida nace, justamente, del impedimento ideológico respecto de un instrumento como la fundación no reconocida, que permite la destinación del patrimonio, con la consecuente especialización de la responsabilidad patrimonial, sin el crisma formal de la personalidad jurídica. También las distintas elaboraciones doctrinales sobre el concepto de patrimonio separado, entendido como patrimonio perteneciente al mismo sujeto, pero sujeto a una regla diferente de responsabilidad patrimonial, testimonian una peculiar tendencia a ubicar el tema de la separación patrimonial en el ámbito de las problemáticas de la subjetividad y de la personalidad jurídica.[23] Y, en tiempos más recientes, existe autorizada doctrina que destaca la fungibilidad del instrumento de la personalidad jurídica y de la separación del patrimonio para permitir formas de limitación de la responsabilidad patrimonial.[24] Dicha fungibilidad resulta confirmada en el nivel normativo, inclusive, dada la posibilidad que se ha dado a los países miembros de la Unión Europea, con la XII directiva comunitaria en materia de sociedades, para optar por el modelo de la sociedad unipersonal o de la empresa individual de responsabilidad limitada. La elección de la mayoría de los países miembros, favorable al modelo societario, ha sido explicado, ni más ni menos, sobre la base del convencimiento ideológico en lo tocante al principio de indivisibilidad del patrimonio, principio que resultaría formalmente invulnerable por medio del empleo de la vestidura de la personalidad jurídica y, por lo tanto, del modelo de la sociedad unipersonal.

También la reciente reforma del derecho de sociedades italiano, al introducir la nueva institución de los patrimonios destinados a un negocio específico, como hipótesis de fraccionamiento del patrimonio de las sociedades anónimas, justifica aquella elección en la exigencia de reducir los costos de la constitución de una nueva sociedad, con lo que se confirma la fungibilidad del instrumento del fraccionamiento del patrimonio y de la creación de una nueva persona jurídica.

En el nivel sistemático, el ordenamiento italiano muestra una orientación coherente, dirigida a conseguir el resultado de la limitación de la responsabilidad patrimonial, sea de la consiguiente a la creación de un nuevo

---

[23] *Sobre la evolución de las teorías subjetivas hacia las teorías objetivas del patrimonio separado, remitimos a* BIANCA, *M. Vincoli di destinazione e patrimoni separati. Op. cit., especialmente el capítulo* II.

[24] SPADA, *P. «Persona giuridica e articolazioni del patrimonio: spunti legislativi per un recente dibattito». Rivista di diritto civile, 2002, I, p. 837 y ss.*

sujeto de derecho, sea de la consiguiente al fraccionamiento del patrimonio del deudor.

En relación con las limitaciones personificadas, las medidas tomadas por el legislador en el último quinquenio han apuntado a permitir una facilitación del procedimiento de constitución de la persona jurídica. Para las entidades del libro I, la simplificación del procedimiento ha tenido lugar con el decreto del Presidente de la República 361, del 10 de febrero del 2000, cuyo artículo 1, al prever el conferimiento de la personalidad jurídica mediante la inscripción en el registro de las personas jurídicas, ha abrogado el artículo 12 del Código Civil, basado en el sistema concesorio. La simplificación del procedimiento de adquisición de la personalidad jurídica es, además, uno de los objetivos en los cuales se inspira el proyecto de reforma general del libro I.[25] Desde el punto de vista sustancial, la nueva regulación exige, como únicos requisitos del fin de la entidad, la posibilidad y la licitud (art. 1, 3.° párrafo, del citado decreto). La doctrina, por lo tanto, considera que el reconocimiento de asociaciones y fundaciones ya no está ligado a la relevancia pública del fin.[26] Para las entidades del libro V, una análoga simplificación ha sido dispuesta por el artículo 32 de la ley 340 del 24 de noviembre de 2000, que ha suprimido la fase de homologación del tribunal, simplificación posteriormente confirmada en el marco de la reforma societaria.

También para las limitaciones no personificadas de la responsabilidad patrimonial, la reciente legislación especial denota una proliferación de hipótesis típicas de limitación de la responsabilidad patrimonial. Todas estas hipótesis están vinculadas con fenómenos peculiares del sector financiero: desde las distintas leyes sobre la gestión del patrimonio hasta el fenómeno de la securitización de los créditos. Se trata, en definitiva, de separaciones del patrimonio que tienen relación, todas ellas, con fenómenos típicos. De distinto tenor es la institución de los patrimonios destinados a un negocio específico, institución creada por la reciente reforma del derecho de sociedades y regulada por los artículos 2447-*bis* y siguientes del Código Civil.[27] Aquí la diversidad respecto de las disposiciones normativas precedentes se

---

[25] *Véase la delegación de facultades al Gobierno para la reforma de las personas jurídicas y de las asociaciones no reconocidas reguladas en el libro I del Código Civil. Al respecto, consúltese* NUZZO, *M. «Una disciplina da svecchiare». Il sole 24-Ore, edición del 11 marzo de 2004; y* GIORGI, *M. V. de. En Studium iuris, 2000, p. 499.*

[26] *Véase* ZOPPINI, *A.; G.* PONZANELLI, *y M. V. de* GIORGI *(eds.). Il riconoscimento delle persone giuridiche. Milán, 2002, p. 19.*

[27] *Entre los mejores estudios que se han realizado acerca de esta nueva institución hay que señalar el de* TONDO, *S. «Patrimoni destinati ad uno specifico affare». En Studi e materiali. Consiglio Nazionale del Notariato, 2004, p. 1 y ss. Para ulteriores referencias bibliográ-*

aprecia, principalmente, en el hecho de que la separación del patrimonio no tiene que ver con un fenómeno particular, sino que es una opción general que el legislador prevé para un tipo societario: el de la sociedad anónima. Sin embargo, la doctrina considera que también en relación con los patrimonios de destinación societaria se permanece en el ámbito de las limitaciones de responsabilidad de fuente normativa y, por lo tanto, se mantiene la coherencia con el contenido del segundo párrafo del artículo 2740 del Código Civil, en tanto y en cuanto estamos ante una limitación dispuesta por el legislador.[28]

4. Distinción entre patrimonios separados «estáticos» del Código Civil y patrimonios separados «dinámicos» de la legislación especial en materia financiera. Significado y relevancia de dicha distinción

Los cambios normativos que hemos descrito sintéticamente imponen nuevas reflexiones acerca de la actual lectura del artículo 2740 del Código Civil y, en general, sobre la vigencia del principio de indivisibilidad del patrimonio. La proliferación de nuevos instrumentos de limitación de la responsabilidad patrimonial, sea por medio del procedimiento simplificado de adquisición de la personalidad jurídica, sea por medio de la fragmentación del patrimonio, induce al intérprete a interrogarse sobre el actual fundamento del principio de responsabilidad patrimonial. En el pasado, el fundamento de este principio y de la prohibición de imponer limitaciones a él debía encontrarse en la exigencia de no inmovilizar la riqueza. A esta exigencia real se añadía, luego, el peso del dogma de la indivisibilidad del patrimonio, que volvía inaceptable toda hipótesis de fragmentación del patrimonio individual. En los primeros códigos civiles, así como en el actual, las limitaciones de responsabilidad patrimonial de fuente legal constituían una excepción. Los ejemplos que se formulaban eran instituciones hoy suprimidas, como la dote y el patrimonio familiar, el fideicomiso y la regulación actual del fondo patrimonial. Estas instituciones se caracterizaban, unánimemente, por presentarse como instrumentos de inmovilización de la riqueza. De aquí se derivaba el carácter excepcional del recurso a tales instrumentos. Desde esta perspectiva, el principio de la responsabilidad patrimonial era

ficas y para un comentario sistemático, artículo por artículo, véase BIANCA, *M. «Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare (artt. 2447 bis - 2447 decies)». En* CIAN, *G. y A.* TRABUCCHI. *Commentario breve al codice civile. 7.ª ed. Padua, 2004.*

[28] *Véase* ZOPPINI, *A. «Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni». Rivista di diritto civile, 2002, I, p. 545;* QUADRI, *R. La destinazione patrimoniale. Nápoles, 2004, p. 324.*

considerado como norma de orden público. Por lo tanto, se consideraban nulos, en tanto y en cuanto contrarios al orden público, los actos mediante los cuales se reconocían instituciones extranjeras como el *Anstalt* o el *trust.*

En el sistema normativo de hoy en día, parece haber cambiado, precisamente, el fundamento del principio de la responsabilidad patrimonial y de la prohibición de limitaciones a él. El fundamento de la multiplicación de las limitaciones de responsabilidad responde a un principio de naturaleza económica, que propende a la realización de los valores del provecho y de la eficiencia.[29] Con particular referencia a la actividad empresarial, la especialización de la responsabilidad patrimonial permite realizar diversos efectos de eficiencia para el sistema, entre los cuales se cuenta la posibilidad, para el empresario, de diversificar y organizar su propia actividad en distintos compartimientos, con el fin de reducir los riesgos de pérdidas en determinados sectores; esta ventaja va de la mano con otra: la reducción de los costos de monitoreo del crédito.[30] No es casualidad que la doctrina estadounidense[31] revele las ventajas económicas de la especialización de la responsabilidad, la llamada «*asset partitioning*», ventajas que se manifiestan, sobre todo, cuando la separación patrimonial tiene lugar en los sectores de la empresa y de las finanzas. Hay que destacar, sin embargo, que, en las reflexiones de esta doctrina, la especialización de la responsabilidad patrimonial, con sus respectivos beneficios, está ligada, de modo imprescindible, con el elemento

---

[29] *Para estas reflexiones, véase* BIANCA, M. *«Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare (artt. 2447 bis - 2447 decies)». Op. cit., p. 242.*

[30] *Véase, al respecto, y más ampliamente, el cuidadoso análisis de* SANTAGATA, R. *«Capítulo I». Patrimoni destinati e rapporti intergestori. § 1, de próxima publicación por la editorial Giappichelli (texto que hemos podido consultar gracias a la cortesía del autor);* COURIR, E. *Limiti alla responsabilità imprenditoriale e rischi dei terzi. Milán, 1997;* GALLETTI, D. *«Il creditore particolare del socio». Quaderni di giurisprudenza commerciale. Milán, 2002, p. 42 y ss.;* IAMICELI, P. *Op. cit., p. 148 y ss. Para un estudio de la responsabilidad patrimonial del empresario, véase lo que ya indicaba* NERVI, A. *Op. cit., passim.*

[31] *Véase* HANSMANN, H. *y* R. KRAAKMAN. *«The Essential Role of Organization Law». Yale Law Journal, 2000, p. 387. Particularmente significativa para los autores estadounidenses, por el aspecto de la eficiencia, es la llamada affirmative asset partitioning, que permite una selección entre los diversos acreedores y constituye un específico producto de organizational law. Sobre el enlace, en general, entre el fenómeno de la especialización de la responsabilidad y el agency law, veáse* THOMPSON, R. *«Agency Law and Asset Partitioning». University of Cincinnati Law Review, 2003, p. 11 y ss. En la doctrina italiana, estas reflexiones han conducido a plantear la hipótesis de que la separación patrimonial, antes que presentarse como límite a la propiedad, puede ser un modo de ejercicio de ésta:* IAMICELI, P. *Op. cit., p. 70 y ss. Parece ser, sin embargo, que, si se pretende asentir a esta última afirmación, ella debe ser utilizada, más correctamente, para la destinación. En efecto, es el acto de destinación el que puede determinar un modo de ejercicio de la propiedad y no la separación, que, aun cuando derivada, naturalmente, del acto de destinación, se refiere solo al aspecto de la limitación de la responsabilidad patrimonial.*

organizativo de la corporación, y no puede realizarse en ausencia de este.[32] Análogas reflexiones se detectan en aquella parte de la doctrina italiana que limita y sectoriza las ventajas de la especialización de la responsabilidad patrimonial con la actividad de empresa, con el enlace de dicho fenómeno, en general, con la estructura organizativa de las entidades[33] o, en particular, con la estructura societaria de la sociedad anónima. Esta última reflexión conduce a limitar la aplicación de la nueva regulación de los patrimonios destinados a un negocio específico al modelo societario de la sociedad anónima (*società per azioni*), con lo cual se evita toda aplicación analógica y toda afinidad con destinaciones que operan en otros sectores (familiar, sucesorio).[34]

El análisis de la reciente evolución del sistema italiano muestra un dato indiscutible: la creación de nuevas figuras normativas de patrimonios separados opera, exclusivamente, en los sectores crediticio y financiero, porque justamente en estos sectores —como ya hemos destacado— la especialización de responsabilidad patrimonial se revela como un instrumento ventajoso y eficiente. La diferenciación entre patrimonios separados «estáticos» y patrimonios separados «dinámicos»,[35] aun cuando puede ser interesante desde el punto de vista descriptivo, no resuelve el problema general de la vigencia actual del principio de responsabilidad patrimonial ilimitada y del espacio concedido a los particulares en la creación de excepciones a la regla.

Es seguro que la actitud del jurista y del intérprete ha experimentado una profunda transformación. La antigua actitud de desconfianza y hostilidad frente a instituciones que concretizaban diversas formas de separación del patrimonio ha sido reemplazada por una actitud opuesta, de atracción frente a instituciones que realizan una especialización de la responsabilidad patrimonial, con efectos de competitividad para el sistema. Este fenómeno ha sido etiquetado con una feliz expresión: «la carrera hacia los patrimonios separados».[36] Al respecto, en el sistema italiano se ha manifestado una actitud de euforia en relación con la institución anglosajona del *trust*, euforia que, a

---

[32] *Cfr. el antes citado ensayo de* HANSMANN, *H. y R.* KRAAKMAN, *p. 387 y ss.*

[33] *Véase, en particular,* NERVI, *A. Op. cit., p. 236 y ss., quien arriba a la conclusión de que «es la propia estructura organizativa la que asume la vestidura de deudor frente a los terceros».*

[34] *Esta es, a nuestro parecer, la idea de fondo del trabajo de* SANTAGATA, *R. Patrimoni destinati e rapporti intergestori. Op. cit., passim.*

[35] *Sobre este fenómeno, véase* BIANCA, *M. «Amministrazione e controlli nei patrimoni destinati». En Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative. Op. cit., p. 161 y ss.*

[36] *Véase* GAMBARO, *A. «Il diritto di proprietà». En Trattato di diritto civile e commerciale diretto da Antonio Cicu e Francesco Messineo, continuato da Luigi Mengoni. Vol.* VIII. *T. 2. Milán, 1995, p. 642.*

menudo, ha opacado la lucidez de las soluciones.[37] En el aspecto técnico, esta apertura ha determinado un importante efecto reflejo: el principio de responsabilidad patrimonial ilimitada ha sido privado de la carga dogmática del principio de la indivisibilidad del patrimonio, que cumplía una función de orden público,[38] aunque la reciente jurisprudencia casatoria ha desempolvado, esporádicamente, su antigua función.[39]

5. Limitaciones de la responsabilidad patrimonial y autonomía privada. Los intentos de la doctrina para superar la reserva de ley contenida en el segundo párrafo del artículo 2740 del Código Civil italiano

La evolución descrita hasta este punto se detiene, sin embargo, frente a la solución del principal problema relativo al principio de responsabilidad patrimonial: el espacio reservado a la autonomía privada. Al respecto, el Código Civil italiano ha tomado una posición clara al establecerse, en el segundo párrafo del artículo 2740, una reserva de ley para las limitaciones de la responsabilidad patrimonial: «Las limitaciones de la responsabilidad patrimonial no se admiten, salvo en los casos establecidos por la ley». El principio de la responsabilidad patrimonial ilimitada, a pesar de no ser considerado más como norma de orden público, se mantiene como norma que no admite excepciones. La antes destacada distinción entre patrimonios separados de la empresa y patrimonios separados que operan en otros sectores, si bien revela, desde el punto de vista económico, la novedad y las ventajas de una especialización del patrimonio que opera en términos dinámicos y que, por ello, parece reservada al desenvolvimiento de actividades, no resuelve el problema de la superación de la reserva de ley contenida en el

---

[37] *Nos referimos, en particular, a aquellas soluciones que, con el fin de introducir forzosamente esta institución en nuestro sistema, han atribuido al Convenio de La Haya, sobre el reconocimiento de los trusts, y a la ley italiana de ratificación de dicho Convenio, una naturaleza distinta de la que es propia de las normas de derecho internacional privado. En relación con este debate, remitimos a* BIANCA, *M. La fiducia attributiva. Turín, 2001, p. 6 (nota 13).*

[38] *Sobre la consideración del artículo 2740, 1.º párrafo, del Código Civil, no ya como principio de orden público, sino como norma que no admite excepciones, véase* BIANCA, *M. La fiducia attributiva. Op. cit., p. 89 y ss.;* MASI, *A. «Destinazione di beni e autonomia privata». En Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative. Op. cit., p. 235 y ss.*

[39] *Véase Corte di Cassazione, sentencia 8090, del 28 de abril del 2004 (inédita). Resulta bastante significativo que, en los fundamentos de esta sentencia, se siga haciendo referencia al principio de la indivisibilidad del patrimonio, entendido en su acepción originaria como «normal correspondencia entre subjetividad y unicidad del patrimonio».*

segundo párrafo del artículo 2740 del Código Civil. En relación con este punto, parecen uniformarse las reflexiones de la doctrina del derecho civil y comercial en lo tocante a la imposibilidad para los particulares de fijar limitaciones de la responsabilidad patrimonial mediante un acto de autonomía negocial, en tanto la elección del fin ha sido reservada a la decisicón del legislador.[40]

El problema de conceder un espacio a la autonomía negocial se ha planteado en relación con los actos negociales de destinación con efecto de separación patrimonial y, por lo tanto, de limitación de la responsabilidad patrimonial.

El intento de superar la reserva de ley ha llevado a parte de la doctrina a separar el acto de destinación y el efecto de separación, considerado como un efecto accesorio e instrumental respecto del acto programático de destinación del patrimonio, que sería el resultado del acto de autonomía negocial.[41]

Dichas reflexiones, que subrayan, ciertamente, la importancia de la distinción entre el acto programático de destinación y el acto que tiene como único fin la limitación de la responsabilidad patrimonial; que nos recuerdan, con ello, que la distinción es un concepto que no pasa, necesariamente, por los márgenes del artículo 2740 del Código Civil; y que desenvuelven, es más, una función autónoma en instituciones como las universalidades y los accesorios, se revelan insuficientes, sin embargo, cuando de la referencia

---

[40] *Esta solución, no obstante las diversas argumentaciones a las que ha dado lugar, resulta unívoca. Véase, al respecto, SANTAGATA, R. Op. cit. Capítulo I, § 1, quien, atendiendo, justamente, al específico interés de la empresa en la asunción de los riesgos conexos con el negocio, justifica y legitima la excepción al primer párrafo del artículo 2740 del Código Civil; SALAMONE, L. Gestione e separazione patrimoniale. Padua, 2001, p. 368, quien está de acuerdo con la taxatividad de los patrimonios separados, aun cuando considera que dicho carácter taxativo debe ser entendido en términos de oponibilidad del acto dispositivo a los acreedores; ZOPPINI, A. «Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni». Op. cit., p. 545 y ss.; IAMICELI, P. Op. cit., p. 102 y ss., quien, a pesar de destajar la ventaja económica de la especialización de la responsabilidad patrimonial, termina asignando al legislador la tarea de componer el conflicto de intereses; QUADRI, R. Op. cit., quien destaca el contenido constitucional de la norma sobre la protección del crédito.*

[41] *Véase, en particular, PALERMO, G. «Autonomia negoziale e fiducia (breve saggio sulla libertà delle forme)». Rivista giuridica Sarda, 1999, p. 571 y ss.; id. «Sulla riconducibilità del «trust interno» alle categorie civilistiche». Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, 2000, p. 133 y ss.; id. «Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano». Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, 2001, p. 391 y ss.; id. «Ammissibilità e disciplina del negozio di destinazione». En Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative. Op. cit., p. 243 y ss.; LA PORTA, U. Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale. Nápoles, 1994; id. «Causa del negozio di destinazione e neutralità dell'efffetto traslativo». En Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative. Op. cit., p. 261 y ss. Contrario a la consideración de la separación como efecto secundario del acto negocial de destinación, véase QUADRI, R. Op. cit., p. 324 y ss.*

genérica a la destinación se pasa a la referencia técnica al *patrimonio de destinación*. El patrimonio de destinación es siempre un patrimonio separado, que, por lo tanto, comporta una excepción al principio de responsabilidad patrimonial ilimitada, porque es, justamente, la referencia al *patrimonio* la que conlleva, como efecto principal, la separación. Debe afirmarse, entonces, que aquí la separación no es un efecto secundario e instrumental, sino un efecto necesario, sin el cual no se podría ni siquiera hablar de *destinación patrimonial*.

Lo que hay que entender, por lo tanto, es en qué ámbito puede tener lugar, y con qué contenido, el acto de autonomía privada. Si se analizan las recientes figuras de patrimonios destinados, dispuestas por el legislador, parece que se ha quitado a los particulares nada más que el efecto de la oponibilidad del vínculo de destinación, mientras que es eadmisible una elección de las finalidades programáticas del acto de destinación, con el único límite previsto para todos los actos de autonomía privada, a saber: que el interés sea merecedor de protección (art. 1322, 2.º párrafo del Código Civil). Un acto negocial de destinación que tuviera como única finalidad librar el patrimonio del deudor de la afectación por parte de los acreedores sería, automáticamente, un acto que no merecería protección. No obstante ello, se ha descartado de la autonomía de los particulares la elección de las modalidades por medio de las cuales el vínculo de destinación se hace oponible a los terceros. Así pues, la intervención del legislador debería hacer referencia únicamente al aspecto de la separación. Al respecto, sería de auspiciar que el legislador dispusiera la inscripción de los actos de destinación relativos a bienes inmuebles y biene muebles registrados, sin perjuico de la evaluación del contenido de la destinación, para establecer si el interés al que esta obedece es merecedor de la protección jurídica.

La responsabilidad del profesional*

Mario Zana**

1. Criterios generales de la responsabilidad civil del profesional

El profesional desarrolla, por lo general, su actividad en ejecución de un contrato concluido con el cliente, la cual despliega al momento en el que se le confiere el encargo.

Ello sucede en el contrato de obra intelectual, previsto por el Código Civil en el artículo 2.230 como subtipo del contrato de obra (art. 2.222 del *Codice Civile italiano*), en el título III del libro V, dedicado al «Trabajo autónomo»; en particular, este se inserta en el ámbito del capítulo II, concerniente, precisamente, a las «Profesiones intelectuales».

El profesional puede suministrar su obra también fuera de una relación contractual: ya sea porque este no es nunca realizado (por ejemplo, la curación de un enfermo inconsciente)[NT1] o porque, aun existiendo el contrato, el profesional excede los límites del encargo recibido.

---

* *Título original: «Responsabilità del professionista». En Enciclopedia giuridica Treccani. Vol. XXVI. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1991.*
Traducción y notas de Renzo Saavedra Velazco. Bachiller de derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Agradecemos al doctor Leysser L. León por haber gestionado la autorización de la presente traducción.
Revisión de la traducción por Rómulo Morales Hervias. Abogado. Magíster por la Universidad di Roma «Tor Vergata». Profesor honorario de la Universidad Particular de Chiclayo. Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima.

** *Profesor ordinario de la Universidad de Pisa. Director del Departamento de Derecho Privado «Ugo Natoli», por el período 2005/2009, en la Università degli Studi di Pisa. Asimismo, es autor de una serie extensa de artículos jurídicos y del libro Il contratto di assistenza alla persona.*

NT1 *Al respecto véase el estudio de* LEÓN, *Leysser L. «El consentimiento informado al tratamiento médico y su lugar central en el debate sobre los derechos del paciente». En La*

Además, ello evidencia, de manera preliminar, que el ejercicio de las profesiones intelectuales puede producirse también en la forma de trabajo subordinado, el cual, por el contrario, representa, desde luego, en algunas hipótesis (por ejemplo, el trabajo por jornadas), la forma casi exclusiva. Por lo demás, la ubicación de las normas referentes a las profesiones intelectuales en el título del «Trabajo autónomo» si bien, por un lado, resulta un indicativo de la intención del legislador de 1942 de regular su ejercicio —según la concepción tradicional— bajo la forma *libre*, de otro lado no debe considerarse vinculante. Ni el mismo legislador ha usado explícitamente el término *profesionales liberales*, sino aquel, más amplio, de *profesiones intelectuales*.

En los casos en los que, en el contrato de obra intelectual, participen el cliente y el empleador del profesional, este último (el profesional) podrá ser llamado a resarcir el eventual daño al cliente a título de responsabilidad extracontractual. En tal sentido, se ha venido expresado la jurisprudencia con referencia a los daños sufridos por el paciente como consecuencia de la actividad de diagnóstico y de terapia durante el período de hospitalización.[1]

El profesional puede, por tanto, ser llamado a responder de los daños sufridos por el cliente a título de responsabilidad contractual y/o extracontractual. La jurisprudencia admite ya unánimemente el concurso de las dos responsabilidades «cuando se trata de un mismo hecho que viole contemporáneamente sea derechos que pertenecen a la persona con independencia de un contrato […] sea derechos que deriven […] en todo caso de un *vinculum iuris* ya existente».[2] En todo caso, encuentran aplicación las normas que serán examinadas a continuación en cuanto a los presupuestos de la responsabilidad profesional.

2. La obligación del profesional

El punto de partida para un estudio sobre la responsabilidad civil del profesional es representado por la particular naturaleza de la actividad profesional.

---

responsabilidad civil: líneas fundamentales y nuevas perspectivas. Trujillo: Editorial Normas Legales, 2004, 381 pp. (de la versión mecanografiada).

[1] *Sentencia 1.716 de la Corte de Casación, del 24 de marzo de 1979. En Giustizia Civile, 1979, I, p. 1.440.*

[2] *Sentencia 5.638 de la Corte de Casación, del 22 de setiembre de 1983. En Archivio Civile, 1984, p. 233. En argumento, véase* ROSSELLO, *C. «Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale». En Guido Alpa y Mario Bessone (eds.). La responsabilità civile. I. Turín, 1987; y, en una perspectiva comparatística,* MONATERI, *Pier Giuseppe. «Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale». Padua, 1989.*

En particular, se subrayan los compromisos prevalentemente intelectuales que esta requiere;[3] la profesionalidad de quien la desarrolla, esto es, la particular preparación técnica en sectores específicos;[4] y la amplia discrecionalidad reconocida al profesional en la elección de su obrar.[5]

Es, en cualquier caso, opinión mayoritaria que tales aspectos no valen por sí solos para describir la actividad del profesional, cuyo contenido puede ser individualizado con suficiente aproximación solo en un cuadro conjunto de los caracteres ahora descritos.[6]

La referencia a los principios constitucionales vale, finalmente, para subrayar la libertad intrínseca, o *liberalidad*, de la actividad profesional; de esta forma, se indica «el compromiso de la capacidad y competencia del profesional, en el cual encuentra realización su libertad de juicio, para satisfacer las necesidades de otros hombres ajustados a la realización de su personalidad, y por tanto de la misma libertad, que constituye un dato inescindible de la naturaleza humana».[7]

La competencia técnica y la disponibilidad de los instrumentos más idóneos para la concreta realización de las soluciones adoptadas justifican la expectativa de resultados positivos.

Resulta aún sencillo constatar que las probabilidades de éxito varían en función de factores que caracterizan las particulares situaciones concretas que, en buena parte, exceden al control del profesional.

No siempre el cliente presenta al trabajador profesional la solicitud de un *opus* determinado (por ejemplo, la redacción de un proyecto de ingeniería o la formulación de una opinión técnica, etc.); más a menudo, el profesional no se encuentra en capacidad de garantizar el fin último que el cliente desea obtener: ya sea la curación del paciente o la victoria en un proceso, objetivos que también dependen, como es evidente, de factores exógenos, sobre los cuales el profesional mismo no puede influir de manera directa.

Los reflejos de esta sustancial incertidumbre sobre los resultados de la prestación profesional se presentan en la antigua tendencia a atenuar el rigor

---

[3] *Santoro Passarelli, Francesco. «Professioni intellettuali». En Novissimo Digesto Italiano. Vol. XIV. Turín, 1967, p. 24.*

[4] *Cattaneo, G. La responsabilità del professionista. Milán, 1958, p. 5.*

[5] *Riva Sanseverino, L. «Lavoro autonomo». En Commentario al codice civile Scialoja - Branca, arts. 2.222-2.238. Bolonia y Roma, 1963, p. 210.*

[6] *Lega, C. Le libere professioni intellettuali. Milán, 1974, p. 529.*

[7] *Scognamiglio, R. «Personalità umana e tutela costituzionale delle libere profesión». En Diritto di famiglia e delle persone, 1973, p. 806.*

del juicio de responsabilidad realizado contra profesionales intelectuales, en particular contra los médicos.[8]

Así se explica el favor con el cual la jurisprudencia ha asumido una distinción[NT2] elaborada —no sin contrastes— por una parte de la doctrina francesa a inicios del novecientos —pero propuesta, en sustancia, en Alemania ya a fines del ochocientos— y que en seguida se tornó un argumento recurrente en los pronunciamientos judiciales en asuntos de responsabilidad profesional.[9]

Se distinguen, en efecto, las hipótesis en las cuales el profesional-deudor se compromete a proveer un resultado objetivamente determinado (obligaciones *de resultado*) de aquellas —que se presentan en concreto con mayor frecuencia— en las cuales el compromiso se limita a una simple actividad diligente (*rectius*, técnica) (obligaciones *de medio*) en atención al resultado mismo.

Es menester recordar que no faltan doctrinas críticas, aun severas, a este esquema lógico–jurídico,[10] ya que, aunque sugerido por la constatación —difícilmente controvertible— de un dato fáctico, este conduce a una esquematización muy rígida de la realidad.

Parece, en otros términos, muy difícil afirmar que existen obligaciones en las cuales no se deba un resultado y otras en las cuales se deba un resultado pero no el esfuerzo necesario para conseguirlo.[11]

En realidad, esclarecidas la génesis y la finalidad de la distinción, el problema se desplaza hacia el trato que la jurisprudencia reserva, sobre esta base, al profesional; así, se le dispensa, en particular —en razón de que no se compromete el resultado—, un aligeramiento de la carga de la prueba

---

8 *Sobre este punto, véase* ZANA, *Mario. La responsabilità civile del medico. Milán, 1981, p. 42 y ss.*

NT2 *Al respecto puede consultarse la obra del profesor* FRANZONI, *Massimo. «La responsabilidad en las obligaciones de medios y en las obligaciones de resultado». En Estudios sobre la responsabilidad civil. Trad. y ed. al cuidado de Leysser L. León. Lima: ARA, 2001, p. 371 y ss.*

9 *Cfr., para referencias históricas y reenvíos bibliográficos en tema de responsabilidad profesional, el aún fundamental trabajo de* MENGONI, *Luigi. «Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mecí"». Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, 1954, I, p. 185.*

10 *Cfr.* FORTINO, *M. «La responsabilità civile del professionista». Milán, 1984, p. 42. El argumento merece ser profundizado, razón por la cual se reenvía a la voz «*OBBLIGAZIONE: *I) Teoria generale».*

11 BIANCA, *C. Massimo. «Inadempimento delle obligación». En Comentario al codice civile Scialoja-Branca, arts. 1.218-1.229. Bolonia y Roma, 1979, p. 32; y, en una atenta perspectiva a la evolución histórica de los institutos de la responsabilidad profesional,* RESCIGNO, *P. «Obligación (nozioni)». En Enciclopedia del diritto. Vol.* XXIX. *Milán, 1979, p. 190).*

del incumplimiento en un juicio de responsabilidad. En síntesis —y salvo ulteriores precisiones—,[12] se añade, de tal manera, al aplicar a la responsabilidad contractual, *ex* artículo 1.218 del Código Civil, una idéntica regla a aquella subsumible en el artículo 2.043 Código Civil en materia de responsabilidad extracontractual: esto es, a requerir al cliente en ambas hipótesis la prueba de la culpa del profesional.

Se justifica, así, la consolidación de la distinción y su progresiva cristalización en rígidos esquemas formales.

Es, en efecto, absolutamente constante la afirmación de que, por lo general,

> [...] la obligación que el profesional asume respecto del cliente, por efecto de la aceptación del encargo a él conferido (conclusión del contrato de obra profesional), tiene por contenido (prestación) el desarrollo de la actividad profesional necesaria o útil en relación al caso concreto y en vista del resultado que, a través del medio técnico-profesional, el cliente espera obtener (considerada obligación de medios o de comportamiento, y no de resultado).[13]

Asimismo, se precisa que «el profesional, asumiendo el encargo, se compromete a prestar la propia obra intelectual solo con el fin de procurar alcanzar el resultado esperado, pero no conseguirlo».[14]

Sin embargo, aun considerando «exacto que las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional son, por regla general, obligaciones de medios», no se excluye «de manera absoluta que puedan también ser obligaciones de resultado (por ejemplo, aquellas con las cuales el profesional promete un determinado *opus*)».[15] En tal caso,

---

[12] *Véase infra § 7*

[13] *Cfr. sentencia 2.439 de la Corte de Casación, del 18 de junio de 1975. En Giurisprudenza Italiana, 1976, I, 1, p. 953; sentencia 1.845 de la Corte de Casación, del 18 de abril de 1978. En Responsabilità civile e previdenza, 1978, p. 591; y sentencia 6.141 de la Corte de Casación, del 21 de diciembre de 1978. En Giurisprudenza Italiana, 1979, I, 1, p. 953.*

[14] *Sentencia 961 de la Corte de Casación, del 28 de abril de 1961. En Giurisprudenza Italiana, 1962, I, 1, p. 1.248; la sentencia incluye la nota de* LEGA, *C. «Le prestazioni del medico come oggetto di "obbligazioni di mezzi"». Cfr. sentencia 4.245 de la Corte de Casación, del 21 de junio de 1983. En Massimario della Giustizia Civile, 1983, p. 1.509.*

[15] *Sentencia 3.389 de la Corte de Casación, del 7 de mayo de 1988. En Repertorio del Foro Italiano, 1990, voz «Professioni intellettuali», n. 111 y 112; sentencia 2.998 de la Corte de Casación, del 13 de noviembre de 1973. En Repertorio del Foro Italiano, 1973, voz «Professioni intellettuali», n. 22; Tribunal de Nápoles, del 1 de julio de 1972. En Diritto e Giurisprudenza, 1973, p. 402; con nota de* STRADOLINI, *G. «L'obbligazione del professionista».*

> la satisfacción efectiva del interés de una parte es asumido como contenido esencial e irreducible a la prestación, el cumplimiento coincide con la plena realización del objetivo perseguido por el acreedor, independientemente de la actividad y de la diligencia desplegada por la otra parte para conseguirlo. Por tanto, la obligación de resultado puede considerarse cumplida solo cuando se hubiere realizado el evento previsto como consecuencia de la actividad realizada por el deudor, en la identidad de previsión negocial y en la integridad cuantitativa y cualitativa de los efectos previstos.[16]

3. La diligencia profesional

Los perfiles de la actividad profesional, para el objetivo aquí sumariamente trazado, adquieren su exacta dimensión en la perspectiva de la diligencia, de la cual el artículo 1.176 del Código Civil, en particular el segundo párrafo, por cuanto explícitamente se prevé que, «en el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia debe evaluarse con respecto a la naturaleza de la actividad ejercitada».

En la *ratio* de esta precisión —por otro lado inserta «a título de ejemplificación legislativa»—,[17] no aparece aquella de introducir una regla diversa de la enunciada en el primer párrafo del mismo artículo, puesto que el criterio de la diligencia del «buen padre de familia» debe entenderse de manera unitaria, como «criterio objetivo y general, no subjetivo e individual», para confrontarse toda vez «al tipo especial de la particular relación».[18] Por lo demás, no se ha olvidado que la formulación del artículo 1.176 refleja una larga elaboración doctrinal y jurisprudencial ya madurada en Francia, pero no recibida por el *Code civil*: la misma distinción entre obligaciones «de resultado» y obligaciones «de medios» forma parte ya del campo del «derecho profesional» no escrito, construido, precisamente, sobre la base de un concepto de diligencia en sentido técnico-profesional.[19] Y la misma jurisprudencia parece tomar en cuenta esta evolución; en tal caso, reconoce que

---

[16] *Sentencia 6.416 de la Corte de Casación, del 10 de diciembre de 1979. En Massimario del Foro Italiano, 1979, p. 2.837.*

[17] *Relazione al Código Civil, n. 559.*

[18] *Relazione al Código Civil, n. 559. Sobre el punto, cfr.* CATTANEO, *G. Op. cit., p. 53;* NATOLI, *Ugo. «L'attuazione del rapporto obbligatorio». En Antonio Cicu y Francesco Messineo (dirs.). Trattato di diritto civil. Vol.* XVI. *2. Milán, 1984, p. 88. En contra, en el sentido de que la referencia al segundo párrafo del artículo 1.176 del Código Civil contiene indicaciones de una medida de diligencia más severa, cfr.* GIORGIANNI, *Michele. L´inadempimento (Corso di diritto civile). Milán, 1975, p. 880;* FORTINO, *M. Op. cit., p. 99.*

[19] VISINTINI, *Giovanna. La responsabilità contrattuale. Nápoles, 1979, p. 169.*

> [...] ya bajo la anterior legislación se había afirmado la concepción jurídica de la diligencia técnica, por la cual no existe un tipo fijo y abstracto de padre de familia y ello se debe, en cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, asumiendo la figura del regular y sensato profesional. Tal concepción se encuentra hoy codificada en el art. 1176 c. c.[20]

En esta perspectiva, se ha observado que «el criterio de la diligencia […] manifiesta la utilidad de su aplicación para las prestaciones que tengan por contenido un *facere* [hacer] y por tanto aquellas prestaciones susceptibles de ser apreciadas desde el punto de vista cualitativo por la observancia de ciertas reglas técnicas»: esto vale para poner en evidencia que, en el ámbito de las obligaciones «de medios», el criterio de la diligencia «se torna como la calificación de una manera de obrar. Ello significa que en la ejecución de un deber se aplicarán aquellas reglas técnicas elaboradas para una determinada disciplina o arte».[21]

En la perspectiva de una rigurosa identificación de la diligencia con la pericia técnica, el juicio de responsabilidad —entendido, según los criterios generales ex artículos 1.218 o 2.043 del Código Civil, a establecer si se ha presentado una «culpa profesional» en el comportamiento en concreto tenido por el trabajador intelectual— se resuelve, por tanto, en la evaluación de la impericia,[22] en otros términos, en la verificación de la correspondencia con el comportamiento que se habría podido exigir del «buen profesional».[23]

Tal juicio deberá tener en cuenta el hecho de que «la impericia profesional presenta un contenido variable para determinar en relación a cada particular *fattispecie* [hecho jurídico concreto], relacionando la conducta efectivamente tenida por el profesional a la naturaleza y a la especie del encargo profesional y a las circunstancias concretas en las cuales la prestación debe desarrollarse».[24]

---

[20] *Sentencia 1.271 de la Corte de Casación, del 28 de julio de 1948. En Foro Italiano, 1949, I, p. 944.*

[21] VISINTINI, *Giovanna. Op. cit., p. 185.*

[22] *Sentencia 2.274 de la Corte de Casación, del 15 de abril de 1982. En Revista Giuridica dell´Edilizia, 1983, I, p. 162: «La responsabilidad profesional del trabajador intelectual debe siempre relacionarse a errores determinados por ignorancia de conocimientos técnicos o por inexperiencia profesional».*

[23] CATTANEO, *G. Op. cit., p. 60.*

[24] *Sentencia 3.329 de la Corte de Casación, del 12 de diciembre de 1962. En Responsabilità civile e previdenza, 1963, p. 282; sentencia 2.230 de la Corte de Casación, del 2 de agosto de 1973. En Giustizia Civile, 1973, I, p. 1.864; sentencia 6.101 de la Corte de Casación, del 15 de noviembre de 1982. En Repertorio del Foro Italiano, 1982, voz «Professioni intellettuali», n. 43; a la «diligencia quam in concreto» hace referencia la sentencia 4.245 de la Corte de Casación, del 21 de junio de 1983. Op. cit.*

Esta interpretación del artículo 1.176 del Código Civil, en particular el segundo párrafo, ha aparecido, por un lado, muy restrictiva desde el momento que, entre otras cosas, «descuida los casos de «ignorancia» y de «imprudencia», que también son formas de culpa, además la negligencia consistente en la omisión del comportamiento debido»;[25] por otro lado, no es justificada, ya que «diligencia y pericia son dos conceptos diversos entre sí […]. Ambas desarrollan paralelamente, pero separadamente, el trabajo de realizar el objeto del contrato de prestación de obra a través del cumplimiento de las obligaciones que por el mencionado contrato establecen, pero lo uno (la diligencia) es instrumental respecto de la otra». En definitiva, —se observa— la diligencia representa «un modo de ser» de la aplicación en concreto de las reglas técnicas de la profesión.[26]

4. Diligencia (en sentido estricto) y pericia técnica

Diligencia (en sentido estricto) y pericia técnica aparecen, en realidad, como dos distintos perfiles de la diligencia profesional.

En jurisprudencia es constante la afirmación de que el incumplimiento de las obligaciones derivadas del ejercicio de actividades profesionales «se concreta en la violación de los deberes inherentes al desarrollo de la actividad» misma, deberes entre los cuales se encontrarían incluidos también «los preceptos de la considerada deontología profesional».[27]

En términos generales, el profesional «tiene el deber de desarrollar la actividad profesional necesaria o útil en relación al caso concreto, y tiene el deber de desarrollarla con la adecuada y necesaria diligencia»: tal es «diligencia del profesional de preparación profesional media y de cuidado medio en el ejercicio de su propia actividad».[28]

La diligencia del «buen padre de familia» se especifica, así, en aquella del «regular y sensato profesional»,[29] esto es, del profesional que ejerce su actividad «con escrupulosa atención y adecuada preparación profesional».[30]

---

[25] *SCALFI, G. «L'assicurazione della responsabilità civile dei professionisti». En Archivio della responsabilità civile, 1970, p. 404.*

[26] *LEGA, C. Le libere professioni intellettuali. Op. cit., p. 643.*

[27] *Casación de las cortes reunidas 375, del 9 de marzo de 1965. En Foro Italiano, 1965, I, p. 1.040.*

[28] *Sentencia 3.298 de la Corte de Casación, del 29 de noviembre de 1973. En Foro Italiano, 1974, I, p. 678; sentencia 2.439 de la Corte de Casación, del 18 de junio de 1975. En Giurisprudenza Italiana, 1976, I, 1, p. 953; sentencia 6.141 de la Corte de Casación, del 21 de diciembre de 1978, ivi, 1979, I, 1, p, 953. Sobre la primera de las afirmaciones referidas, cfr. también la sentencia 4.245 de la Corte de Casación, del 21 de junio de 1983. En Massimario de Giustizia Civile, 1983, p. 1.509.*

[29] *Sentencia 1.271 de la Corte de Casación, del 28 de julio de 1948. Op. cit.; sentencia 3.616 de la Corte de Casación, del 15 de diciembre de 1972. En Foro Italiano, 1973, I, p. 1.475.*

[30] *Sentencia 1.441 de la Corte de Casación, del 8 de marzo de 1979. En Giurisprudenza Italiana, 1979, I, 1, p. 1.494.*

La perspectiva de la diligencia profesional según los dos perfiles ahora descritos es absolutamente constante, aun en la variedad de los matices que es posible recoger en las diversas *fattispecie* (hechos jurídicos concretos). Así, se requiere «la observancia escrupulosa de normas técnicas, de deberes de diligencia y de común prudencia» (para el ejercicio de la medicina);[31] la «diligencia media de un profesional adecuadamente preparado y precavido» (para el notario);[32] el empleo de la «debida diligencia […] sin descuidar la aplicación de las nociones de las cuales debe estar en posesión» (para el ingeniero);[33] y la prestación de la propia obra «con escrúpulo y diligencia» (para el procurador legal).[34]

Definido el significado de la regla de comportamiento, se consigue que

> [...] donde el profesional no coloque en el desarrollo de la actividad profesional la diligencia media […] su responsabilidad frente al cliente por los daños causados es disciplinada por los principios comunes de la responsabilidad contractual. Por lo tanto, el profesional responde, por regla general, frente al cliente, además de por el dolo también por la culpa leve.[35]

5. La atenuación de la responsabilidad profesional: el artículo 2.236 del *Codice Civile*

La operatividad de las reglas generales de la responsabilidad profesional en la perspectiva, ahora delineada, de la diligencia en sentido técnico se justifica también sobre la base de una específica norma dictada sobre la rúbrica «responsabilidad del trabajador» (intelectual): el artículo 2.236 del Código Civil, en efecto, prevé que «si la prestación implica la solución de

---

[31] *Sentencia 3.616 de la Corte de Casación, del 15 de diciembre de 1972. Op. cit.*

[32] *Sentencia 4.847 de la Corte de Casación, del 25 de octubre de 1978. En Rivista del notariato, 1979, p. 163; sentencia 3.520 de la Corte de Casación, del 23 de junio de 1979. En Massimario della Giustizia Civile, 1979, p. 1542.*

[33] *Sentencia 1.305 de la Corte de Casación, del 27 de abril de 1968. En Revista Giuridica dell´Edilizia, 1968, p. 1429.*

[34] *Sentencia 1.260 de la Corte de Casación, del 7 de junio de 1967. En Repertorio del Foro Italiano, 1967, voz «Professioni intellettuali», n. 84.*

[35] *Sentencia 6.141 de la Corte de Casación, del 21 de diciembre de 1978. Op. cit.; sentencia 969 de la Corte de Casación, del 17 de febrero de 1981. En Responsabilità civile e previdenza, 1981, p. 747; sentencia 2.428 de la Corte de Casación, del 26 de marzo de 1990. En Repertorio del Foro Italiano, 1990, voz «Professioni intellettuali», n. 113; sentencia 8.218 de la Corte de Casación, del 11 de agosto de 1990, ivi, 1990, voz «Professioni intellettuali», n. 114.*

problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de obra no responde de los daños, si no en caso de dolo o de culpa grave».[NT3]

La disposición ha sido interpretada, ahora, como pura y simple aplicación del principio ex artículo 1.176, segundo párrafo,[36] ya como excepción a los principios generales en el sentido de una atenuación de la responsabilidad del profesional.[37]

Su presencia en el sistema de la responsabilidad profesional aparece, en realidad, mejor justificada en este segundo sentido, tomando en cuenta que ella ha sido dictada en el intento de conciliar «dos exigencias opuestas, aquella de no afectar la iniciativa del profesional con el temor de represalias injustas por parte del cliente en caso de fracaso y aquella inversa de no satisfacer frente a las no ponderadas decisiones o reprobables inercias del profesional».[38]

Hemos dicho, sin embargo, que, en una primera lectura, la norma parece contrastar con una elemental exigencia de justicia sustancial, además de con la *ratio* del artículo 1.176 del Código Civil, sobre todo en el caso en el cual esta última norma viene interpretada según esquemas rígidos.

Aparece, en efecto, profundamente contradictoria y, bien vistas las cosas, difícilmente justificable la previsión de un límite mínimo de competencia y cuidado (esto es, de diligencia en sentido lato) —correspondiente a un elevado grado de culpa— cuando tal nivel debería ser tanto más alto en función de la dificultad de los problemas afrontados.

La formulación poco feliz de la norma no debe hacer olvidar que la jurisprudencia más antigua en materia de responsabilidad profesional distinguía dos áreas bien delineadas al interior del concepto de diligencia: aquella de la competencia (discrecionalidad) técnica y aquella del cuidado (escrupulosidad) en la ejecución del encargo recibido. De aquí la tendencia que considera que el juez no puede pronunciarse sobre la primera si no es en caso de «ignorancia o impericia inexcusable», o de «error grosero», pero que sí fuese, en cambio, tenido en cuenta al evaluar con mayor severidad la

---

[NT3] *Esta norma ha tenido una más que evidente repercusión en nuestra legislación civil. Al respecto, remitimos a la lectura del artículo 1.762 del Código Civil peruano («Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable»).*

[36] *Cattaneo, G. Op. cit., p. 79: «La culpa grave del artículo 2.236 no es que la culpa leve es evaluada teniendo en cuenta la especial dificultad de la prestación»*

[37] *Giacobbe, G. «Professioni intellettuali». En Enciclopedia del diritto. Vol. xxxvi. Milán, 1987, p. 1084; Riva Sanseverino, L. Op. cit., p. 179; Lega, C. Le libere professioni intellettuali. Op. cit., p. 845.*

[38] *Relazione al Código Civil, n. 917.*

segunda, esto es, según el criterio del «buen padre de familia» y, por tanto, hasta el límite de la culpa leve.[39]

La contradicción resultante del artículo 2.236 del Código Civil se revela, por lo tanto, más aparente que real; justificando una interpretación restrictiva de la norma en el sentido de que «la misma se refiere a aquel solo aspecto de la culpa que concierne no a la prudencia y la diligencia en sentido estricto, sino a la pericia»[40].

La jurisprudencia ha asumido desde luego tal interpretación (*cfr.*, aunque con formulaciones diversas, Corte de Apelación de Firenze, del 20 de setiembre de 1966, en *Giurisprudenza Toscana*, 1967, p. 435; sentencia n. 3044 de la Corte de Casación, del 13 de octubre de 1972, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1973, p. 97; sentencia n. 2052 de la Corte de Casación, del 23 de mayo de 1975, en *Archivio civile*, 1975, p. 1485), además garantizada por la misma Corte Constitucional, que, al pronunciarse (negativamente) sobre una cuestión de inconstitucionalidad de los arts. 42 y 589 del *Codice penale* en relación al art. 2236 c. c., bajo el perfil de la expuesta contrariedad con el art. 3 de la Constitución, ha tenido oportunidad de precisar que «al contrario, hay que reconocer que, mientras en la primera (pericia) la indulgencia del juicio del magistrado es directamente proporcional a las dificultades de la tarea, por las otras dos formas de culpa (prudencia y diligencia) todo juicio no puede ser marcado en base a criterios normales de severidad» (sentencia n. 166 del 28 de noviembre de 1973, en *Foro Italiano*, 1974, I, p. 19); en general, v. la sentencia n. 8218 de la Corte de Casación, del 11 de agosto de 1990, en *Repertorio del Foro Italiano*, 1990, voz «Professioni intellettuali», n. 114.

Ello significa que comportamientos caracterizados por el descuido o la imprudencia son, en todo caso, fuente de responsabilidad para el profesional según el criterio ordinario de la culpa; más bien, en caso que se verifiquen en ocasión de prestaciones que comporten la solución de particulares problemas técnicos, precluyendo toda apreciación en orden a la *«especial dificultad»* de los mismos (sentencia n. 3371 de la Corte de Casación, del 19 de octubre de 1968, en *Massimario della Giustizia Civile*, 1968, p. 1753). En tal sentido, ha sido afirmado —negando la aplicación de la atenuación *ex* art. 2236 c. c.— que el profesional, que hubiere asumido una prestación «exorbitante por sus posibilidades, debe responder, en virtud de las normas comunes sobre la responsabilidad, por responsabilidad agravada por falta

---

[39] *Corte de Apelación de Milán, del 12 de mayo de 1914. En Monitore dei Tribunali, 1914, p. 593; Corte de Apelación de Turín, del 15 de diciembre de 1926, ivi, 1927, p. 581; Corte de Apelación de Génova, del 30 de junio de 1933. En Nuevo Diritto, 1934, p. 405.*

[40] *De Martini, A. «La responsabilità civile del medico». En Giustizia civile, 1954, p. 1256.*

de uso de los criterios de diligencia y de prudencia determinadas por la asunción de la obligación» (Corte de Apelación de Trieste, del 16 de abril de 1964, en *Archivio della responsabilità civile*, 1964, p. 317: en la *fattispecie* [en el hecho jurídico concreto], se trataba del uso negligente de un «aparato radioscópico de carril»; con referencia a un caso análogo, v. la sentencia n. 1476 de la Corte de Casación, del 21 de abril de 1977, en *Archivio Civile*, 1977, p. 734).

Bajo el perfil más estrictamente técnico, el juez de mérito deberá —con juicio incensurable en sede de legitimidad (sentencia n. 1260 de la Corte de Casación, del 7 de junio de 1967, cit.; sentencia n. 2052 de la Corte de Casación, del 23 de mayo de 1975, cit.)— evaluar si la prestación implicase «una pericia superior a aquella ordinariamente propia de todo buen profesional» (sentencia n. 375 de las Salas Reunidas de la Corte de Casación, del 9 de marzo de 1965, en *Foro Italiano*, 1965, I, p. 1040): y por lo tanto, «un compromiso técnico-profesional de nivel superior» (sentencia n. 2439 de la Corte de Casación, del 18 de junio de 1975, cit.; Corte de Apelación de Venecia, del 26 de marzo de 1976, en *Giurisprudenza di Merito*, 1978, p. 837; sentencia n. 4437 de la Corte de Casación, del 7 de agosto de 1982, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1984, p. 78).

Tal evaluación deberá realizarse *a posteriori* —dada la extrema variabilidad de los elementos caracterizantes de la particular *fattispecie* [hecho jurídico concreto]— a la luz de los conocimientos que concurren a formar el patrimonio cultural en los varios sectores del conocimiento. De tal manera será posible, en vía de principio, dar una respuesta atendible al problema si el caso *de quo* habría podido ser resuelto aplicando «reglas que, para el común consenso de las autoridades científicas y por consolidada experimentación, se pueden considerar adquiridas a la ciencia y a la practica» (sentencia n. 6141 de la Corte de Casación, del 21 de diciembre de 1978, cit.; Tribunal de Lanciano, del 9 de mayo de 1978, en *Giurisprudenza Italiana*, 1979, I, 2, p. 369); o si, en cambio, debe afirmarse la «especial dificultad» de los problemas afrontados por el profesional: para tal fin, se requiere que «objetivamente la ciencia y la práctica sugieran dos o más soluciones contrastantes, pero con igual índice de probabilidad de resultado» (Tribunal de Trani, del 18 de febrero de 1964, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1965, p. 82).

6. La *especial dificultad* de los problemas técnicos afrontados

Tales afirmaciones valen, en sustancia, para todo sector de la actividad profesional.

A título ejemplificativo, y deseando verificar la real consistencia de los criterios propuestos en vía de principio, será oportuno analizar el significado atribuido a la «especial dificultad»[NT4] de los problemas técnicos, de los cuales el art. 2236 c. c., con referencia a algunos sectores muy significativos de la actividad profesional.

En el sector de la responsabilidad médica se ha afirmado que el criterio en cuestión es aplicable cuando el caso concreto presente «caracteres de extraordinariedad y excepcionalidad, si por no haber sido adecuadamente estudiado por la ciencia y experimentado en la practica, o bien cuando en la ciencia misma hubieren sido propuestos o debatidos diversos, y entre sí incompatibles, sistemas de diagnóstico, terapéuticos y de técnica quirúrgica, entre los cuales el médico deba realizar una elección» (sentencia n. 1845 de la Corte de Casación, del 18 de abril de 1978, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1978, p. 591; sentencia n. 1441 de la Corte de Casación, del 8 de marzo de 1979, cit. Para un minucioso análisis de la casuística en discusión, v. PRINCIGALLI, A., [22], p. 136; SGOBBO, R., [30], p. 829) (v. MEDICO: IV) Responsabilità penale del medico).

La elección de medios de defensa, la interpretación de la ley a la luz de las oscilaciones de la jurisprudencia, la evaluación de los intereses del cliente, son, en síntesis, los principales puntos de referencia indicados a los fines del juicio de responsabilidad del abogado. En particular, se ha considerado que «en la conducta procesal de un profesional forense no se puedan revisar los extremos de la imprudencia o de la impericia, en caso que esta sea, en cambio, el fruto de convencimiento mediato; además, si, al afrontar problemas jurídicos de indudable particular dificultad éste hubiere empleado los medios sugeridos por la propia ciencia profesional y esta aparece del todo adecuada a aquel contexto de conocimiento técnico, que un profesional comprometido que tal tipo de actividad debe poseer, lo que basta para excluir toda responsabilidad sobre la materia» (Tribunal de Venecia, del 26 de julio de 1976, en *Giurisprudenza di Merito*, 1976, I, p. 379; *cfr.* también el Tribunal de Salerno, del 29 de febrero de 1980, en *Il Foro Napoletano*, 1981, I, p. 271; Tribunal de Benevento, del 18 de enero de 1982, en *Giurisprudenza di Merito*, 1983, I, p. 620. Véase la amplia exposición de CLARIZIA, R. y R. RICCI, [5], p. 164) (v. AVVOCATO E PROCURATORE: II) Diritto processuale).

Problemas diversos se ubican con respecto a la actividad del notario: la atención se polariza, en este caso, sobre los deberes profesionales que supe-

---

[NT4] *Al respecto véase el artículo del profesor TRAZEGNIES, Fernando de. «La evaporación de la responsabilidad profesional». Revista del magíster en derecho civil, vol. 1, Lima, 1997, p. 55 y ss.*

ran los confines de la función pública ejercitada *ex lege* (v. NOTAIO E NOTARIATO: I) Diritto amministrativo). Se ha afirmado con expresión muy eficaz si su obra «no puede reducirse a aquella de un pasivo registrador de las declaraciones ajenas, sino que debe extenderse a una actividad preparatoria adecuada: resulta que el notario, cuando sea requerido de la redacción de un acto público de transferencia inmobiliaria, tiene el deber de proceder previamente, sin necesidad de un específico encargo de la parte, a las así denominadas «visure»[NT5] *(catastral e hipotecaria)*» (sentencia n. 3520 de la Corte de Casación, del 23 de junio de 1979, en *Massimario della Giustizia Civile*, 1979, p. 1542; Corte de Apelación de Nápoles, del 11 de enero de 1978, en *Giurisprudenza di Merito*, 1980, I, 96; sentencia n. 1840 de la Corte de Casación, del 20 de febrero de 1987, en *Vita Notarile*, 1987, p. 388; v. la exposición de LEPRI, A. [13], p. 176).

El grado de dificultad de los problemas técnicos afrontados por ingenieros y arquitectos han a menudo establecido para comparar con los compromisos fijados por la ley para las «profesiones técnicas menores» (sentencia n. 1818 de la Corte de Casación, del 29 de marzo de 1979, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1979, p. 803): negándose la aplicación de la atenuación de responsabilidad, *ex* art. 2236, cuando estos son llamados a ejecutar prestaciones que podrían formar objeto de la actividad de un topógrafo, o de un perito agrónomo, etc (*cfr.* la sentencia n. 3557 de la Corte de Casación, del 11 de diciembre de 1972, en *Archivio della responsabilità civile*, 1973, p. 260; para profundizar en el sector especifico, MORSILLO, G., [18]; MUSOLINO, G., [19]).

7. La carga de la prueba en juicio

La particular naturaleza de la obligación del profesional se refleja necesariamente también sobre el régimen probatorio del incumplimiento.

En todo caso se ha precisado que, bien vistas las cosas, el compromiso de una actividad diligente (en el significado ya descrito) en vista del resultado favorable para el cliente no comporta, por sí mismo, excepción alguna a la regla general ex art. 2697 c. c.: debiendo igualmente el acreedor (cliente) proveer la prueba de los hechos constitutivos de la pretensión, esto es, del incumplimiento; e incumbiendo al deudor (profesional) la prueba de los hechos modificativos o extintivos, esto es, de los hechos que integran la causa a él no imputable del incumplimiento.

[NT5] *El término visura (en plural visure) describe el proceso de control catastral dirigido a obtener la verificación de la posición jurídica y el valor de un determinado inmueble hipotecado.*

El verdadero problema, en realidad, es aquel de establecer si (y hasta que punto) el fin último perseguido por el cliente influya en el contenido de la prestación profesional.

Aceptada la distinción entre obligaciones *«de medio»* y obligaciones *«de resultado»*, la jurisprudencia construyo un sistema rígido en el cual la actividad probatoria de las partes ha sido estrictamente prefijada.

Se afirma, en efecto, que donde el profesional no estuviere obligado a obtener un determinado resultado útil, la prueba del incumplimiento (o cumplimiento inexacto) debe referirse a la actividad en concreta realizada: en particular, según una fórmula recurrente, «ejecutada la prestación a la cual el profesional se hubiere obligado al concluir el contrato de obra profesional, incumbe al cliente, el cual asume haber sufrido un daño, la carga de probar la defectuosa o inadecuada prestación profesional, la existencia o inadecuada prestación profesional y el daño; mientras que incumbe al profesional la carga de probar la imposibilidad, a él no imputable, de la perfecta ejecución de la prestación» (sentencia n. 961 de la Corte de Casación, del 28 de abril de 1961, en *Giurisprudenza Italiana*, 1962, I, 1, p. 1248, con nota de LEGA, C., [12]; sentencia n. 3403 de la Corte de Casación, del 7 de noviembre de 1974, en *Archivio Civile*, 1975, p. 537; sentencia n. 1831 de la Corte de Casación, del 11 de mayo de 1977, en *Archivio Civile*, 1977, p. 842).

En caso que, en cambio, se deduzca de la obligación un *opus* determinado, habiéndose el profesional comprometido a la realización del fin último que el cliente intenta alcanzar, la prueba del incumplimiento estará limitada a la demostración de la ausencia de obtención de tal objetivo: en tal sentido, «el juez no se encuentra obligado a admitir medios de prueba considerados irrelevantes bajo el perfil jurídico, como… aquellos tendientes a demostrar la explicación, por parte del deudor, de una actividad que se encuentre destinada a lograr el fin perseguido por el acreedor pero improductiva de concretas consecuencias» (sentencia n. 6416 de la Corte de Casación, del 10 de diciembre de 1979, en *Massimario della Giustizia Civile*, 1979, p. 2837).

La carga probatoria puesta a cargo del cliente resulta, así, tanto más gravosa en función de la complejidad de la prestación profesional deducida en juicio. De ello resulta confirmada, entre otras cosas, la afirmación que «en cuanto respecta la defectuosidad o la inadecuación de la prestación profesional, el cliente tiene la carga de proveer la prueba de suficientes e idóneos datos objetivos, en base a las cuales el juez evaluará si, en relación a la naturaleza del caso concreto, fuese suficiente una preparación profesional media y una diligencia media en el ejercicio de la actividad profesional, o si, en cambio, fuese requerido una labor técnico-profesional de nivel superior,

implicando el caso concreto la solución de problemas técnicos de especial dificultad» (sentencia n. 2439 de la Corte de Casación, del 18 de junio de 1975, en *Giurisprudenza Italiana*, 1976, I, 1, p. 953). Sin embargo, se precisa que la prueba de la existencia de tales problemas, «que lleva a una derogación parcial a las normas generales de la responsabilidad por culpa, incumbe al profesional» (sentencia n. 3957 de la Corte de Casación, del 3 de diciembre de 1974, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1975, p. 465; con particular atención a los daños ocasionados por prestaciones médicas v. la sentencia n. 6220 de la Corte de Casación, del 16 de noviembre de 1988, en *Repertorio del Foro Italiano*, 1988, voz «Professioni intellettuali», n. 94).

8. Posible presunción de responsabilidad

Un intento de superar la rígida distinción entre obligaciones *de medios* y obligaciones *de resultados* en el sentido de un aligeramiento del *onus probandi* a cargo del cliente es de fecha bastante reciente. Se considera, en efecto, que la anormalidad del resultado negativo obtenido pueda –donde sea adecuadamente probada– ser suficiente para fundar una presunción de «inadecuada o no diligente ejecución de la prestación profesional»; y haciendo, de tal manera, gravar sobre el profesional (en particular, quirúrgica) la carga de «proveer la prueba contraria: de haber ejecutado adecuadamente y diligentemente la prestación profesional» (sentencia n. 6141 de la Corte de Casación, del 21 de diciembre de 1978, en *Giurisprudenza Italiana*, 1979, I, 1, p. 953).

La importancia de tal afirmación aparece del todo evidente, donde se tenga presente que por jurisprudencia consolidada «en tema de responsabilidad profesional el incumplimiento, tratándose de obligaciones de comportamiento no puede deducirse por el contrario de la ausencia de resultado» (sentencia n. 3329 de la Corte de Casación, del 12 de diciembre de 1962, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1963, p. 282; sentencia n. 1386 de la Corte de Casación, del 12 de setiembre de 1970, en *Giustizia Civile*, 1971, I, p. 627; sentencia n. 2052 de la Corte de Casación, del 23 de mayo de 1975, en *Archivio Civile*, 1975, p. 1485).

La importancia innovativa de la decisión de 1978 no parece disminuida por la presencia de algunos precedentes, los cuales aparecen en términos generales menos significativos (Tribunal de Milán, del 30 de mayo de 1960, en *Temi*, 1960, p. 521; Corte de Apelación de Milán, 17 de febrero de 1961, *ivi*, 1962, p. 609; sentencia n. 3616 de la Corte de Casación, de 15 de diciembre de 1972, en *Foro Italiano*, 1973, I, p. 1475). A ello se le debe subrayar que sucesivamente al pronunciamiento *de qua* ha sido reafirmado

para esclarecer los estudios del enfoque tradicional (sentencia n. 5885 de la Corte de Casación, del 9 de noviembre de 1982, en *Archivio Civile*, 1983, p. 496; sentencia n. 3463 de la Corte de Casación, del 18 de mayo de 1988, en *Il Corriere giuridico*, 1988, p. 989, con nota de R. Danovi): precisándose, entre otras cosas, que también en caso de culpa médica incumbe al cliente la carga de probar «las específicas omisiones o las insuficiencias de la actividad prestada» por el profesional (sentencia n. 1544 de la Corte de Casación, del 17 de marzo de 1981, en *Massimario della Giustizia Civile*, 1981, p. 600; Corte de Apelación de Nápoles, 6 de abril de 1982, en *Archivio Civile*, 1982, p. 740).

La intervención, confirmada (en términos) de la regla jurisprudencial arriba referida por obra de la misma Corte Suprema (sentencia n. 6220 de la Corte de Casación, del 16 de noviembre de 1988, cit.; para un puntual comentario de la decisión, FINESCHI, V., «Una responsabilità medica sempre più «oggettiva» nel trend della giurisprudenza italiana», en Zacchia, 1989, p. 144) parece conferirle el cariz de principio consolidado; legitimando la convicción que la brecha abierta en el muro de la carga de la prueba en caso de responsabilidad médica se encuentre destinado a ampliarse también a otras hipótesis de responsabilidad profesional, según la lógica del criterio *res ipsa loquitur*[NT6] (sobre la cual se reenvía a la voz PROVA: I) Diritto processuale civile).

9. Casos específicos

Se referirán en seguido, a título ejemplificativo de los criterios examinados, una serie de pronunciamientos significativos concernientes al ejercicio de algunas profesiones intelectuales.

a) Medico-cirujano:

- En relación a los problemas del consentimiento al tratamiento sanitario, se ha afirmado recientemente —acogiendo una perspectiva generada en tiempos relativamente recientes, al menos en la formulación adoptada— que el paciente debe ser informado de manera previa por el *cirujano* «del efectivo alcance de la intervención, en relación a su gravedad, de los efectos susceptibles de obtener, de las inevitables dificultades, de las

[NT6] *Para una primera aproximación al estudio del instituto de la res ipsa loquitur puede revisarse el reciente artículo del profesor* BULLARD, *Alfredo. «Cuando las cosas hablan: el res ipsa loquitur y la carga de la prueba en la responsabilidad civil». Themis, 2ª. época, n.º 50, Lima, 2005, p. 217 y ss.*

eventuales complicaciones y de los previsibles riesgos implícitos de fracaso, ello para poder decidir entre la oportunidad de proceder a la intervención, dada la razonable expectativa de éxito, y de la necesidad de omitirlo en ausencia de ventajas previsibles, excluyéndola en todo caso dada la certeza de perjuicios permanentes» (sentencia n. 3604 de la Corte de Casación, del 12 de junio de 1982, en *Archivio Civile*, 1982, p. 1124: en el caso, la actora lamentaba que, solicitada la extirpación de un pequeño lipoma en el muslo derecho, el cual fue realizado, y sin su conocimiento, también una intervención de *«lipomatosis»* notablemente destructiva sobre su muslo izquierdo);

- «La falta de adopción de un remedio adquirido para la practica médica, sin contrastes, e idóneo a evitar la manifestación de complicaciones post-operatorias, implica la vulneración de la diligencia profesional regulada y asumida por el profesional» (sentencia n. 1441 de la Corte de Casación, del 8 de marzo de 1979, en *Giurisprudenza Italiana*, 1979, I, 1, p. 1494: en el caso, se trataba de la intervención para extirpar e inmobilizar un sector de la rodilla durante la cual no había sido aplicada *«un drenaje en ambos lados de la herida operada», con el consecuente proceso cancerígeno*);
- La presencia de «problemas técnicos de particular dificultad» a causa de las «particulares condiciones anatómicas descubiertas en la intervención quirúrgica» ha sido afirmada en un caso de extirpación quirúrgica de la tiroides (Tribunal de Verona, del 22 de abril de 1972, en *Giurisprudenza Italiana*, 1974, I, 2, p. 974. La sentencia fue posteriormente reformada en grado de apelación, después de una nueva consulta técnica, con decisión de la Corte de apelación de Venecia, del 26 de marzo de 1976, en *Giurisprudenza di Merito*, 1978, p. 837; finalmente, la sentencia n. 1845 de la Corte de Casación, del 18 de abril de 1978, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1978, p. 591, confirmó la sentencia de segundo grado);
- A los fines de la responsabilidad profesional vinculada a la solución técnica de problemas de especial dificultad la omisión de una fase operatoria comprimida en la terapia preelegida constituye culpa grave con prescindencia de su utilidad (sentencia n. 1756 de la Corte de Casación, del 6 de junio de 1972, en *Giurisprudenza Italiana*, 1973, I, 1, p. 1376: en particular, se trataba de una intervención quirúrgica para corregir el equinismo de un miembro inferior);
- «La terapia por electroshock es terapia normal, que no requiere la solución de problemas técnicos de excepcional dificultad, sino solo la observancia escrupulosa de normas técnicas, de deberes de diligencia y de común prudencia» (sentencia n. 3616 de la Corte de Casación, del 15

de diciembre de 1972, cit.: en particular, ha sido afirmada la responsabilidad del médico por una doble fractura del húmero como resultado de un tratamiento ejecutado sin la adopción de las normales cautelas del caso);

- «La imponderada, apresurada extirpación de un órgano sano, erróneamente considerado enfermo, constituye culpa grave del cirujano que la hubiere realizado» (Corte de Apelación de Nápoles, del 12 de octubre de 1955, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1957, p. 391) (v. MEDICO: IV) Responsabilità penale del medico);
- En particular, sobre el deber de información a cargo del cirujano plástico v. la sentencia n. 4394 de la Corte de Casación, del 8 de agosto de 1985, en *Foro Italiano*, 1986, I, p. 121; en doctrina v. QUADRI, E. «Profili contrattuali del chirurgico plastico». En *Diritto e Giurisprudenza*, 1987, p. 761;
- En cuanto concierne a la culpa grave del medico sanitario en caso de nacimiento de un hijo no obstante la intervención de interrupción del embarazo *cfr.* Tribunal de Padua, del 9 de agosto de 1985, en *Foro Italiano*, 1986, I, p. 1995;
- Sobre la errada colocación de prótesis dental v. Corte de Apelación de Roma, del 27 de noviembre de 1986, en *Nuovo diritto*, 1988, p. 437;
- Acerca de la omisión de determinación de las consecuencias neurológicas después de un trauma en el cráneo v. la sentencia n. 1847 de la Corte de Casación, del 22 de febrero de 1988, en *Archivio Civile*, 1988, p. 684;
- Sobre la intervención de neurocirugía ejecutada no obstante la ausencia de experiencia especifica en el sector por parte de quien realiza la operación, v. la sentencia n. 2428 de la Corte de Casación, del 26 de marzo de 1990, en *Massimario del Foro Italiano*, 1990.

Es menester resaltar que según la sentencia de la Corte de Casación, Sala Penal, del 16 de febrero de 1987, en *Repertorio del Foro Italiano*, 1988, voz «Professioni intellettuali», n. 99, «la culpa profesional del médico debe ser evaluada por el juez con amplitud de visión y con comprensión». También se ha afirmado que los médicos dependientes por entidades hospitalarias publicas son responsables como los profesionales privados por los daños sufridos por sus pacientes; sentencia n. 2144 de la Corte de Casación, del 1 de marzo de 1988, en Foro Italiano, 1988, I, p. 2296 (v. MEDICO: II) Medico ospedaliero).

b) Abogado:

- Las hipótesis en las cuales ha sido afirmada la responsabilidad del abogado por culpa ordinaria son reconducibles, por lo demás, en la categoría

de las actividades más estrictamente técnico-procesales: p. e., notificación de la denuncia civil (Tribunal de Salerno, del 29 de febrero de 1980, en *Il Foro Napoletano*, 1981, I, p. 271); la integración del contradictorio y notificaciones respectivas (sentencia n. 1437 de la Corte de Casación, del 24 de marzo de 1978, en *Archivio Civile*, 1978, p. 920); subsanación de la apelación inadmisible (sentencia n. 3298 de la Corte de Casación, del 29 de noviembre de 1973, en *Foro Italiano*, 1974, I, p. 678);

- La *fattispecie* [hecho jurídico concreto] de ausencia de comunicación del defensor de oficio al imputado aparece como reconducible al área de las actividades que comportan una evaluación discrecional del operador, abogado que recurre en Casación, del anuncio recibido *ex* art. 533 del Código penal (sentencia n. 969 de la Corte de Casación, del 17 de febrero de 1981, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1981, p. 747: en particular, ha sido confirmada la decisión de segundo grado que había excluido la responsabilidad del abogado) (v. AVVOCATO E PROCURATORE: II) Diritto processuale);
- Ha sido, en cambio, considerado aplicable el art. 2236 c. c. en la hipótesis en la cual el abogado deba establecer «si el contrato preliminar deba ser probado por escrito donde tal limitación probatoria hubiere sido prevista por la ley o para el contrato definitivo» (Pretorio de Taranto, del 19 de febrero de 1982, en *Giurisprudenza Italiana*, 1982, I, 2, p. 581: en particular, se tomaba en consideración el contrato de cesión de empresa).
- Sobre la errada evaluación del interés del cliente en la solicitud de pruebas testimoniales v. la sentencia n. 3463, del 18 de mayo de 1988, en Repertorio del Foro Italiano, 1988, voz «Professioni intellettuali», n. 95;
- Ha sido considerada la responsabilidad del abogado por haber retenido de manera inmotivada la documentación proveída por su cliente, precluyendo la posibilidad de que éste último pueda recurrir a la autoridad jurisdiccional; Corte de Casación sentencia n. 11612, del 4 de diciembre de 1990, en *Repertorio del Foro Italiano*, 1988, voz «Professioni intellettuali», n. 115. Para una puntual exposición v. CLARIZIA, R. y R. RICCI, [5].

c) Notario:

- En el ámbito de las actividades ubicadas más allá del ejercicio de la función del funcionario público, han sido reconducidas, además de las ya recordadas *«visure»* (catastrales e hipotecarias. Según la Corte de

Apelación de Turín, del 16 de octubre de 1989, en *Foro Italiano*, 1990, I, p. 1003, el notario es responsable por haber certificado la libertad de un bien gravado con hipoteca, tiene el deber de proceder a la cancelación de la hipoteca, y además a resarcir el daño ulterior. En general v. sentencia n. 7827 de la Corte de Casación, del 24 de octubre de 1987, en *Vita notarile*, 1988, p. 366; y la sentencia n. 7127 de la Corte de Casación, del 29 de agosto de 1987, en *Rivista del notariato*, 1989, p. 422), p. e., el registro de actos rogados (sentencia n. 1254 de la Corte de Casación, del 4 de marzo de 1981, en *Massimario della Giustizia Civile*, 1981, p. 482: en particular, se ha considerado la culpa del notario que, aún proveyendo de manera oportuna a la inscripción de una compraventa de maquinarias, «omite, aunque no se hubiere acordado específicamente el compromiso, de emplear para obtener la aplicación de la menor alícuota, llevando el acto a registro en fecha sucesiva de aquella de vencimiento del beneficio»); la inscripción de los mismos (*cfr.* sentencia n. 1148 de la Corte de Casación, del 22 de febrero de 1979, en *Giustizia Civile*, 1979, I, p. 790: «El notario se encuentra obligado a proveer la inscripción del acto que hubiere recibido aunque las partes no le hubiesen anticipado el importe de las tasas, de los honorarios y de los gastos del acto»);

- Con referencia a la inscripción de los actos mencionados en el párrafo precedente, la interpretación del art. 2671 no se presenta seguramente unívoca, respecto al deber de realizar la inscripción «en el menor tiempo posible»: se ha considerado, p. e., que «el lapso de tiempo de seis días no constituye retardo culpable» (Corte de Apelación de Catanzaro, del 4 de abril de 1967, en *Archivio de la responsabilità civile*, 1968, p. 910: compraventa inmobiliaria); mientras se debe considerar responsable por inscripción tardía del acto de compraventa inmobiliaria el notario que hubiere realizado la formalidad «ocho días después de la autenticación del acto, cuando, en las postrimerías, ya había sido inscrito la pignoración de los bienes vendidos por parte del acreedor alienante» (Corte de Apelación de Milán, del 27 de mayo de 1975, en *Archivio Civile*, 1976, p. 758); así como es responsable de los daños sufridos por el adquirente, a causa de la publicación anterior de un secuestro relativo al mismo inmueble, el notario que «hubiere demorado dieciocho días antes de registrar el acto de compraventa inmobiliaria» (Corte de Apelación de Trento, del 4 de mayo de 1964, en *Archivio della responsabilità civile*, 1966, p. 1009);
- El notario tiene el deber de determinar la capacidad legal para contratar de las personas que intervienen en el acto negocial que le sea presentado. En su defecto es responsable civilmente *ex contractu* de los

efectos perjudiciales de su incumplimiento (Corte de Casación sentencia n. 3066, del 29 de octubre de 1971, en *Rivista del notariato*, 1972, p. 326).

d) Ingeniero y arquitecto:

- Se ha afirmado que el ingeniero proyectista deba considerarse responsable «de la inundación de la construcción proyectada, y que su responsabilidad no requiere de culpa grave, no implicando la individualización de los límites la solución de problemas técnicos de especial dificultad» (Corte de Casación sentencia n. 1818, del 29 de marzo de 1979, en Responsabilità civile e previdenza, 1979, p. 803; en sentido conforme v. Corte de Casación sentencia n. Corte de Casación sentencia n. 3476, del 21 de julio de 1989, en Repertorio del Foro Italiano, 1989, voz «Professioni intellettuali», n. 98; en *contra*, en el sentido que «no ingresa en la actividad profesional del ingeniero o del arquitecto, al cual hubiere sido encomendada la elaboración del proyecto de obra urbanística y la dirección de los respectivos trabajos, la tarea de controlar los reales límites del terreno sobre el cual debe erigirse la obra», v. Corte de Apelación de Milán, del 9 de enero de 1973, en *Archivio della responsabilità civile*, 1973, p. 426);
- La obligación de redactar un proyecto de ingeniería que hubiere sido configurada como *«de resultado»* cuando al mismo proyectista sea confiada también la dirección de los trabajos, v. la sentencia n. 5509 de la Corte de Casación, del 27 de octubre de 1984.
- «El ingeniero, que hubiere realizado el encargo de elaborar el proyecto, no puede ser exonerado de responsabilidad por errores en el proyecto, asumiendo que ésta, para haber solicitado el cálculo de concreto armado para emplear en la construcción, implicaba la solución de problemas técnicos de particular dificultad» (sentencia n. 3557 de la Corte de Casación, del 11 de diciembre de 1972, en *Archivio della responsabilità civile*, 1973, p. 260);
- Ha sido reconocida la culpa grave del profesional que hubiere asumido la obligación de redactar y de presentar para la aprobación del proyecto de construcción de un edificio, cuando «omita proveer al proyecto de los elementos que son absolutamente necesarios para consentir dicha aprobación» (Corte de Apelación de Florencia, del 8 de mayo de 1968, en *Giurisprudenza Toscana*, 1968, p. 578: en particular, fue omitida la presentación de la planimetría de la zona, la previsión del acceso a la vía pública y de la salida de las aguas blancas y sucias);

- Aparece como bastante particular la *fattispecie* [hecho jurídico concreto] resultante de la resolución de la Corte de Apelación de Roma, 9 de julio 1965, en *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 1966, p. 127: ha sido excluido, en particular, que el incumplimiento del profesional fuese a imputarse a su negligencia o impericia, puesto que, «tratándose de proyectar un palacete de tipo económico y popular en una zona de lujo… se hubiere encontrado en la imposibilidad de conciliar los criterios informativos de tal tipo de construcción con las exigencias estéticas y panorámicas de la zona» (el proyecto, aprobado por la Comisión edilicia comunal no había luego obtenido la aprobación de la Superintendencia de monumentos porque la obra a edificar no reunía un valor estético idóneo). El proyectista de un edificio ha sido considerado responsable por no haber requerido al comitente un apropiado estudio sobre la naturaleza y consistencia del terreno, originando vicios de construcción: sentencia n. 4531 de la Corte de Casación, del 12 de julio de 1986, en *Repertorio del Foro Italiano*, 1987, voz «Professioni intellettuali», n. 112. Para la responsabilidad del topógrafo v. la sentencia n. 286 de la Corte de Casación, del 13 de enero de 1984, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1984, p. 670.

10. Fuentes normativas

Artículo 1176 del *Codice civile*. *Diligencia en el cumplimiento*. En el cumplimiento de la obligación el deudor debe usar la diligencia del buen padre de familia.

En el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia debe evaluarse de acuerdo a la actividad realizada.

Artículo 1228 del *Codice civile*. *Responsabilidad por el hecho de los auxiliares*. Salvo voluntad diversa de las partes, el deudor que en el cumplimiento de la obligación se vale del obrar de terceros, responde también por los hechos dolosos o culposos de aquellos.

Artículo 2236 del *Codice civile*. *Responsabilidad del prestador de obra*. Si la prestación implica la solución de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de obra no responde de los daños, si no en caso de dolo o culpa grave.

Artículo 2671 del *Codice civile*. *Deber de los funcionarios públicos*. El notario u otro funcionario publico que hubiere recibido o autenticado un acto sujeto a inscripción tiene el deber de ocuparse que esta sea realizada en el menor plazo posible, y se encuentra obligado al resarcimiento de los daños en caso de retardo, salvo la aplicación de las penas pecuniarias previstas por

las leyes especiales, si deja transcurrir treinta días de la fecha de de recepción o autenticación del acto.

Permanecen firmes las disposiciones de las leyes especiales que establecen a cargo de otras personas el deber de exigir la inscripción de determinados actos y las sanciones relativas.

11. Bibliografía

El instituto de la responsabilidad del profesional es tradicionalmente –sobre todo en cuanto al aspecto civilístico– de formación jurisprudencial. Las contribuciones específicas se limitan, en la mayor parte de los casos, a comentar las decisiones recaídas sobre la particular *fattispecie* [hecho jurídico concreto] en examen.

El objetivo de esta bibliografía es, por tanto, aquel de señalar aquellos trabajos que, por amplitud de tratamiento y/o por riqueza de datos jurisprudenciales referidos, permitan trazar mejor un cuadro exhaustivo del tema:

[1] ANCONA, S. «La responsabilità del professionista». *Temi*, 1962, p. 606 y ss.;
[2] ANGELONI, F. «La responsabilità civile del notaio», Padua, 1990, *ivi,* p. 79 y ss., y p. 111 y ss.;
[3] BIANCA, C. Massimo. «Inadempimento delle obbligazioni». En *Comentario al codice civile Scialoja-Branca*, arts. 1218-1229, Bolonia-Roma, 1979;
[4] CATTANEO, G. *La responsabilità del professionista.* Milán, 1958;
[5] CLARIZIA, R. y R. RICCI. «La responsabilità civile dell'avvocato». En *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1985, II, p. 153 y ss.;
[6] DE MARTINI, A. «La responsabilità civile del medico». *Giustizia civile*, 1954, p. 1224 y ss.;
[7] D'ORSI, V. *La responsabilità civile del professionista.* Milán, 1981;
[8] FORTINO, M. *La responsabilità civile del professionista.* Milán, 1984;
[9] GIACOBBE, G. «Professioni intellettuali». En *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVI, Milán, 1987, p. 1065 y ss.;
[10] GIORGIANNI, Michele. *L'inadempimento (Corso di diritto civile).* Milán, 1975;
[11] LEGA, C. *Le libere professioni intellettuali*. Milán, 1974;
[12] LEGA, C. «Le prestazioni del medico come oggetto di «obbligazioni di mezzi»». En *Giurisprudenza Italiana*, 1962, I, 1, p. 1247 y ss.;
[13] LEPRI, A. «La responsabilità civile del notaio». En *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1985, II, p. 176 y ss.;
[14] MACRÌ, C. «La responsabilità professionale». en Autores varios. *Le professioni intellettuali*. Turín, 1987;
[15] MAIORCA, Carlo, «Colpa civile (teoria generale)». En *Enciclopedia del diritto*, vol. VII, Milán, 1960, p. 534 y ss.;
[16] MENGONI, Luigi. «Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»». *Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1954, I, p. 185 y ss.;

[17] MONATERI, Pier Giuseppe. *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.* Padua, 1989;
[18] MORSILLO, G. *Architetti, ingegneri, geometri: responsabilità civile e penale.* Milán, 1988;
[19] MUSOLINO, G. *La responsabilità del professionista tecnico*. Rimini, 1990;
[20] NATOLI, Ugo. «L'attuazione del rapporto obbligatorio». En Antonio Cicu y Francesco Messieno (dirs.). *Trattato di diritto civile,* vol. XVI, 2, Milán, 1984;
[21] NICOLÒ, Rosario. «Adempimento (diritto civile)». en *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Milán, 1958, p. 554 y ss.;
[22] PRINCIGALLI, A. *La responsabilità del medico.* Nápoles, 1983;
[23] RESCIGNO, P. «Obligación (nozioni)». En *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIX, Milán, 1979, p. 133 y ss.;
[24] RIVA SANSEVERINO, L. «Lavoro autonomo». En *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, arts. 2222-2238, Bolonia-Roma, 1963;
[25] RODOTÀ, Stefano. «Diligenza (diritto civile)». En *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Milán, 1964, p. 539 y ss.;
[26] ROSSELLO, C. «Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale». En Guido Alpa y Mario Bessone. *La responsabilità civile*, I, Turín, 1987;
[27] SANTORO PASSARELLI, Francesco. «Professioni intellettuali». En *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIV, Turín, 1967, p. 23 y ss.;
[28] SCALFI, G. «L'assicurazione della responsabilità civile dei professionisti». En *Archivio della responsabilità civile*, 1970, p. 397 y ss.;
[29] SCOGNAMIGLIO, R. «Personalità umana e tutela costituzionale delle libere professioni». En *Diritto di famiglia e delle persone*, 1973, p. 402 y ss.;
[30] SGOBBO, R. «Materiali per lo estudio della responsabilità medica». En *Diritto e Giurisprudenza*, 1987, p. 817 y ss.;
[31] SPIROLAZZI, G. «La responsabilità civile del libero professionista». En *Giurisprudenza Italiana*, 1956, IV, p. 97 y ss.;
[32] STRADOLINI, G. «L'obbligazione del professionista». En *Diritto e Giurisprudenza*, 1973, p. 402 y ss.;
[33] TORRENTE, A. «La prestazione d'opera intellettuale». *Rivista giuridica del lavoro*, 1962, I, p. 1 y ss.;
[34] TUNC, A. «Distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza », traducción italiana en *Nuova rivista di diritto commerciale*, 1947-1948, I, p. 126 y ss.;
[35] VIGOTTI, A. «La responsabilità del professionista». En Guido Alpa y Mario Bessone (eds.). *La responsabilità civile,* IV, Turín, 1987;
[36] VISINTINI, Giovanna. «Inadempimento e mora del debitore». En Piero Schlesinger (dir.). *Comentario al codice civile,* arts. 1218-1222, Milán, 1987;
[37] VISINTINI, Giovanna. *La responsabilità contrattuale.* Nápoles, 1979;
[38] ZANA, Mario. «Profili storici della responsabilità medica». En *Studi in onore di Vincenzo Palazzolo*. Milán, 1986, p. 901 y ss;
[39] ZANA, Mario. *La responsabilità civile del medico.* Milán, 1981;
[40] ZANA, Mario. «La responsabilità del medico». *Rivista critica di diritto privato*, 1987, p. 159 y ss.

La integración del derecho de los consumidores al Código Civil*

Pietro Sirena**

1. La regulación de los contratos celebrados por los consumidores: de la fragmentariedad inorgánica a la integración en el derecho común de los contratos

El derecho de los contratos celebrados por los consumidores ha hecho su entrada en el ordenamiento jurídico italiano como consecuencia de la aplicación de algunas directivas comunitarias emitidas a partir de la mitad del decenio 1980-1990.[1] El origen comunitario europeo de estos regímenes jurídicos es de fundamental importancia no solo para interpretar los documentos legislativos nacionales que las han dictado, sino también, y sobre todo, para explicar su fundamento y su razón sustancial.[2]

---

* *El presente ensayo se basa en la ponencia «Contratos estipulados con los consumidores: conveniencia o inconveniencia de su regulación en el Código Civil», expuesta en el congreso «El Código Civil del 1984: veinte años de vigencia. Pasado y futuro», llevado a cabo por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 8-12 noviembre de 2004, por invitación del profesor Gastón Fernandez Cruz.*

Traducción de Leysser L. León. Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diplomado en Lengua y Cultura Italianas por la Università per Stranieri di Perugia (Italia).

** *Profesor ordinario de Instituciones de Derecho Privado y de Derecho Privado Europeo en la Università degli Studi di Siena.*

1 *Un comentario tan esencial cuanto valioso de cada una de aquellas Directivas se puede leer en* GRUNDMANN, *S. Europäisches Schuldvertragsrecht. Das europäische Recht der Unternehmensgeschäfte. Berlín, Nueva York, 1999.*

2 BENEDETTI, *G. «Tutela del consumatore e autonomia contrattuale». En G. Vettori (ed.). Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti. Padua, 1999, p. 801, quien destaca que la incidencia del derecho comunitario no determina solamente la mutación de normas jurídicas específicas, sino, «con una decidida mutación de perspectiva, la ampliación*

Dicha peculiaridad ha influido grandemente, por lo demás, en la técnica legislativa empleada por el legislador italiano, tal cual puede percibirse a partir de la lectura misma de las disposiciones respectivas: el sentido de ellas tiende, en efecto, a repetir al pie de la letra, aun cuando no en todos los casos, el de las directivas que correspondía aplicar.[3] Sin embargo, y más allá de los defectos de estilo —imputables, en principio, a cierta superficialidad del legislador italiano, antes que a la forzada carencia de tecnicidad del legislador comunitario—,[4] lo que se señala explica por qué, desde el punto de vista de las fuentes del derecho, las regulaciones jurídicas ahora examinadas han sido adoptadas, salvo raras excepciones,[5] mediante otras tantas leyes especiales, extrañas al Código Civil.[6] Se trata de una sucesión de dispositivos que el legislador ha emanado «día tras día», casi siempre limitándose a reproducir las directivas comunitarias y, en todo caso, sin realizar

del horizonte hermenéutico mismo». Por lo tanto, todo esfuerzo de construcción del derecho privado europeo, antes que ser una actualización de las reglas jurídicas aplicables a específicos sectores o instituciones, presupone que las categorías conceptuales de la tradición civilística sean adaptadas, desde el interior, frente a la irrupción del derecho comunitario (así: LIPARI, N. «Introduzione». En su edición de Trattato di diritto privato europeo. 2.ª ed. Vol. I. Padua, 2003, p. 1 y ss., seguido por MACARIO, F. «I diritti oltre la legge. Principi e regole nel nuovo diritto dei contratti». En Scritti in onore di Pietro Rescigno. T. III-2. Milán, 1998, p. 483 y ss.).

Justamente porque no se trata de una simple modificación de los datos del derecho positivo, sino del remecimiento de la «apertura original» con la que ellos han sido percibidos y formalizados en su conjunto, se advierte, en el cuadro descrito, el desafío inédito y fascinante que se plantea hoy para la ciencia jurídica. Esta demanda de renovación ha recibido en LIPARI, N. (ed.). Trattato di diritto privato europeo. 4 volúmenes. Padua, 2003; y ya en la obra precedente, a cargo del mismo autor, Diritto privato europeo. 2 vols. Padua, 1997, no solo su más consciente planteamiento metodológico (véase la antes citada Introduzione de Lipari), sino también su primera realización orgánica.

3 *Véase, por todos, NOVA, G. de. «Dieci "voci" per una tavola rotonda su "Il nuovo diritto dei contratti"». En Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti. Op. cit., p. 814 y ss.*

4 *En la desdeñosa crítica de FLUME, W. «Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung». Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2000, p. 1427 y ss., la acusación de desfiguración del «monumento cultural» (Kulturdenkmal) del Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) con la aplicación de las directivas comunitarias es dirigida, justamente, contra el legislador alemán, no sin dejar en claro que no se puede considerar responsable de ello al legislador comunitario.*

5 *Nos referimos a la regulación de las «cláusulas vejatorias en el contrato entre comerciante profesional y consumidor» (arts. 1469-bis y ss. del Código Civil, en aplicación de la directiva 93/13/CEE) y a la regulación de la «venta de los bienes de consumo» (arts. 1519-bis y ss. del Código Civil, en aplicación de la directiva 1999/44/CE).*

6 *Para un análisis detallado, véase AMATO, C. Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori. Problemi e tecniche di attuazione della legislazione comunitaria nell'ordinamento italiano e nel Regno Unito. Milán, 2003, p. 71 y ss.*

ningún esfuerzo de coordinación ni de integración efectiva de la realidad normativa preexistente.[7]

Sin perjuicio de lo anterior, no puede sostenerse que, fuera de la exigencia práctica de aplicar las directivas en un plazo breve (no siempre respetado, dicho sea de paso), el modus operandi haya sido inconveniente en absoluto, porque el nuevo derecho de los contratos que se iba perfilando en el horizonte parecía «monstruoso», si se le comparaba con el ordenamiento jurídico nacional, y, es más, potencialmente abolitivo de algunos de sus principios generales.[8] Por ello, el dejar que tal derecho se mantuviera fragmentado y disperso en una gran cantidad de disposiciones episódicas, cada cual caracterizada por una extrema especificidad, constituía (no solamente la opción más cómoda, sino también) una justa cautela, idónea para permitir una primera experimentación, jurisprudencial y doctrinal a la vez, de las reglas aquí estudiadas, con una circunscripción al mínimo de su relevancia sistemática. Lo anterior era válido, con mayor razón, si se considera que el derecho comunitario europeo de los contratos, a pesar de no estar privado, para nada, de una propia y rigurosa coherencia interna,[9] no se ha desarrollado según un proyecto orgánico predeterminado, sino sobre la base de un método esencialmente empírico, cuando menos en la determinación de las materias que regula.[10] Así las cosas, no podía predecirse hasta qué punto iba a extenderse la armonización de los ordenamientos jurídicos nacionales ni con cuánta intensidad. Solo hoy en día, con el impulso de una importante Comunicación de la Comisión Europea, del 2001,[11] ha comenzado una discusión significativa al respecto.[12]

---

7 *Véase, por todos, NOVA, G. de. «Contratto: per una voce». Rivista di diritto privato, 2000, p. 635.*

8 *Sobre este último, véase, por todos, MACARIO, F. «Alla ricerca dei «principi comuni» per l'armonizzazione del diritto europeo dei contratti». En F. Cafaggi. Quale armonizzazione per il diritto europeo dei contratti? Padua, 2003, p. 30.*

9 *Véase, al respecto, GRUNDMANN, S. «La struttura del diritto europeo dei contratti». Trad. de Pietro Sirena. Rivista di diritto civile, 2002, I, p. 365 y ss.*

10 *Véase, por todos, GANDOLFI, G. «Per l'assetto normativo del mercato interno europeo: proposte e prospettive». Rivista di diritto civile, 2003, I, p. 400 y ss.*

11 *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el derecho contractual europeo, del 11 de julio del 2001, COM(2001) 398 def. Entre los primeros comentarios de este documento, véase ALPA, G. «La comunicazione n. 398/2001/CE sulla armonizzazione del diritto privato. Una premessa al dibattito». La Nuova giurisprudenza civile commentata, 2001, II, p. 425 y ss.; BAR, C. von. «Die Mitteilung der Europäischen Kommission zum Europäischen Vertragsrecht». Zeitschrift für europäisches Privatrecht, 2001, p. 799 y ss.*

12 *Las opiniones que instituciones, estudiosos del derecho y operadores económicos han dirigido a la Comisión están resumidas en una reseña oficial, que puede consultarse en*

La aplicación «puntual» de las directivas comunitarias en la materia que venimos tratando fue, entonces, una decisión sensata, si cabe utilizar el término sensatez. Con todo, ella resulta absolutamente perjudicial para la eficiencia del ordenamiento jurídico, al haber desaparecido las razones que, en un principio, le dieron justificación.[13]

En primer lugar, la impresión de que las reglas en cuestión se limitan a dar una respuesta inmediata a algunos problemas contingentes, en lugar de constituir las piezas de un diseño de política del derecho orgánico y coherente, ha desincentivado un adecuado esfuerzo de racionalización por parte de la doctrina civilista en su conjunto. La bibliografía especializada, si se prescinde de algunos estudios excepcionalmente pioneros,[14] está constituida por minuciosos y exegéticos comentarios a diversas disposiciones, comentarios dirigidos, en general, a una primera lectura de estas. Y, cuando la jurisprudencia es copiosa y relevante —en el tema de las cláusulas abusivas (arts. 1469-*bis* y ss. del Código Civil, por ejemplo)—, abundan los comentarios de sentencias de tono periodístico. Desde luego, dichos géneros de la literatura jurídica no son, en modo alguno, secundarios, solo que es difícil que, con ellos, se dé pleno cumplimiento a la tarea de la doctrina en relación con un fenómeno jurídico que —como alguien ha anotado—[15] debe considerarse entre los más imponentes y significativos de los últimos tiempos.

Por otro lado, la especificidad de la materia regulada por cada disposición, vista aisladamente, ha hecho que la mayor parte del derecho de los contratos celebrados por los consumidores —con la sola excepción de la regulación de las cláusulas abusivas y de la regulación de la venta de bienes de consumo—[16] se considere prácticamente marginal y poco significativa no solo en relación con los fenómenos socioeconómicos actuales, sino también con el ordenamien-

<http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/summaries/sum_it.pdf>. La opinión conjunta de la Commission on European Contract Law y del Study Group on a European Civil Code también puede leerse en LANDO, *O. y C. von* BAR. *La nuova giurisprudenza civile commentata, 2001, II, p. 598 y ss. Véase, también, infra, n.º 7.*

[13] ROTH, *W. H. «Transposing "Pointillist" EC Guidelines into Systematic National Codes - Problems and Consequences». European Review of Private Law, 2002, p. 761 y ss.*

[14] *No se puede evitar recordar, entre estos, el volumen de* ALPA, *G. Tutela del consumatore e controlli sull'impresa. Bolonia, 1978, al cual han subseguido id. Diritto privato dei consumi. Bolonia, 1986; e id. Il diritto dei consumatori. Roma, Bari, 2002.*

[15] PERLINGIERI, *P. «Il nuovo diritto dei contratti fra persona e mercato». En Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti. Op. cit., p. 827;* ROPPO, *V. Il contratto del duemila. Turín, 2002, p. 10 y ss.*

[16] *La colocación de tales regulaciones en el Código no es extraña, ciertamente, a su relevancia aplicativa y sistemática, de la cual constituye, al mismo tiempo, una consecuencia y una causa (véase también lo que señalamos más adelante e infra, n.º 7).*

to jurídico en su conjunto. La nueva realidad normativa a la que hacemos referencia ha sido generalmente subvaluada, por lo tanto, en la circulación de las ideas en el ámbito científico e incluso antes en el estudio institucional del derecho privado. En los tratados generales sobre contratos, se tiende a ignorarla o, a lo sumo, a brindar sucintas indicaciones sobre ella.

Respecto de las categorías conceptuales con las cuales la doctrina formaliza los datos del derecho positivo, dichos fenómenos parecen provocar una suerte de corto circuito. Mientras más se enfatiza el carácter fragmentario y marginal de las reglas que nos ocupan, mucho más se realza, paradójicamente, la autonomía normativa, y se tiende, es más, a identificar en ello una especie de derecho sectorial. Sin embargo, esta conclusión no hace otra cosa que agudizar la percepción de fragmentariedad y de marginalidad de tales regulaciones, como si ellas fueran «otra cosa», al margen de lo que el civilista está dispuesto a tomar seriamente en consideración y a visualizar como derecho del contrato.[17]

La tesis que pretendemos sostener en estas páginas, en cambio, es que las regulaciones sobre los contratos celebrados por los consumidores, o por lo menos parte de ellas, deberían integrarse, plenamente, a la parte general del contrato.[18] Con esta última expresión, no se hace referencia a aquella sección del Código Civil que contiene las disposiciones relativas a los contratos en general —o sea, al título II del libro IV (art. 1321 y ss. del Código Civil italiano)–, sino, en sentido sustancial, al conjunto de las normas generales que, al margen de su colocación topográfica, «conforman, en su totalidad, el ordenamiento al que se encuentran sometidas las reglas particulares de los distintos tipos contractuales».[19]

---

[17] *Este punto es lúcidamente subrayado por* WILHELMSON, *T. «Is There a European Consumer Law - and Should There Be One?». Saggi, conferenze e seminari, n.º 41, Roma, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero (ed.). 2000, p. 5 y ss., quien considera que la «segregation of consumer law» constituiría una solución incongruente para el desarrollo del derecho privado, pues presupondría la conservación de la parte general del contrato y de los valores sociales que ella expresa. A fin de crear una evolución del ordenamiento jurídico «in a more welfaristic direction», el autor citado opina, de todas formas, que es necesario que la aplicación del derecho de los consumidores quede confiada a jueces especiales o a específicas autoridades independientes.*

[18] *Al respecto, véase* NUZZO, *M. «Tutela del consumatore e disciplina generale del contratto». En Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti. Op. cit., p. 830 y ss.*

[19] BENEDETTI, *G. Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali. 2.ª ed. Nápoles, 1997, p. 69. La tesis, que ha encontrado, justamente, en la obra de este autor su mejor demostración, no ha estado libre de oposiciones, porque la doctrina del derecho civil ha puesto en duda, cada vez con mayor insistencia, el papel central de la parte general del contrato (véase, sobre todo,* NOVA, *G. de. «Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti». Contratto e impresa, 1988, p. 327 y ss.; id. «I singoli contratti: dal titolo III del libro IV del codice civile alla disciplina attuale». En*

Según tal planteamiento, la específica colocación tipográfica de las disposiciones relativas a los contratos celebrados por los consumidores no descarta, de ningún modo, que las normas por ellas dictadas sean asimilables a la parte general del contrato;[20] lo que se debe determinar, más bien, es si ellas, tomando en cuenta su razón justificativa y su fundamento, dan lugar a un derecho especial (*Sonderrecht*) o si introducen en el ordenamiento jurídico un nuevo núcleo de reglas y de principios generales, en el cual se pueda reconocer aquel intrínseco «valor axiológico y [aquella] fuerza expansiva» que —en palabras del estudioso que mejor ha captado su esencia—[21] caracterizan, justamente, el derecho común de los contratos. En sentido inverso —y como veremos en su momento—,[22] es el resutado de dicha investigación, ni más ni menos, el que debe inducir a evaluar críticamente el estado actual de las fuentes del derecho, y a promover, por consiguiente, *de iure condendo*, la adaptación de su fenomenología a la realidad sustancial y, más aún, la recodificación de muchas de las reglas que habremos de considerar.[23]

Scritti in onore di Luigi Mengoni. I. Milán, 1995, p. 487 y ss.; VITUCCI, P. «Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti». En la misma obra, p. 804 y ss.). Sin embargo, esta última tendencia es susceptible de una radical revisión crítica (véase MONATERI, P. G. «Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto». Rivista di diritto civile, 2003, I, p. 409 y ss., especialmente p. 416. Hay traducción al castellano de LEÓN, Leysser L. «Reformulando la noción de contrato: hacia una visión antagónica del contrato». Thémis, revista de derecho, 2.ª época, n.° 49, 2004, p. 37 y ss.). Incluso si se toma partido por las tesis más escépticas, según las cuales la (positividad de la) parte general del contrato no sería otra cosa que un mito, sigue siendo cierto que, justamente en cuanto tal, ella «n'a pas paru pouvoir être réduit à une légende, un conte, une histoire fausse», sino que «traduit en effet une mise en ordre de l'univers des juristes», lo cual es suficiente para legitimar la imposibilidad de sustituirla dogmáticamente (SAVAUX. La théorie générale du contrat, mythe ou réalité? París, 1997, p. 345).

[20] *BENEDETTI, G. Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali. Op. cit., p. 54. Incluso en el ámbito de una orientación diversa de pensamiento, tendencialmente escéptico sobre el lugar central, conceptual y normativo, de la parte general del contrato, se ha destacado que el alcance aplicativo de las disposiciones relativas a los contratos en particular podría no estar circunscrita, en realidad, a la parte especial (VITUCCI, P. Op. cit., p. 809).*

[21] *BENEDETTI, G. Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali. Op. cit., p. 68.*

[22] *Véase infra, n.º 7.*

[23] *Esta demanda de reforma, que implica una nueva reflexión crítica no solo de la específica temática aquí considerada, sino también, con carácter más general, de la llamada «europeización» de los ordenamientos jurídicos, ya ha tenido acogida, históricamente, en la experiencia alemana, con la reciente «modernización del derecho de las obligaciones» (Schuldrechtsmodernisierung), que ha modificado de modo orgánico el BGB (véase PATTI, S. «I contratti del consumatore e la ricodificazione tedesca». Europa e diritto privato, 2003, p. 503 y ss.). Hay que subrayar, por otro lado, que ya en el año 2000 se había insertado en el BGB una expresa definición legislativa de «consumidor» (Verbraucher, § 13) y de comerciante profesional (Unternehmer, § 14), a fin de delimitar uniformemente el ámbito subjetivo de aplicación de las leyes especiales en materia*

La relación entre las reglas de los contratos celebrados por los consumidores y el derecho común de los contratos debe ser examinada, principalmente, en su aspecto axiológico, a fin de verificar si se trata de contextos normativos homogéneos desde el punto de vista de los intereses protegidos (y, por ende, de los valores respectivos); en particular, puesto que —como ya hemos destacado brevemente— la concepción corriente parecería conducir —si es desarrollada coherentemente— hacia conclusiones opuestas a las que aquí sostemenos, será conveniente establecer, en sentido negativo, que las reglas de los contratos celebrados por los consumidores no son, en realidad, axiológicamente incompatibles con el régimen general del contrato.

2. El análisis funcional: el valor de la libertad de iniciativa económica privada

El análisis que nos hemos propuesto efectuar debe centrarse, en primer lugar, en la relación que media entre el contrato y el mercado.

Hoy goza de difusión en la doctrina del derecho civil la idea de que el régimen general del contrato hace de este el instrumento para ejercer la «libertad del sujeto de realizar sus elecciones libremente *en el mercado*».[24] En tal sentido, se ha destacado que las nociones de «contrato» y de «mercado» y, más aún, sus respectivas reglas jurídicas son indisolubles:[25] en efecto, tales nociones se presentan en una relación de recíproca interdependencia, sobre cuya base la estipulación de los contratos es la que crea el mercado,[26]

(véase MICKLITZ, *H. «La nozione di consumatore nel § 13 BGB». Rivista di diritto civile, 2001, I, p. 623 y ss.).*

[24] *BIANCA, C. M. Diritto civile, III, Il contratto, 2.ª ed. Milán, 2000, p. 31 (nota 100). Es de recordar que, en el comentario bibliográfico, significativamente titulado «Contratto e mercato. A proposito del III volume de «Il diritto civile» di C. M. Bianca, Milano, Giuffrè, 1984» (originalmente publicado en Quadrimestre, 1985, y ahora en Scritti giuridici, VIII, Milán, 2001, p. 227 y ss.), T. Auletta identificaba la principal clave de lectura de dicha obra, justamente, en «la íntima interdependencia entre régimen del contrato y características del mercado».*

[25] *BENEDETTI, G. Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali. Op. cit., especialmente p. 154 y ss. Es significativo que coincidan sobre este punto, a pesar de partir de posiciones principistas claramente diversas, los ensayos de SCHLESINGER, P. «L'autonomia privata e i suoi limiti». Giurisprudeza italiana, 1999, p. 230; y de PERLINGIERI, P. «Nuovi profili del contratto». Rivista critica del diritto privato, 2001, p. 225 y ss. Para ulteriores indicaciones bibliográficas, véase GUIZZI, G. «Mercato concorrenziale e teoria del contratto». Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, 1999, I, p. 67 y ss.*

[26] *ANGELICI, C. Diritto commerciale. I. Roma, Bari, 2002, p. 3.*

mientras que, paralelamente, es este el que hace posible el ejercicio de la autonomía negocial de los particulares.[27]

Por el contrario, las reglas de los contratos celebrados por los consumidores son generalmente concebidas como disposiciones de tipo «protectivo»: con el fin de compensar un desequilibrio socioeconómico, ellas determinarían la preeminencia de los intereses sustanciales de los consumidores por encima de los intereses de los proveedores de bienes y servicios (los comerciantes profesionales). Se trataría, por lo tanto, de la realización de una política del derecho redistributiva en sentido lato, incompatible con el mercado y destinada —en nombre de la justicia social, precisamente— a corregir sus resultados desde el exterior.

Sin embargo, la lectura anterior no puede ser compartida. Ello resulta evidente si se supera una suerte de ilusión óptica y se evita, entonces, ponderar la nueva realidad normativa según el horizonte del ordenamiento nacional para pasar a ubicarla, de manera apropiada, en el ámbito del ordenamiento comunitario,[28] caracterizado por peculiares finalidades institucionales y técnicas legislativas.

Desde el punto de vista del derecho comunitario, pues, la protección contractual del consumidor no constituye, en modo alguno, un objetivo final ni, por anotarlo así, «autosuficiente», de la intervención del legislador, sino un objetivo instrumental para la instauración y el funcionamiento del mercado único.[29] Ello resulta claro, desde un inicio, si se considera que la Comunidad

---

[27] *Acerca de la identificación del contrato como «punto de incidencia y de coincidencia de la regulación jurídica de la empresa y del mercado», véase* OPPO, G. *«Impresa e mercato». Rivista di diritto civile, 2001, I, p. 423. También hay que subrayar, de inmediato, que la libertad contractual, a pesar de constituir un presupuesto esencial de la libertad de iniciativa económica privada y, por lo tanto, del mercado, no es, en modo alguno, un presupuesto suficiente para el funcionamiento de este último (*GOODE, R. *Il diritto commerciale del terzo millennio. Trad. italiana de Cassandro Sulpasso. Milán, 2003, p. 49 y ss.), que, por el contrario, es constantemente puesto en peligro, justamente, por el ejercicio de la autonomía contractual (de los empresarios), por medio de, por ejemplo, la celebración de pactos de no competencia (véase, por todos,* MONATERI, P. G. *Op. cit., p. 411 y ss.). Así se explica, por un lado, lo indispensable de una intervención pública de regulación del mercado, a fin de proteger (y promover) la competencia (*LIBERTINI, M. *«Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano.». Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, 2002, I, p. 433); y, por otro lado, una vez más, la necesaria intersección, para estos efectos, de normas que regulan la actividad empresarial, considerada en cuanto tal, y de normas que regulan los contratos celebrados en su ejercicio (*LIBERTINI, M. *Op. cit., p. 440).*

[28] *En tal sentido, y con especial referencia a la regulación de las cláusulas abusivas, véanse las claras consideraciones de* BENEDETTI, G. *«Tutela del consumatore e autonomia contrattuale». Op. cit., p. 804.*

[29] JANNARELLI, A. *«La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori». En Trattato di diritto privato europeo. Vol.* I. *Op. cit., p. 64;* MACARIO, F. *«I diritti oltre la legge. Principi e regole nel nuovo diritto dei contratti». Op. cit., p. 489;*

Europea —contrariamente a lo que se suele creer—, incluso luego de asumidos —por el Tratado de Maastricht— compromisos propiamente dichos de política social, continúa estando privada de una competencia legislativa autónoma para encaminar la armonización de los ordenamientos jurídicos nacionales hacia la protección del consumidor.[30]

En efecto, si bien es cierto que el propio Tratado de Maastricht introdujo en el Tratado de institución de la Comunidad un artículo específico sobre la «protección del consumidor» —actualmente renumerado como 153 (*ex* 129 A) y correspondiente a un nuevo y autónomo título—, también es verdad que, según la disposición citada, los actos legislativos emanados por la Comunidad Europea para perseguir el objetivo en cuestión pueden estar constituidos, exclusivamente, por «medidas adoptadas, en virtud del artículo 95, en el marco de la realización del mercado interno» (art. 153, 3.º párrafo, letra *a*). En cambio, las eventuales medidas de protección del consumidor que fueran independientes de la instauración y del funcionamiento del mercado interno escapan de la competencia normativa de la Comunidad (según lo dispuesto, en conjunto, por los artículos 95 y 14 del Tratado) y son admitidas, exclusivamente, en tanto y en cuanto se limiten al sostenimiento, a la integración o bien al control de la política desarrollada por los Estados miembros, tal cual se dispone, expresamente, en el artículo 153, 3.º párrafo, letra *b*) del Tratado.

Según el modelo de política del derecho adoptado por el legislador comunitario, entonces, la protección del consumidor no es un complemento del mercado, sino algo conforme a este. Es más, si se invierte la perspectiva tradicionalmente adoptada, ella constituye un presupuesto necesario para el funcionamiento del mercado único (y, por ello, justamente, la Comunidad Europea tiene competencia en materia).[31] Aquí no estamos, en efecto, ante regulaciones «finalistas», que impongan a los operadores del mercado un determinado orden de sus intereses económicos, sino de regulaciones «condicionales»: ellas crean las «reglas de juego» necesarias para que cada

además de SIRENA, *P. «La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori». En U. Breccia, L. Bruscuglia y F. D. Busnelli. Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo. Turín, 2001, p. 283 y ss., especialmente p. 288 y ss.;* PERFUMI, *C. «Modelli e sistemi nel diritto europeo dei contratti». Rivista di diritto privato, 2003, p. 829 y ss.*

30 *Así se expresa, aunque manifestando un juicio sustancial que tiende a ser negativo,* COLLINS, *H. «La giustizia contrattuale in Europa». Rivista critica del diritto privato, 2003, p. 659 y ss., especialmente 663 y ss.*

31 STUYCK, *J. «European Consumer Law After the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy In or Beyond the Internal Market?». Common Market Law Review, 2000, p. 367 y ss. Véase también* SEATZU, *F. «Le nuove basi giuridiche della politica dei consumatori nel Trattato di Amsterdam». En Il Diritto comunitario e degli scambi internazionali, 2000, p. 809 y ss.*

uno pueda perseguir sus propias ventajas individuales, según el mecanismo del mercado.[32]

Por lo expuesto hasta este punto, resulta apropiado asimilar la política del derecho comunitario de los contratos con la tradición de pensamiento del liberalismo,[33] ya que, aun cuando en uno de sus componentes específicos puede ser definida como «reformista» y a pesar de ser minoritaria, puede vincularse directamente con las ideas de Adam Smith que aparecen en su obra capital *La Riqueza de las Naciones*.

Según el reformismo liberal, el mercado es el mejor instrumento (parafraseando a Churchill, habría que decir «el peor si no existieran los demás») para incrementar el bienestar, no solamente económico sino también social, de la colectividad. En el lenguaje de los economistas, ello recibe el nombre de «eficiencia en las asignaciones». Sin embargo, el mercado, contrariamente a lo que sugieren las ideologías propiamente liberales, es una institución social bastante compleja y delicada, que no siempre está en condición de realizar

---

[32] *JANNARELLI, A. Op. cit., passim, especialmente pp. 13, 39 y 42. Acerca de la contraposición entre regulaciones «condicionales» y regulaciones «destinadas a un fin», véase, en general, CASSESE, S. La nuova costituzione economica. 2.ª ed. Roma, Bari, 2000, p. 177. Sobre los conceptos correspondientes de nomos y thesis en el pensamiento de von Hayek, véase IRTI, N. L'ordine giuridico del mercato. 4.ª ed. Roma, Bari, 2003, p. 6 y ss.*

[33] *JANNARELLI, A. Op. cit., 115. La matriz política del derecho comunitario, en lo tocante, especialmente, a la regulación del contrato, ha sido ampliamente estudiada por SOMMA, A. Diritto comunitario vs. diritto comune europeo. Turín, 2003, passim, especialmente p. 21 y ss. (Del mismo autor, véase «Tutte le strade portano a Fiume. L'involuzione liberista del diritto comunitario». Rivista critica del diritto privato, 2002, p. 263 y ss.; id., «Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in tema di autonomia contrattuale». Rivista trimestrale del diritto e procedura civile, 2001, p. 263 y ss.), quien, con intenciones declaradamente polémicas, identifica en ella una «involución liberal», caracterizada por un marcado desinterés frente a los derechos sociales y a las libertades carentes de contenido económico. Más allá de cierta insistencia ideológica, y a veces moralista, de esta temática, así como de la elección, bastante discutible, del título de uno de los ensayos que se acaban de citar, el análisis de Somma es de compartir, sustancialmente, y no se aparta, en definitiva, de lo que venimos exponiendo en nuestro trabajo. Siendo así, por otro lado, parece ser que la calificación como «políticamente liberal» del derecho comunitario, contrapuesta a la de «económicamente liberal», no representa otra cosa que un expediente verbal, encaminado a manifestar, implícitamente, un juicio de valor negativo (el cual, por lo demás, aunque se agota en una opinión, si bien fundamentada, del autor en mención, corre el serio peligro de pervertirse y dar lugar a una secuela de lugares comunes en alguna medida trillados, como la reducción del ser humano a una mercadería, la lógica del provecho económico o el poder de las multinacionales). A dichas tendencia se puede sumar, culturalmente, la lectura filosófico-política de las codificaciones de soft law como «realización, en el sentido nuclear, de la modernidad» (son palabras de BARCELLONA, M. «La buona fede e il controllo giudiziale del contratto». En S. Mazzamuto. Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo. Turín, 2002, p. 305 y ss., quien, además, con referencia precisa al control judicial del contrato, arriba a la conclusión, radicalmente contradictoria, de que dicho control representaría el fin de la idea, típicamente moderna, de la democracia como autolegislación).*

automáticamente, por sí misma, aquel resultado óptimo. En algunos casos típicos, en efecto, y tal cual explicara, claramente, Adam Smith, sus mecanismos tienden a bloquearse y a autodestruirse.[34] A fin de evitar que estas «fallas» del mercado perjudiquen el logro de la eficiencia en la asignación de recursos, el reformismo liberal auspicia adecuadas intervenciones de regulación por parte del poder público,[35] solo que tales intervenciones deben ser compatibles con el mercado mismo; en otras palabras, ellas deben dictar únicamente reglas de juego apropiadas, sin sustituir a los operadores en la obtención de determinados resultados finales de producción y distribución de la riqueza.[36]

En la formulación original de Smith, que fue acogida, por algún tiempo, en el ordenamiento comunitario,[37] el único tipo de regulación necesario estaba constituido por la protección de la competencia entre empresarios (prohibición de concentración económica y de comportamientos desleales). No había espacio, entonces, para una real protección del consumidor, porque este último era el destinatario pasivo de la política de reestructuración del mercado. Se consideraba, en otras palabras, que asegurar una efectiva y leal competencia entre los empresarios era el instrumento más eficaz para proteger al consumidor.

Sin perjuicio de lo anterior, la evolución del sistema económico capitalista ha demostrado que aquel primer tipo de regulación, a pesar de ser absolutamente necesario, no era suficiente para lograr la eficiencia en la asignación de los recursos. Esta última era perjudicada, potencialmente, por las distorsiones de la competencia entre empresarios, pero también por la imposibilidad concreta de los usuarios y consumidores finales para el ejercicio de su autonomía negocial en algunas situaciones típicas, que tendían a hacerse cada vez más frecuentes e, incluso, normales (piénsese, en particular, en los contratos en masa). El derecho de la competencia, por su naturaleza, no podía remediar este paradigma ulterior de falencia del mercado,[38] determinado —como veremos seguidamente— por una estructural

---

[34] *LIBONATI, B. «Ordine giuridico e legge economica del mercato». En Scritti in onore di Antonio Pavone La Rosa. I, 2. Milán, 1999, p. 633 y ss., especialmente 656 y ss.*

[35] *Para un análisis económico de ello, véase, por todos, el ensayo de G. Chirichiello. En Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato. Roma, Bari, 1999, p. 141 y ss.*

[36] *En tal sentido, véase SCHLESINGER, P. Op. cit., p. 230. Cfr., para un examen crítico de las principales posiciones de pensamiento acerca de este tema, ALPA, G. «La c. d. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato». Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1999, p. 725 y ss.*

[37] *WEATHERILL, S. «Consumer Policy». En P. Craig y Grainne de Búrca. The Evolution of the EU Law. Oxford, 1999, p. 696 y ss.*

[38] *MENGONI, L. «Problemi di integrazione della disciplina dei «contratti del consumatore» nel sistema del codice civile». En Studi in onore di Pietro Rescigno. III/2. Milán, 1998, p. 536.*

asimetría informativa entre las partes.[39] Eran necesarias, por el contrario, nuevas reglas de derecho de los contratos, por medio de las cuales los usuarios y consumidores finales fueran puestos en verdadera condición de identificar y escoger la oferta más conveniente por parte de los empresarios.[40]

Las nuevas regulaciones de los contratos celebrados por los consumidores constituyen, en consecuencia, un componente indispensable para la instauración y para el funcionamiento del mercado:[41] ello significa, asimismo, y

---

[39] *Véase infra, n.º 3. Este tema, ampliamente examinado desde la perspectiva del análisis económico del derecho, viene suscitando una atención creciente de la doctrina (en la bibliografía italiana, véase* VETTORI, *G. «Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità». Rivista del diritto privato, 2003, p. 241 y ss., así como la monografía de* POLI, *M. de. Asimmetrie informative e rapporti contrattuali. Padua, 2002, trabajo que, contrariamente a lo que podría hacer creer su título, está dedicado, casi exclusivamente, a la responsabilidad precontractual; en la bibliografía alemana, destaca el amplio estudio de* FLEISCHER, *H. Informationsasymmetrie im Vertragsrecht. Colonia, 2001).*

[40] *JANNARELLI, A. Op. cit., p. 24 y ss. En ausencia de dichas reglas, los usuarios y los consumidores finales orientan sus decisiones en función del precio (SCITOVSKI, T. «Some Consequences of the Habit of Judging Quality by Price». Revue of Economic Studies, vol. 12, 1945, p. 100 y ss.), con la consecuencia, paradójica, de que se producen resultados no óptimos en el mercado (STIGLITZ, J. «The Causes and the Consequences of the Dependance of Quality on Price». Journal of Economic Literature, vol. 25, 1987, p. 1 y ss.). Así se manifiesta, como alguien ha remarcado (LIPARI, N. «Diritto e mercato della concorrenza». En N. Musu. La concorrenza tra economia e diritto. Milán, Roma, Bari, 2000, p. 34 y ss.), una peculiar intersección entre la perspectiva económica y la perspectiva jurídica de las relaciones de competencia, porque el funcionamiento del mercado depende, cada vez con mayor incidencia, de la disponibilidad de informaciones legales, relativas al contenido preceptivo del contrato con el cual se realizan las distintas transacciones. Recíprocamente, ninguna intervención legislativa para la reconstrucción del mercado puede incidir, de manera efectiva, en las las dinámicas de este, a menos que aborde los aspectos de la información (LIPARI, N. «Il mercato: attività privata e regole giuridiche». En S. Gambino, N. Irti et. al. Il diritto della transizione. Milán, 1998, p. 50).*

[41] *Resulta significativo que referencias coincidentes, en tal sentido, se presenten no solamente en algunos trabajos ensayísticos «de punta» (ALESSI, R. «Luci ed ombre del nascente diritto europeo dei contratti». En su edición Diritto Europeo e autonomia contrattuale. Palermo, 1999, p. 7 y ss., especialmente 22 y ss., y 44 y ss.; FERRI, G. B. «La «cultura» del contratto e le strutture del mercato». En N. Lipari. Diritto privato europeo e categorie civilistiche. Nápoles, 1998, p. 170; BARCELLONA, P. «Soggetti e tutele nell'epoca del mercato europeo/mondiale». En la misma obra, p. 71; GABRIELLI, E. «Sulla nozione di consumatore». Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 2003, p. 1149 y ss., especialmente 1170 y ss.; IRTI, N. Op. cit., p. 83; IUDICA, G. «Clausole abusive e razionalità del mercato». En C. M. Bianca, F. D. Busnelli et al. (eds.). Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore. A su vez en Le Nuove leggi civili commentate. 1997, p. 777 y ss.; JANNARELLI, A. Op. cit., passim, especialmente, p. 57, 61), sino también en una obra de carácter tratadístico como la de ROPPO, V. «Il contratto». En G. Iudica y P. Zatti. Trattato di diritto privato. Milán, 2001, p. 903 y ss., que, por su naturaleza (como lo destaca el mismo autor en su volumen Il contratto del duemila. Op. cit., p. VII), está destinada a reflejar el «cuadro institucional» de la materia, con la identificación de «un apreciable grado de estabilidad y definición».*

para nuestros fines, que se debe negar toda pretendida incompatibilidad de tales regímenes con el derecho general del contrato.[42]

3. Sigue: El valor de la autonomía negocial

Hasta este punto, hemos tomado en consideración el contrato «*por* sí mismo», es decir, en tanto y en cuanto instrumento. Ahora conviene examinar de qué forma las regulaciones que venimos analizando asumen al contrato «*en* sí mismo», es decir, como acto de autonomía privada. Así verificaremos si tales regulaciones se apartan de modo significativo del derecho común.

La perspectiva indicada resulta significativa, en efecto, porque la bibliografía especializada tiende a concebir la protección de los consumidores como un valor que se contrapone, sistemáticamente y axiológicamente, al valor de la autonomía negocial: la limitación de esta última, por parte del poder público —que ha interesado, de manera progresiva y en medida más o menos incisiva, a todos los ordenamientos jurídicos europeos de la posguerra—, habría sido extendida hasta sus extremas consecuencias por parte del legislador comunitario, a tal punto que se pone en duda incluso su ligar central en el derecho de los contratos. Retomando el título de un afortunado ensayo de Medicus, se podría sostener que el derecho de los contratos celebrados por los consumidores es percibido como una suerte de «adiós a la autonomía privada».[43]

A favor de la tesis que acabamos de exponer puede haber influido el hecho de que el derecho nacional está constituido, en medida claramente preponderante, por normas que admiten excepciones,[44] las cuales, por definición,

---

[42] *Benedetti, G. «Tutela del consumatore e autonomia contrattuale». Op. cit., p. 804.*

[43] *Medicus, D. Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht? Colonia, 1994. Al respecto, se puede consultar la reseña de Barenghi, A. «Il dibattito tedesco sulla fideiussione bancaria: a proposito di un recente saggio». Banca, borsa e titoli di credito, 1995, I, p. 101 y ss.; y, del mismo autor, «Una pura formalità. A proposito di limiti e di garanzie dell'autonomia privata in diritto tedesco». La Nuova giurisprudenza civile commentata. 1995, I, p. 197 y ss., en la que se comenta la ya célebre sentencia del Tribunal Constitucional alemán (Bundesverfassungsgericht) del 19 de octubre de 1993.*

[44] *Véase, por todos, Russo, E. «Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva». Rivista di diritto civile, 2001, I, p. 580, 596, quien considera que «el carácter dispositivo de las normas civiles es un carácter generalísimo, dado que la ley civil actúa frente a un poder (la autonomía privada) que es la facultad de imponer normas jurídicas». De ello se deduciría que «las normas de ius cogens e imperativas constituyen islas en el mar del derecho [privado]». Sobre este punto, se ha detenido, hace poco, Gambaro, A. «Contratto e regole dispositive». Rivista di diritto civile, 2004, I, p. 4. Por lo demás, se aprecia comúnmente que, como ya hemos señalado en estas páginas, la preeminencia original de las normas que*

no pueden concebirse como una limitación de la autonomía negocial de las partes; en cambio, el derecho comunitario comprende exclusivamente normas que no admiten excepciones. Del cotejo, en mayor o menor medida consciente, entre estas dos realidades normativas, se puede derivar la impresión, precisamente, de que el derecho comunitario suprime aquel espacio de libre ejercicio de la autonomía negocial que, en el ámbito de cada ordenamiento jurídico nacional, es garantizado, por el contrario, por las numerosas normas dispositivas o supletivas.

Empero, el razonamiento anterior resulta metodológicamente insostenible, porque presupone una suerte de incebible comparación entre el derecho nacional y el derecho comunitario, que, por el contrario, en tanto se basan en presupuestos sistemáticos e institucionales distintos, son prácticamente inconmensurables.

En general, el derecho comunitario no es, en modo alguno, una expresión de aquella soberanía que, si bien con modalidades y límites históricamente condicionados, ha caracterizado a los Estados nacionales modernos. Ello se debe, sobre todo, a que se trata de un derecho íntimamente vinculado con el principio fundamental de la subsidiariedad, actualmente previsto en el artículo 5, 2.º párrafo, del Tratado institutivo de la Comunidad Europea. Sobre la base de este principio, su competencia para emanar disposiciones de armonización de los ordenamientos jurídicos nacionales subsiste solo en tanto y en cuanto sea estrictamente necesario para el logro de sus objetivos institucionales. Así pues, y en particular, el régimen del contrato dictado por el derecho comunitario puede estar constituido exclusivamente por reglas que son indispensables (y no ya puramente «útiles») para la instauración y para el funcionamiento del mercado único, porque es en ello —como ya anotamos—[45] donde hay que identificar el correspondiente objetivo institucional de la Comunidad Europea.

Ahora bien, las reglas que corresponden a las normas dispositivas previstas, con carácter general, por el derecho nacional, no pueden considerarse, por definición, como indispensables para el funcionamiento del mercado, justamente porque admiten excepciones, y dependen, por lo tanto, de la

admiten excepciones en materia contractual ha sido progresivamente alterada por la legislación más reciente, que, por un lado, ha introducido en el régimen del contrato un número creciente de normas que no admiten excepciones (véase, por todos, ROPPO, V. Il contratto del duemila. Op. cit., p. 12 y ss.) y, por otro lado, no ha cumplido con formalizar en normas que admiten excepciones los nuevos tipos negociales de la realidad socioeconómica (NOVA, G. de. «I singoli contratti: dal titolo III del libro IV del codice civile alla disciplina attuale». Op. cit., p. 495 y ss.; Id. «Contratto: per una voce». Op. cit., p. 651; cfr., igualmente, GAMBARO, A. Op. cit., p. 16).

[45] *Véase retro, n.º 2*

voluntad de las partes. Dichas reglas tienen una función más modesta, pero de todas maneras útil: facilitar el ejercicio de la autonomía negocial, a través, principalmente, de una reducción de los costos de transacción.[46] Aunque ellas no existieran, entonces, el mercado estaría en perfectas condiciones de funcionamiento, y esta, ni más ni menos, es la razón por la cual, sobre la base del citado principio de subsidiariedad, no han sido armonizadas por el legislador comunitario (ni tampoco sometidas, coherentemente, al juicio de compatibilidad con el Tratado institutivo de la Comunidad Europea por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas).

Lo anterior explica también la razón por la cual el derecho comunitario de los contratos está constituido, exclusivamente, por normas que no admiten excepción: ello no se debe a que tal derecho suprima el papel de la autonomía privada en la constitución del precepto contractual, sino a que es un derecho constitutivamente vinculado, sobre la base del principio de subsidiariedad, al cometido de no armonizar los ordenamientos jurídicos nacionales en lo tocante a sus normas que admiten excepciones, las cuales representan, en la actualidad, la mayor parte del régimen contractual. Y esta limitación, a su vez, no solo es compatible con el valor de la autonomía negocial de las partes, sino que está dirigida, es más, a permitir su máxima expansión posible en el derecho europeo: no armonizar las normas dispositivas de los ordenamientos jurídicos nacionales significa, efectivamente, dejar a la libertad de elección de las partes, garantizada por el artículo 3 del Convenio de Roma sobre la ley aplicable al contrato, una multiplicidad de órdenes diversificados de reglas, en potencial competencia entre ellos.[47]

En segundo lugar, hay que destacar que las normas del derecho comunitario de los contratos, a pesar de no admitir excepciones, casi nunca imponen a las partes un determinado orden de intereses; lo que hacen es dejar a las partes en libertad de determinar el contenido de su acuerdo.[48] En su mayor parte, dichas normas dictan reglas que obligan al comerciante profesional a

---

[46] *ANGELICI, C. Op. cit., p. 5; GAMBARO, A. Op. cit., p. 5, p. 10; JANNARELLI, A. Op. cit., p. 21, 30 y ss. En la bibliografía que profesa el análisis económico del derecho, véase, especialmente, PARDOLESI, R. «Regole di default e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica al diritto dei contratti». Rivista critica del diritto privato, 1996, p. 451 y ss.; y, más recientemente, BELLANTUONO, G. «Le regole di default nel diritto dei contratti». Rivista di diritto civile, 2000, I, p. 427 y ss.; id., «Contratti incompleti e norme sociali». Rivista critica del diritto privato, 2001, p. 261 y ss.*

[47] *Cfr., al respecto, CAFAGGI, F. «Una governance per il diritto europeo dei contratti». En Quale armonizzazione per il diritto europeo dei contratti? Op. cit., p. 183 y ss., así como, más en general, los ensayos compilados en ZOPPINI, A. (ed.). La concorrenza tra ordinamenti giuridici. Roma, Bari, 2004.*

[48] *Se trata, por lo tanto, de normas de ius cogens, pero no imperativas, o, si se prefiere una remota terminología, «prohibitivas» (sobre esta distinción véase, de lo reciente, RUSSO, E. Op. cit., p. 580 y ss.).*

brindar determinadas informaciones al consumidor,[49] pero sin prohibir o imponer ninguna cláusula contractual.

Lo que indicamos no es simplemente el fruto de una determinada y contingente decisión de política del derecho. Estamos, ante todo, frente a una consecuencia necesaria del principio de proporcionalidad, previsto en el artículo 5, 3.º párrafo, del Tratado institutivo de la Comunidad Europea. Entre diversas soluciones idóneas para realizar un determinado objetivo institucional, la Comunidad Europea está obligada a elegir la que determine el menor sacrificio posible de las libertades fundamentales.[50]

En particular —y como ya anotamos—, las reglas de los contratos celebrados por los consumidores han sido dictadas con el fin esencial de eliminar aquellas asimetrías informativas entre las partes, asimetrías que determinan la falla del mercado.[51] Y el instrumento menos coercitivo para eliminar una asimetría informativa está constituido, justamente, por reglas que garanticen a la parte menos informada (el consumidor) la obtención de la información necesaria para una adecuada y consciente valoración de la conveniencia de la operación que realizará. Por lo general, esto acontece imponiendo a la parte más informada (el comerciante profesional) la obligación de proporcionar dicha información (la llamada «*disclosure*»).[52] Solo cuando dichas reglas resultan, por excepción, insuficientes para eliminar determinadas asimetrías

---

[49] *Véase, por todos, ALESSI, R. Op. cit., p. 20 y ss. Los conceptos tradicionales de forma y de objeto del contrato deben ser, por consiguiente, reexaminados (véase VALENTINO, D. Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale. Nápoles, 1999, especialmente p. 133 y ss.), y lo mismo cabe decir del problema clásico de la formación del acuerdo (véase NAZZARO, A. C. Obblighi d'informare e procedimenti contrattuali. Nápoles, 2000, p. 168 y ss.).*

[50] *Una consideración análoga es válida, desde luego, para el derecho italiano, porque este último se encuentra comprometido por la decisión sistemática a favor del mercado y de la competencia (IRTI, N. Op. cit., p. 140).*

[51] *Dicho planteamiento es claramente compartido por BENEDETTI, G. Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali. Op. cit., p. 155, y por IRTI, N. Op. cit., p. 140, aunque ambos formulan apreciaciones bastante diferentes acerca del significado de la autonomía contractual en la realidad socioeconómica del capitalismo avanzado, sobre todo en lo concerniente a los contratos en masa. Con carácter más general, se ha destacado, de manera convincente, que «el problema central, [...] en nuestra sociedad, no parece ser el de garantizar la equidad del contenido económico del contrato, sino el de atacar aquellas perturbaciones o prejuicios de la libertad de decisión (especialmente por asimetrías informativas) que sean capaces de incidir en una adecuada valoración de la conveniencia de la operación» (SCHLESINGER, P. Op. cit., p. 231; las cursivas son añadidas). En cambio, en el sentido de que las reglas de información son suficientes para proteger los intereses de los cuales son portadores los sujetos débiles y deben, por ello, ir acompañadas de la condificación de sus derechos sustanciales, véase ALPA, G. «La c. d. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato». Op. cit., p. 756 y ss.*

[52] *Al respecto, sigue siendo fundamental el estudio de COFFEE, J. C. «Market Failure and the Economic Case for a Mandatory Disclosure System». Virginia Law Review, vol. 70, 1984, p. 717 y ss.*

informativas, el derecho comunitario de los contratos impone un determinado orden final de los intereses contractuales o bien somete la autonomía negocial —como ocurre en el régimen de las cláusulas abusivas— a un control sustancial por parte de la autoridad judicial.[53]

Se ha escrito que las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado están dirigidas a permitir el ejercicio de la autonomía contractual más allá de las fronteras nacionales,[54] y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de «medidas de efecto equivalente», prohibidas por los artículos 28 y 29 del Tratado, confirma ampliamente dicha lectura. Pero ella vale también, a pesar de todas las apariencias, para el derecho comunitario secundario, que ha armonizado los ordenamientos jurídicos nacionales. En efecto, si bien es cierto que tal derecho no se limita a cumplir una función de liberalización del mercado, sino que cumple también una función ulterior, de reregulación (condicional) del mercado,[55] no es menos verdadero que esta última está dirigida, precisamente, a hacer que las transacciones económicas se desarrollen de conformidad con el mecanismo de la autonomía privada.

La protección del consumidor en el derecho comunitario de los contratos se realiza, en especial, por medio de las reglas necesarias para restituir a aquel su autodeterminación o soberanía económica,[56] que se funda en la libertad de elegir, entre las propuestas alternativas formuladas por los empresarios, aquella que resulte más ventajosa.[57] En ello —como se ha

---

[53] *Gabrielli, E. Op. cit., p. 1178 y ss.*

[54] *Müller-Graff, P. C. «Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht - das Privatrecht in der europäischen Integration». Neue Juristische Wochenschrift. 1993, p. 14.*

[55] *Véase retro, n.º 2.*

[56] *También las tendencias doctrinales favorables a orientar el derecho europeo de los contratos en un sentido altamente solidarista han aceptado, por lo general, dicho modelo, si bien sosteniendo la necesidad de que se refuerce la protección de la parte más débil desde el punto de vista social, además de económico (véase, principalmente, Wilhelmsson, T. Social Contract Law and European Integration. Dartmouth, 1995, p. 35 y ss.). Para una crítica radical, en cambio, cfr. Somma, A. «Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in tema di autonomia contrattuale». Op. cit., p. 263 y ss., y, ya en su ensayo anterior, «Il diritto dei consumatori è un diritto dell'impresa». Politica del diritto, 1998, p. 679 y ss., en el que el autor citado percibe los indicios de una «aproximación hedonista al tema del consumo», así como la aplicación de una política del derecho preconcebida para «relegar» a la Constitución el valor de la solidaridad o del comercio equitativo y solidario. La alternativa estaría representada, entonces, por una recuperación amplia del principio de la justicia conmutativa y por la despotenciación de la autonomía privada en el desarrollo de los derechos de tercera generación (que, superando la concepción pandectística de sujeto jurídico, protegen al ser humano en tanto enfermo, anciano, etc.).*

[57] *Irti, N. Op. cit., p. 102 y ss.; Jannarelli, A. Op. cit., p. 43 y 47. En la bibliografía alemana, véase la detallada monografía de Drexl, J. Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers. Tubinga, 1998.*

resaltado—[58] radica el principio fundamental de la autonomía privada, modernamente entendido.

Es indudable que dicha intervención de regulación del mercado limita a la autonomía negocial del empresario oferente,[59] pero no se puede sostener que la correspondiente compresión de contenido de dicho poder jurídico sea incompatible con la tradición liberal de los ordenamientos jurídicos nacionales: en general, en efecto, el legislador comunitario no prescribe ni prohíbe al empresario perseguir un determinado interés económico, sino que se limita, con algunas excepciones, a reglamentar las modalidades con las cuales este último puede ser satisfecho por medio del contrato.[60] Ni

---

[58] *BARCELLONA, P. Op. cit., p. 71.*

[59] *MENGONI, L. Op. cit., p. 536.*

[60] *Se puede negar, entonces, que el fundamento jurídico de dichas regulaciones esté constituido por la equidad (del contrato), propiamente asociada con la justicia conmutativa del intercambio (para un examen crítico de dicha noción, véase, en general, FRANZONI, M. «Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto». En Contratto e impresa. 1999, p. 83 y ss.; y RUSSO, D. Sull'equità dei contratti. Nápoles, 2001, p. 15 y ss.). Contrariamente, se ha sostenido que la nulidad de las cláusulas abusivas es la consecuencia de una valoración de su naturaleza inequitativa concreta (GAZZONI, F. Manuale di diritto privato. 10.ª ed. Nápoles, 2003, p. 774), quel presupondría el poder del juez para establecer, según un criterio de razonabilidad, el equilibrio de los intereses concurrentes (MENGONI, L. Op. cit., passim, especialmente p. 546 y ss.). Sin embargo, dichos planteamientos doctrinales no parecen ser de compartir (véase, en tal sentido, CASTRONOVO, C. «Profili della disciplina nuova delle clausole c. d. vessatorie cioè abusive». Europa e diritto privato, 1998, I, p. 30 y ss.). El juicio sobre la naturaleza abusiva, previsto por los artículos 1469-bis y ss. del Código Civil, se explica y justifica siempre y cuando las cláusulas contractuales (unilateralmente predispuestas por el comerciante profesional) integren o modifiquen in peius, frente al consumidor, una norma jurídica, destinada a sustituirlas cada vez que sean declaradas ineficaces (SIRENA, P. Commentario sub art. 1469-ter, 3.er párrafo. En G. Alpa y S. Patti (eds.). Clausole vessatorie nei contratti con i consumatori. A su vez en Il Codice Civile. Commentario, fundado por Schlesinger y ahora dirigido por F. D. Busnelli. Milán, 2003, p. 890 y ss.): el equilibrio contractual del que se apartan las cláusulas abusivas, por lo tanto, está constituido, propiamente, por el modelo legal de los derechos y de los deberes contractuales (cfr., sin embargo, TROIANO, S. Commentario sub art. 1469-bis, 1er. Párrafo. En op. ult. cit., p. 71 y ss.), en el cual, para lo que nos interesa, se puede identificar, si así se prefiere, la equidad del contrato (en tal sentido, es válida la máxima: «Aequitas legislatori, jus iudici magis convenit», formulada, con la inversión paradójica de un antiguo aforismo, por SCIALOJA, V. «Del diritto positivo e dell'equità (Discorso inaugurale letto nella grande Aula della Biblioteca Valentiniana il giorno 23 novembre 1879 nel solenne riaprimento degli studi nell'Università di Camerino)». Camerino, 1880, p. 16 [non vidi]). La determinación de que la cláusula (unilateralmente predispuesta por el comerciante profesional) se aparta de la norma jurídica en sentido favorable al consumidor no es suficiente, por otro lado, para que ella sea declarada abusiva, porque, tal cual lo establece el propio artículo 1469-bis, 1.er párrafo del Código Civil, es necesario que dicho equilibrio sea considerado por el juez como «significativo». Empero, esta última consideración no conlleva, como es evidente, el ejercicio de ningún poder equitativo, sino solamente aquella natural discrecionalidad que compete al juez en el juicio de hecho, en particular cuando entran a tallar conceptos elásticos como el aquí*

siquiera la propia regulación dictada en los artículos 1469-*bis* y ss. del Código Civil —a pesar de comportar, en definitiva, un vínculo de contenido de la libertad contractual del comerciante profesional—[61] prohíbe al empresario, sin más, la predisposición de cláusulas abusivas.[62] Todo lo que se hace es prescribir que tales cláusulas sean individualmente negociadas con el consumidor o bien reequilibradas con otras cláusulas del contrato.[63]

En último análisis, el límite que las reglas aquí tratadas imponen a la libertad contractual del empresario está representado, propiamente, por la prohibición del abuso de la autonomía negocial,[64] prohibición que, además

mencionado. Radicalmente distinta es, en cambio, la perspectiva teórica que nos dice que, en la regulación analizada, el precepto de la buena fe se especificaría como un principio de equidad contractual que el predisponente debería respetar en el ejercicio de su poder (de hecho) (así se expresa BIANCA, *C. M. «Le tecniche di controllo delle clausole vessatorie», publicado originalmente en C. M. Bianca y G. Alpa. Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. Padua, 1996; y ahora en id. Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici. II/2. Milán, 2002, p. 634, y en id. Diritto civile. III. Op. cit., p. 379 y ss. [nota 26]). A esta última afirmación, que en el fondo es de compartir, se puede replicar, de todas maneras, solo que la referencia a la equidad, en tanto parece invocar las posiciones doctrinales antes examinadas, corre el riesgo de ser desorientador y de suscitar, de cualquier forma, reacciones críticas inútiles. Una preocupación análoga parece poderse advertir en la tesis que asigna al principio general de la buena fe, según los artículos 1469-bis y ss. del Código Civil, el papel de guiar y de delimitar el juicio sobre la equidad de las cláusulas contractuales (*BUSNELLI, *F. D. «Note in tema di buona fede ed equità». Rivista di diritto civile, 2001, I, p. 544 y ss.; y, desde una perspectiva equivalente,* MACARIO, *F. «I diritti oltre la legge. Principi e regole nel nuovo diritto dei contratti». Op. cit., p. 514 y ss.). Nos podemos preguntar, sin embargo, y una vez más, si la referencia a la equidad, a pesar de estar nítidamente subordinada al papel decisivo de la buena fe, resulta indispensable, efectivamente, a fin de explicar dogmáticamente la regulación que venimos analizando.*

[61] *ROPPO, V. Il contratto del duemila. Op. cit., p. 31.*

[62] *JANNARELLI, A. Op. cit., p. 95 y ss.*

[63] *En lo que atañe a las cláusulas enumeradas en el artículo 1469-quinquies, 2.º párrafo del Código Civil, está expresamente previsto por el legislador que la prueba de la eventual tratativa individual no descarta la naturaleza abusiva. Sin embargo, y contrariamente a una difundida opinión, hay que admitir, en virtud del artículo 1469-quinquies, 1.º párrafo del Código Civil, que el comerciante profesional puede, de todas maneras, evitar que tales cláusulas sean declaradas ineficaces, siempre que demuestre que ellas son equilibradas por otras cláusulas del contrato o que están justificadas por las circunstancias existentes al momento de la celebración (para las referencias bibliográficas respectivas, véase* SIRENA, *P. Commentario sub art. 1469-bis, 3.er párrafo, del Código Civil. En Clausole vessatorie nei contratti con i consumatori. Op. cit., p. 215).*

[64] *La legitimidad de dicho límite a la autonomía negocial del empresario se funda, claramente, en el artículo 41, 2.º párrafo, de la Constitución (*LIPARI, *N. «Il mercato: attività privata e regole giuridiche». Op. cit., p. 53;* OPPO, *G. «Note sulla contrattazione d'impresa». Rivista di diritto civile, 1995, I, p. 639; seguidos por* SIRENA, *P. «La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori». Op. cit., p. 289). Como es sabido, es arduamente controvertida la cuestión de si la Constitución protege el mercado (para las tesis positivas, véase* LIBERTINI, *M. Op. cit., p. 441;* LIBONATI, *B. Op. cit., p. 644 y ss.;* MENGONI, *L. «Persona e iniziativa economica privata nella*

de no ser incompatible con la autonomía negocial, sirve para preservar la función sustancial de esta última.[65] Así se consigue que el conflicto de intereses entre las partes se componga según los mecanismos del mercado con una maximización del bienestar colectivo.[66] Para tal fin es necesario, precisamente, que se prohíba al empresario aprovecharse de la falencia del mercado, porque dicho comportamiento, en lugar de incrementar la riqueza de la colectividad, la destruiría.[67]

Según esta descripción, la prohibición del abuso de la autonomía negocial, que sirve de base de las reglas aquí tratadas, puede asociarse con el

Costituzione». En G. Vettori (ed.). Persona e mercato. Padua, 1996, p. 35 y ss.; id. «Problemi di integrazione della disciplina dei «contratti del consumatore» nel sistema del codice civile». Op. cit., p. 535 y ss.; PERLINGIERI, P. «Mercato, solidarietà e diritti umani». Rassegna di diritto civile, 1995, p. 101 y ss.). Al parecer, sin embargo, la disposición citada no es idónea para salvaguardarlo, porque ella establece que la iniciativa económica privada no puede desenvolverse en oposición a la «utilidad social» (véase OPPO, G. «L'iniziativa economica». Rivista di diritto civile, 1988, I, p. 332). Partiendo de la ya clásica concepción de dicha cláusula como «fórmula verbal que resume una serie de intereses con relevancia social, que el legislador ha hecho propios» (NUZZO, M. Utilità sociale e autonomia privata. Milán, 1974, p. 81), se debe considerar, justamente, que ella, en la realidad actual del ordenamiento jurídico, no puede dejar de tomar en consideración el funcionamiento del mercado, que ha sido elevado, como quiera que sea, a principio preeminente y conformativo de la economía, en virtud del Tratado institutivo de la Comunidad Europea (sobre este último, véase IRTI, N. Op. cit., passim, en especial p. 20 y ss., 125 y ss., y 137 y ss., quien denuncia, sin embargo, la «antinomia entre Constitución económica y opción de sistema»; cfr., igualmente, LIBONATI, B. Op. cit., p. 657 y ss.). Por otro lado, la relevancia constitucional del mercado y de la libre competencia empresarial, en términos de «utilidad social», permite que estos sean, imperiosamente, equilibrados con los demás intereses jurídicos que también son relevantes y, como expresamente se prevé en el artículo 41, 2.º párrafo, de la Constitución, y que cumplan con la exigencia de evitar daños «a la seguridad, a la libertad, a la dignidad humana» (OPPO, G. «Le ragioni del diritto: il diritto commerciale». Rivista di diritto civile, 1995, I, p. 505 y ss.; id., «Impresa e mercato». Op. cit., p. 423 y ss.). Resulta bastante significativo, por lo demás, que la propia teoría económica, a pesar de proclamar a grandes voces la absoluta autosuficiencia de su objeto, en comparación con lo que ocurre con el derecho, identifique en la utilidad social, justamente, el fin último de la competencia, con lo cual establece, de manera implícita, el confín de la recíproca interrelación del mercado con el ordenamiento jurídico (LIPARI, N. «Diritto e mercato della concorrenza». Op. cit., p. 33). Queda sentado, en todo caso, que las prestaciones del Estado social no pueden estar sujetas a un mal entendido «primado del mercado», aunque el principio de eficiencia tenga que determinar, como quiera que sea, sus condiciones de factibilidad económica (MENGONI, L. «Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione». Op. cit., p. 39 y ss.).

65 *AULETTA, T. Op. cit., p. 228 y ss.*

66 *Véase retro, n.º 2.*

67 *SACCO, R. «L'abuso della libertà contrattuale». En Diritto privato, 1997. T. III: «L'abuso del diritto». Padua, 1998, p. 232 y ss., quien identifica en ello, con carácter general, la esencia del abuso de la libertad negocial (aunque luego, en la p. 234, manifiesta dudas sobre la utilidad teórica de tal noción en tanto distinta de la noción de los vicios de la voluntad y de la buena fe).*

contenido preceptivo que los ordenamientos jurídicos de Europa continental han asignado, por lo general, al principio de la buena fe contractual,[68] aun cuando este se manifieste, a veces (y sobre todo en relación con el control del carácter abusivo de las cláusulas unilateralmente predispuestas) con una insistencia hasta el momento desconodida en el derecho italiano (pero ampliamente experimentada, como se sabe, en el derecho alemán).[69] Y se ha resaltado que ello constituye, ciertamente, una evolución pero no una revolución del sistema.[70]

---

[68] *BARCELLONA, P. Op. cit., p. 69; CASTRONOVO, C. Op. cit., p. 34 (cfr., sin embargo, en sentido contrario, MENGONI, L. «Problemi di integrazione della disciplina dei «contratti del consumatore» nel sistema del codice civile». Op. cit., p. 540 y ss.; D'AMICO, G. «Regole di validità e di comportamento nella formazione del contratto». Rivista di diritto civile, 2002, I, p. 50, 59; y en la obra anterior del mismo autor «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto. Nápoles, 1996, p. 336 y ss.). En general, hay que entender que la noción de la buena fe contractual puede determinarse, justamente, «partiendo del derecho de los tráficos y de los usos del tráfico comercial» (RESCIGNO, P. «Rimeditazioni sulla buona fede: omaggio ad Alberto Burdese». En L. Garofalo (ed.). Il ruolo della buona fede oggettiva. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese. Tomo IV. Padua, 2003, p. 573) e identificando su esencia en las reglas de fair dealing que sirven para sancionar las jugadas prohibidas en el juego antagonístico del mercado (en tal sentido, véase MONATERI, P. G. Op. cit., p. 413; y BARCELLONA, P. Op. cit., p. 324 y ss.). La consolidada connotación solidarista de la buena fe, por más de compartir que sea, corre el riesgo de ser desorientadora, porque tiene como característica la (consciente) implicación de valores no patrimoniales, extraños o incluso incompatibles con la llamada «lógica del mercado». Por ello, se alimentan, asimismo, las hostilidades, o por lo menos las desconfianzas, de los juristas anglosajones respecto de la propia noción de «buena fe» (véanse, al respecto, los ensayos compilados en el volumen ZIMMERMANN, R. y S. WHITTAKER (eds.). Good Faith in European Contract Law. Cambridge, 2000; e, igualmente, GOODE, R. «The Concept of «Good Faith» in English Law». En Saggi, conferenze e seminari, n.º 2, Roma, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 1992. En la bibliografía italiana, véase VITA, A. de. «Buona fede e common law. Attrazione non fatale nella storia del contratto». En Il ruolo della buona fede oggettiva. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese. I. Op. cit., p. 459 y ss.; y también, con especial referencia a la regulación de las cláusulas abusivas, véase ANTONIOLLI DEFLORIAN, L. «L'interazione del diritto inglese con il diritto comunitario: l'esempio della direttiva sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori ed il principio di buona fede». Rivista di diritto civile, 2002, I, p. 451 y ss.).*

[69] *PATTI, S. «Significato del principio di buona fede e clausole vessatorie: uno sguardo all'Europa». En Il ruolo della buona fede oggettiva. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese. III. Op. cit., p. 59 y ss. La armonización de los ordenamientos jurídicos nacionales europeos ha hecho, por lo tanto, que la buena fe pueda ser considerada, sin más, como un principio general del derecho europeo de los contratos (BIANCA, C. M. «Buona fede e diritto privato europeo». En Il ruolo della buona fede oggettiva. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese. III. Op. cit., p. 202 y ss.; cfr., sin embargo, COLLINS. «Good Faith in European Contract Law». Oxford Journal of Legal Studies, vol. 14, 1999, p. 229 y ss.; VETTORI, G. «Buona fede e diritto europeo dei contratti». Europa e diritto privato, 2002, p. 915 y ss.).*

[70] *BUSNELLI, F. D. Op. cit., p. 543, quien opina que actualmente se puede afirmar que «la función del corregir ha devenido [...] el proprium del papel de la buena fe». La regula-*

4. El análisis estructural: el presupuesto objetivo de aplicación

La inexistencia de una efectiva incompatibilidad axiológica entre los contextos normativos tomados en consideración —admitiendo que los argumentos anteriormente expuestos sean de compartir— es una condición necesaria, pero no suficiente, para adscribir las reglas de los contratos celebrados por los consumidores a la parte general del contrato.

Para estos efectos, es necesario verificar ulteriormente, y desde el punto de vista estructural, si las mencionadas reglas prevén una *fattispecie* de contrato que pueda definirse, justamente, como «general». Al parecer, ello está descartado de plano, dada la específica delimitación de su ámbito subjetivo de aplicación, que constituye su característica peculiar y, es más, según el planteamiento conceptual más difundido, su propia razón sustancial. Aquí, en efecto, estamos ante normas que, al margen de la identificación de sus presupuestos objetivos, son aplicables solamente si el contrato ha sido celebrado por un comerciante profesional y, generalmente, por un consumidor.[71]

Se ha sostenido que la relevancia de dichas cualidades subjetivas de las partes contratantes constituye la base normativa para la creación de una autónoma categoría de los «contratos de los consumidores», potencialmente distinta y contrapuesta a la categoría de los «contratos comerciales». Con ello, entraría en crisis la unitariedad, no solo del régimen general del contrato, previsto en el Código Civil, sino también del derecho privado mismo:

---

ción de los artículos 1469-bis y ss. del Código Civil, en efecto, está claramente fundada en la idoneidad del principio general de buena fe para determinar la nulidad de la cláusula contractual que lo lesione (BIANCA, C. M. Diritto civile. T. III. Op. cit., p. 389). Por lo tanto, contrariamente a cierta posición doctrinal (MENGONI, L. «Problemi di integrazione della disciplina dei "contratti del consumatore" nel sistema del codice civile». Op. cit., p. 543 y ss.; D'AMICO, G.. «Regole di validità e di comportamento nella formazione del contratto». Op. cit., p. 40 y ss.; e id., «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto. Op. cit., p. 9 y ss.), no se puede considerar correspondiente a los datos del derecho positivo aquel magisterio tradicional, autorizadamente confirmado, con carácter general, por MENGONI, L. «Autonomia privata e Costituzione». En Banca, borsa e titoli di credito, 1997, p. 9, según el cual, en el ordenamiento jurídico italiano, la buena fe tendría relevancia, exclusivamente, como regla de responsabilidad resarcitoria, cuya violación no podría incidir en la validez del negocio. Ya antes, por lo demás, dicho magiterio había sido radicalmente rechazado sobre la base de las orientaciones de la jurisprudencia (GALGANO, F. «Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte». Contratto e impresa, 1997, p. 417 y ss., seguido por RICCIO, A. «La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale». Contratto e impresa, 1999, p. 21 y ss.; en sentido crítico, cfr. D'AMICO, G. «Regole di validità e di comportamento nella formazione del contratto». Op. cit., p. 44 y ss.; e id., «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto. Op. cit., p. 62 y ss.).

[71] *Al respecto, véase lo que anotamos infra, en este mismo acápite.*

así se manifestarían los síntomas de un recrudecimiento de la anteriormente vigente dicotomía entre el derecho civil y el derecho comercial, aunque con finalidades diferentes (favorecer a los consumidores) de aquellas que, otrora, la caracterizaban (favorecer a los empresarios).[72]

Hay que destacar, sin embargo, que la hipotética contraposición entre contratos (civiles) de los consumidores y contratos (comerciales) de los empresarios, al menos si es entendida como una bipartición exhaustiva, no es idónea, de ninguna manera, para formalizar conceptualmente la realidad normativa. Es más, ella hace perder la pista de esta última. Es falso que las reglas analizadas prevean contratos que se puedan calificar, propiamente, como «civiles» y también, como es obvio, que los contratos a los que ellas no son aplicables sean calificables, propiamente, como «comerciales».

En primer lugar, las regulaciones que nos ocupan jamás son aplicables a los contratos que deberían definirse, propiamente, como «civiles», es decir, a los contratos celebrados entre dos consumidores, porque ellas presuponen en todos los casos —como hemos anotado— que una parte actúe como comerciante profesional. Resulta hasta paradójico que sea este último requisito el que caracteriza, uniformemente, el ámbito subjetivo de aplicación de tales regulaciones, porque la circunstancia de que el contrato sea celebrado por un consumidor en sentido técnico no es requerido siempre sino solamente en la mayor parte de los casos. No pocas de las reglas indicadas, en efecto, tienen en cuenta los contratos celebrados por un comerciante profesional, con prescindencia de la circunstancia de que la contraparte —incluso si ha sido definida como «consumidor»— haya actuado o no en el ámbito de su propia y eventual actividad comercial profesional.[73]

La enfatización de la protección del consumidor como criterio explicativo de las regulaciones analizadas determina, entonces, una suerte de inversión conceptual.[74] Los contratos que ellas toman en consideración no pueden,

---

[72] *ZENO-ZENCOVICH, V. «Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra «contratti commerciali» e «contratti dei consumatori»)». Giurisprudenza italiana, 1993, IV, col. 69; seguido por BENACCHIO, G. A. Diritto privato della Comunità Europea. Padua, 1998, p. 314 y ss. Una óptica análoga es la que se sigue en un breve ensayo, cuyo título enfatiza la separación entre tal regulación y el principio de igualdad en sentido formal, que es calificado, en forma poco feliz, como «un mito» (nos referimos al trabajo de STELLA RICHTER, G. «Il tramonto di un mito: la legge uguale per tutti (dal diritto comune dei contratti al contratto dei consumatori)». Giustizia civile. 1997, II, p. 199 y ss.).*

[73] *Es de mencionar, por ejemplo, el artículo 5 del decreto legislativo 111, del 17 de marzo de 1995, para la aplicación de la directiva 90/314/CEE, relativa a los viajes, vacaciones y programas «todo incluido». Al respecto, véase, por todos, DELLI PRISCOLI, L. «"Consumatore", "imprenditore debole" e principio di uguaglianza». Contratto e impresa/Europa. 2003, p. 751 y ss.*

[74] *SIRENA, P. «La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori». Op. cit., p. 289.*

de ningún modo, calificarse como «civiles», por lo menos si así se les pretende distinguir de, o hasta contrataponer a, los contratos «comerciales», porque ellos también son contratos «comerciales» o «de empresa».[75] Si nos remitimos a las categorías conceptuales de la tradición del derecho privado decimonónico, en particular los llamados «contratos de los consumidores» (o, por mejor decir, los «contratos *con los* consumidores») son de calificar como actos unilateralmente comerciales (los llamados «actos mixtos»).

Hay que destacar, por lo tanto, que, en el aspecto exclusivamente estructural, las regulaciones jurídicas aquí estudiadas son abstractamente asimilables al derecho de los actos empresariales.[76] Si ello no descarta que tales regulaciones se puedan formalizar, de todas maneras, en el derecho común de los contratos —atendiendo, de igual forma, a que en la parte general prevista en el Código Civil ya existen normas aplicables solamente a los actos realizados por un empresario (arts. 1330 y 1368, 2º. párrafo del Código Civil)—,[77] se termina planteando el problema, paradójico, de si ellas pueden asimilarse, propiamente, al derecho comercial en sentido técnico y

---

[75] *Resulta significativo que una indicación en tal sentido se encuentre no solo en la doctrina del derecho mercantil, que ha afrontado más ampliamente el tema aquí señalado (*BUONOCORE, V. *«Contratti del consumatore e contratti d'impresa». En P. Stanzione (ed.). La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo. Nápoles, 1999, p. 163;* OPPO, G. *«Note sulla contrattazione d'impresa». Op. cit., p. 629;* GUIZZI, G. *Op. cit., p. 125; y* DELLI PRISCOLI, L. *Op. cit., p. 749), sino también en la doctrina del derecho civil (*BESSONE, M. *Imprese e società. Roma, Bari, 2001, p. 48;* DI SABATO, D. *«Contratti dei consumatori, contratti d'impresa». Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1995, p. 657 y ss.).*

[76] *Utilizando las categorías conceptuales forjadas por uno de los máximos estudiosos alemanes del derecho mercantil (*SCHMIDT, K. *«Vom Handelsrecht zum Unternehmensprivatrecht». En Juristische Schulung (JuS). 1985, p. 249; id. Handelsrecht. 4.ª ed. Colonia, 1994, p. 11 y ss.), el derecho europeo de los contratos puede ser caracterizado como un derecho «externo» de la empresa, o sea, como régimen de los actos empresariales (Unternehmenstransaktions- oder -außenrecht). Este derecho tiene a su lado, y se integra con, el derecho europeo de las sociedades, que constituye el derecho «interno» de la empresa, esto es, el régimen de la organización empresarial (Unternehmensorganisations- oder –innenrecht) (*GRUNDMANN, S. *Europäisches Schuldvertragsrecht Das europäische Recht der Unternehmensgeschäfte. Op. cit., p. 13).*

[77] BENEDETTI, G. *Il diritto comune dei contratti contratti e degli atti unilaterali. Op. cit., p. 158;* BUONOCORE, V. *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali. Milán, 2000, p. 121 y ss.; en su trabajo precedente, id. «I contratti d'impresa». En V. Buonocore, A. Luminoso et. al. Contratti d'impresa. Milán, 1993, p. 21 y ss.; y* DI SABATO, D. *Op. cit., p. 660 y ss. Según* CIAN, G. *«Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici». Rivista di diritto civile, 1974,* I, *p. 553, también el régimen de las cláusulas generales de contratación y de los contratos celebrados mediante modelos y formularios (arts. 1341 y 1342 del Código Civil), no obstante su formulación literal, debería considerarse, formalmente, como «comercialista», atendiendo a que la contratación en masa sería concebible, exclusivamente, en el ejercicio de una actividad empresarial (en tal sentido, si bien implícitamente, véase también* BESSONE, M. *Op. cit., p. 49).*

separarse, así —en oposición a la tesis doctrinal antes expuesta—, del derecho civil.[78]

A fin de dar una respuesta convincente y teóricamente fundada a dicha cuestión, el análisis estructural, por más necesario que sea, no es suficiente. Es menester tomar en consideración el aspecto funcional de las regulaciones en mención,[79] es decir, la razón sustancial que, según el orden sistemático, justifica las normas jurídicas que forman parte de ellas.

Al respecto, conviene fijar una premisa: como alguien ha observado,[80] la relación entre la regulación de los contratos celebrados por un comerciante profesional y por un consumidor (unilateralmente comerciales) y la regulación de los contratos celebrados entre dos comerciantes profesionales (bilateralmente comerciales) se ha invertido, en comparación con lo que establecía el antiguo Código de Comercio italiano. En el ámbito aplicativo de este Código, en efecto, se comprendían los contratos del primer género (que, en la actualidad, se llamarían «contratos de los consumidores»), con carácter predominante respecto del Código Civil. Tales contratos estaban sujetos a la misma regulación aplicable a los contratos bilateralmente comerciales (ar. 54).[81] De tal manera, invirtiendo su actitud inicialmente favorable a la

---

[78] *En general, y como ha sido verificado recientemente, las disputas en torno de la autonomía del derecho mercantil como sistema se han superado porque, con la codificación italiana de 1942, se realizó «la fundamental unidad del derecho privado, como derecho de la sociedad civil» (*OPPO, G. *«Princìpi». En V. Buonocore (dir.). Trattato di diritto commerciale. I/I. Turín, 2001, p. 37; e id. «Codice civile e diritto commerciale». Rivista di diritto civile, 1993, I, p. 225). Ello no descarta, por otro lado, que el derecho mercantil se pueda configurar, todavía, como una realidad normativa especial y, por lo tanto, como una categoría específica del derecho privado (véase, especialmente,* CIAN, G. *Op. cit., p. 523 y ss.;* PORTALE. *«Diritto privato comune e diritto privato dell'impresa». En 1882-1982 cento anni dal codice di commercio. Actas del congreso internacional académico celebrado en Taormina, del 4 al 6 de noviembre de 1982. Milán, 1984, p. 227 y ss.; así como los recientes ensayos de* LIBONATI, B. *«La categoria del diritto commerciale». Rivista delle società, 2002, p. 1 y ss.;* BUTTARO, L. *«L'autonomia del diritto commerciale». Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, 2002, I, p. 421 y ss., quien incluso llega a sostener —aunque esto no sea de compartir—que «se debe seguir hablando de una perdurable autonomía y especialidad del derecho mercantil, en el sentido en que ello se entendía bajo el Código de Comercio», p. 431). Para una radical remeditación del problema, centrada en la relación entre el derecho estatal y el fenómeno de la llamada «globalización», véase, además,* IRTI, N. *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto. Roma, Bari, 2001, p. 85 y ss.; id. L'ordine giuridico del mercato. Op. cit., p. 86 y ss., 154 y ss.*

[79] *Aquí retomamos, aunque en un contexto diverso, la directriz metodológica impartida, con carácter general, por* PERLINGIERI, P. *«Nuovi profili del contratto». Op. cit., p. 230 y ss.*

[80] CIAN, G. *«Significato e lineamenti della riforma dello Schuldrecht tedesco». Rivista di diritto civile, 2003, I, p. 7;* MENGONI, L. *«Problemi di integrazione della disciplina dei «contratti del consumatore» nel sistema del codice civile». Op. cit., p. 537 y ss.;* ZENO-ZENCOVICH, V. *Op. cit., col. 69.*

[81] GALGANO, F. *«Lex mercatoria». En Storia del diritto commerciale. Bolonia, 1993, p. 103.*

clase agrícola, el legislador aseguraba a los empresarios, incluso cuando estos contrataban con sujetos extraños al ejercicio de su actividad profesional, la aplicación de aquel conjunto de normas que había surgido, originalmente y como excepción al derecho común, para proteger, precisamente, sus intereses corporativos. La cuestión no se reducía, pues, a ampliar (desmesuradamente) el campo de aplicación del Código de Comercio: había que construir un derecho de los contratos basado en la preeminencia sistemática del interés empresarial sobre el de todo otro individuo o grupo social.[82] Son por demás elocuentes las palabras anotadas por Vivante, casi con desconsuelo, en su célebre tratado: «Todo aquel que contrata con un comerciante debe estar sujeto a la ley del comerciante».[83]

En el derecho vigente, por el contrario, las regulaciones de los contratos celebrados por un consumidor no han servido para extender la aplicación de normas jurídicas que, precedentemente, reglamentaban solo los contratos entre comerciantes profesionales; ellas han servido, más bien, para introducir una diferenciación, que se caracteriza —como ya indicamos— por aquella protección de la autodeterminación económica del consumidor, que es necesaria a fin de impedir que el comerciante abuse del contrato. Pero dicha innovación no puede ser apreciada como una suerte de inversión dialéctica de la relación entre derecho civil y derecho comercial, al menos si así se pretende sugerir, de modo implícito, que ella hace prevalecer, sistemáticamente, el interés del consumidor por encima de la exigencia de objetiva «facilitación» de los intercambios comerciales, que constituye la perdurable especificidad —para lo que aquí interesa— del *ius mercatorum*: la composición de los intereses contrapuestos de las partes contratantes, en efecto, queda siempre delegada al ejercicio de su autonomía negocial,[84] que, en lo que respecta al comerciante profesional, es limitada por el legislador, en el sentido de evitar que aquel se aproveche, en violación del principio general de la buena fe, de la falencia del mercado.[85]

Así pues, las regulaciones que venimos analizando no pueden ser adscritas, sistemáticamente, al derecho mercantil en sentido estricto, porque su razón justificativa no consiste en la exigencia de introducir normas de excepción para facilitar la actividad empresarial.[86] Ellas tampoco pueden ser

---

[82] *Ib., p. 103 y ss.*

[83] *Citado por* GALGANO, *F. Op. loc. ult. cit.*

[84] BARCELLONA, *P. Op. cit., p. 70.*

[85] *Véase retro, n.º 2.*

[86] *Esta es, precisamente, la función del derecho mercantil en su concepción más evolucionada y, por decirlo así, «objetiva» (para un examen más exhaustivo, véase, por todos,* OPPO, *G. «Codice civile e diritto commerciale». Op. cit., p. 222, quien opina que la regulación de la «materia mercantil» estaría fundada en una doble razón socioeconómica: por un lado, la libertad de organización de la empresa y la rapidez y seguridad de la circulación; por otro lado, la confianza en el crédito).*

estimadas como índices normativos para contraponer al derecho común un derecho especial de los consumidores no solo porque su ámbito subjetivo presupone, necesariamente —contra lo que normalmente se cree—, que el contrato haya sido celebrado por un comerciante profesional, sino también, y sobre todo, porque su función sistemática consiste en restablecer la composición de los intereses en juego mediante el ejercicio de la autonomía negocial[87] cuando ello padezca impedimentos a causa de la falencia del mercado y, más específicamente, a causa de aquel particular paradigma del mercado, representado por las asimetrías informativas.

Se debe entender, entonces, que el presupuesto subjetivo de las regulaciones en mención, a pesar de constituir, evidentemente, un límite a su aplicabilidad, no es, en modo alguno, el criterio que ha de servir de base para la reconstrucción sistemática de ellas.[88] La asimetría informativa entre las partes contratantes, que constituye —como hemos anotado— el efecctivo problema que tales normas toman en consideración, no solo existe en las relaciones unilateralmente comerciales (*business to consumer*), sino también en las bilateralmente comerciales (*business to business*).[89] No se trata, en efecto, de la debilidad o inexperiencia de algunas categorías o grupos de sujetos, sino de un

---

[87] *Es indudable que la realidad normativa que aquí nos ocupa, estructuralmente asimilada al régimen de los contratos empresariales, está caracterizada por una inversión de valores, en comparación con el modelo comercialista tradicional, porque ella, precisamente, no sirve ya para proteger el interés del empresario, sino el del consumidor. Así se reconfirma lo fecundo de la intuición según la cual aquello que es genéricamente definible como «derecho de la economía» puede orientarse hacia la protección de intereses sustanciales contrapuestos, que un análisis puramente estructural de las instituciones jurídicas, en cambio, no está en capacidad de identificar (*ASCARELLI, T. *«Teoria della concorrenza e interesse del consumatore». Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1954, p. 936). Hay que precisar, empero, que dicho interés del consumidor no es identificado y protegido por el ordenamiento jurídico como interés especial o privilegiado, dialécticamente predominante en el de la contraparte, sino como interés general (al funcionamiento del mercado). En otras palabras, el consumidor «es, en último análisis, el miembro de la sociedad, indistinto, cuyo interés se considera general» (*ASCARELLI, T. *«Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione». En id. Saggi di diritto commerciale. Milán, 1995, p. 18).*

[88] *En tal sentido, véase, ALESSI, R. Op. cit., p. 20; BENEDETTI, G. «Tutela del consumatore e autonomia contrattuale». Op. cit., p. 804; GABRIELLI, E. Op. cit., p. 1155 y ss.; IRTI, N. L'ordine giuridico del mercato. Op. cit., p. 44; ROPPO, V. Il contratto del duemila. Op. cit., p. 53, especialmente 56. Asimismo, véase AZZARO, A. M. I contratti non negoziati. Nápoles, 2000, p. 104, 107. Para una perspectiva radicalmente contrapuesta, que ve en los estatus subjetivamente relevantes el criterio reconstructivo de las misma regulaciones, cfr., en cambio, ALPA. Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali. Roma, Bari, 1993, p. 40 y ss.; LIPARI, N. «Il mercato: attività privata e regole giuridiche». Op. cit., p. 51; id., «Diritto e mercato della concorrenza». Op. cit., p. 36 y ss. Véanse también, al respecto, las indicaciones de DOSI, Klesta. «Lo status del consumatore: prospettive di diritto comparato». Rivista di diritto civile, 1997, II, p. 667 y ss.*

[89] *JANNARELLI, A. Op. cit., p. 63; ROPPO, V. Il contratto del duemila. Op. cit., p. 53 y ss.*

paradigma de falencia del mercado en cuanto tal, que constituye, es más, y paradójicamente, una consecuencia necesaria de aquel principio de división y de especialización del trabajo que, siguiendo a Adam Smith, es visto como uno de los presupuestos de eficiencia del mercado mismo.[90]

La decisión del legislador de limitar su intervención regulatoria solo a los contratos entre un empresario y un consumidor no es, por lo tanto, la expresión de una hipotética exigencia de proteger a este último como sujeto débil.[91] En realidad, una exigencia semejante resulta secundaria y potencialmente desorientadora.[92] Las razones justificadoras de tal intervención deben identificarse, más bien, en la peculiar conformación que el principio de subsidiariedad genera para las competencias legislativas de la Comunidad Europea, que existen dentro de ciertos límites, a saber: que se demuestre que su ejercicio es indispensable para el logro de los objetivos institucionales correspondientes. Y la certeza de que la eliminación de la asimetría informativa entre las partes contratantes es indispensable para la instauración y el funcionamiento del mercado único (que constituye, justamente, el objetivo institucional de la señalada intervención legislativa) existe solo para los contratos celebrados entre comerciantes profesionales y consumidores.[93]

En estos contratos, efectivamente, es donde las asimetrías informativas entre las partes comprometen, inevitablemente y estructuralmente, la eficiencia asignativa del mercado y, por lo tanto, el bienestar colectivo.[94] En cambio, en los contratos entre dos empresarios tales asimetrías no son insuperables ni necesariamente dañosas. La «profesionalidad» del empresario representa, qué duda cabe, un motor permanente de conocimiento, gracias al cual él puede adquirir, en forma progresiva, las informaciones que son

---

[90] *GRUNDMANN, S. «Verbraucherrecht, Unternehmensrecht, Privatrecht - warum sind sich UN-Kaufrecht und EU-Kaufrechts-Richtlinie so ähnlich». Archiv für die civilistische Praxis, vol. 202, 2002, p. 68 y ss. En igual sentido, véase ROPPO, V. Il contratto del duemila. Op. cit., p. 42, quien opina que las normas aquí estudiadas resuelven el problema de los contratos económicamente desequilibrados, que se celebran en condiciones (no ya de patología, como ocurre en la rescisión por lesión o cuando media la incapacidad de entender y de querer, sino) de fisiología social.*

[91] *La concepción del consumidor basada en su hipotética «condición estructural de inferioridad» siempre ha sido objeto de discusión, y ampliamente, en la bibliografía alemana (véanse las referencias de MICKLITZ, H. Op. cit., p. 636 y ss.).*

[92] *Véanse las claras indicaciones de IRTI, N. L'ordine giuridico del mercato. Op. cit., p. 105; y GABRIELLI, E. Op. cit., p. 1157.*

[93] *JANNARELLI, A. Op. cit., p. 37.*

[94] *Véase, en tal sentido, lo que ya anotaba AKERLOF, G. «The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism». Quarterly Journal of Economics, vol. 84, 1970, p. 488 y ss.*

útiles para evaluar la conveniencia de todo contrato celebrado en el marco de su actividad económica. Es más, el aprovechamiento de la distribución desigual de las informaciones entre los empresarios competidores constituye, usualmente, un incentivo fundamental para la iniciativa económica. Por tal motivo, la eliminación indiscriminada de toda asimetría informativa en los contratos bilateralmente comerciales podría resultar innecesaria, y hasta perjudicial, en concreto, para el bienestar colectivo.

Lo anterior explica por qué las transacciones del primer tipo (unilateralmente comerciales) han sido exhaustivamente reguladas por normas específicas, mientras que las del segundo tipo (bilateralmente comerciales) han sido reguladas de manera mucho más limitada. La impresión que se genera es que las nuevas reglas, que son objeto del presente estudio, se explican, propiamente, desde la perspectiva de la posición del consumidor. Sin embargo, la particularidad del ámbito subjetivo de aplicación de ellas se presenta —como hemos anotado— contingente y extrínseca, atendiendo a la realidad normativa que las caracteriza:[95] para ser precisos, dichas regulaciones no tienen como fin el hacer prevalecer el interés de una u otra de las partes contratantes (ni el del consumidor ni el del comerciante profesional), sino la protección del interés general en funcionamiento del mercado.[96]

Estamos, por lo tanto, ante normas que no pueden ser asimiladas ni al derecho mercantil ni al derecho de los consumidores. Se trata de normas

---

[95] *Este dato, considerado por sí solo, no es válido, ciertamente, para descartar la vinculación de dichas regulaciones con la parte general, ya que esta última comprende, desde siempre, disposiciones no aplicables a todo contrato (así opina* VITUCCI, *P. Op. cit., p. 808, quien deriva, sin embargo, en contra del planteamiento aquí seguido, un juicio de incoherencia teórica y de ineficiencia práctica de la propia parte general del contrato; en este último sentido, véase también* NOVA, *G. de. «Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti». Op. cit., p. 328 y ss.; id. «I singoli contratti: dal titolo III del libro IV del codice civile alla disciplina attuale». Op. cit., p. 488 y ss., quien, partiendo de la constatación de que las normas de parte especial crean, a veces, excepciones a las normas de parte general, arriba a la conclusión de que esta última es aplicable solo con carácter residual, porque el régimen aplicable a los contratos en particular debería ser identificado, prioritariamente, en las disposiciones de la parte especial).*

[96] *Véase, por ejemplo,* ASCARELLI, *T.. Teoria della concorrenza e interesse del consumatore. Op. cit., p. 935 y ss., de quien merece ser citada una memorable consideración, relativa a la evolución y a la esencia del derecho mercantil: «La fuerza del derecho mercantil se encuentra, precisamente, en la capacidad con la cual ha superado su original carácter clasista, al volverse derecho estatal, ya con el mercantilismo, y pasando, luego, con el sistema objetivo, a dictar reglas aplicables a todos, y creando instituciones y principios que a la larga han devenido de derecho común, en tanto orientados hacia un general progreso técnico y económico, y no a la protección de particulares intereses» (las cursivas son añadidas). Para una amplia reflexión sobre el papel desarrollado por la cultura jurídica italiana, véase* LIBONATI, *B. «Diritto commerciale e mercato (L'insegnamento di Tullio Ascarelli)». En Diritto privato, 1997. T. III: «L'abuso del diritto». Padua, 1998, p. 551 y ss.*

que se integran al derecho privado en general[97] y, específicamente, al derecho general de los contratos.[98]

5. Sigue: los nuevos procedimientos de formación del acuerdo

La pertenencia de las regulaciones que venimos analizado al derecho general de los contratos topa con otro inconveniente: la delimitación de sus presupuestos objetivos de aplicación, los cuales parecen imprimirles un carácter de particular especialidad, debido, asimismo, a que corresponden, a veces, a fenómenos socioeconómicos que podrían considerarse marginales en el ámbito de la actual realidad fáctica.

Pero, una vez más, la percepción de fragmentariedad parece originada, sobre todo, por la impropia, e instintiva, asunción del derecho tradicional de los contratos —tal cual este se ha formado, históricamente, en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales— como modelo de parangón y cotejo de las nuevas regulaciones, las cuales, por el contrario, al haber sido introducidas por el derecho comunitario, se basan en presupuestos sistemáticos y técnicas legislativas radicalmente diversas.

Como ya hemos subrayado, la peculiar delimitación de la competencia legislativa de la Comunidad Europea para armonizar los ordenamientos jurídicos nacionales comporta, necesariamente, que el derecho europeo de los contratos se limite a prever las normas jurídicas indispensables para remediar las falencias del mercado. Así pues, tales normas no pueden hacer otra cosa que regular supuestos netamente específicos y, por decirlo así, «anormales», dado que se asume, en la estrategia de política del derecho que constituye la base del ordenamiento comunitario, que el mercado está,

---

[97] *En otras palabras, en el derecho civil, si este último es entendido no ya como «conjunto de las normas y de los principios jurídicos que se refieren al civis, considerado al margen de su eventual dimensión de homo oeconomicus», sino como «summa y ciencia de los principios y de las reglas que deben ser válidas como comunes elementos de base, como tejido conector [...] para todos los sectores del derecho privado» (CIAN, G. «Il diritto civile come diritto privato comune». En La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative. Padua, 1991, p. 12 y ss.).*

[98] *GRUNDMANN, S. «Verbraucherrecht, Unternehmensrecht, Privatrecht - warum sind sich UN-Kaufrecht und EU-Kaufrechts-Richtlinie so ähnlich». Op. cit., p. 43 y ss. Con el recurso a una paradoja eficaz, se ha afirmado que el régimen de los artículos 1469-bis y ss. del Código Civil es «encuadrable como parte especial del régimen general de los contratos» (BUSNELLI, F. D. Op. cit., p. 548). La concepción opuesta, según la cual se trataría, más bien, de un derecho especial, se ha afirmado, como es sabido, en la experiencia jurídica francesa (véase, por todos, CALAIS-AULOY, J. «L'influence du droit de la consommation sur le droit civil de contrats». Revue trimestrielle de droit civil, 1994, p. 239 y ss., especialmente 253 y ss.).*

generalmente, en condición de asegurar, por sí mismo, el logro de la eficiencia en la asignación de recursos, de modo que no sería necesaria ninguna intervención legislativa regulatoria. Esta última premisa no es nada extraña a la tradición de los ordenamientos jurídicos nacionales, que, al no sufrir ninguna limitación de soberanía basada en el principio de proporcionalidad, tampoco derivan de ella una restricción del derecho de los contratos —como la verificada en el ordenamiento comunitario—, sino más bien, y solamente, una específica conformación de tal derecho. En su mayor parte, en efecto, el derecho de los contratos está constituido por normas jurídicas dispositivas que, por presuponer, precisamente, que el mercado está en condición de funcionar de manera automática, apuntan únicamente a facilitar el ejercicio de la autonomía contractual de las partes. En cambio, las específicas y anómalas situaciones de falencia del mercado se encuentran reglamentadas, inevitablemente, por (pocas) normas que no admiten excepciones.

También hemos indicado que el derecho comunitario de los contratos puede prever solamente las normas del segundo tipo, porque estas son las únicas indispensables para el funcionamiento del mercado, y se comprenden, por lo tanto, sobre la base del principio de subsidiariedad, en la correspondiente competencia legislativa de la Comunidad Europea. En consecuencia, el derecho comunitario de los contratos resulta más limitado, constitutivamente, que el derecho nacional, aunque no sea dado considerarlo fragmentario, ya que, en la actualidad, regula prácticamente por completo todos los (pocos) casos de falencia del mercado único.

Por otro lado, es necesario considerar que, desde el punto de vista que aquí nos interesa, el derecho comunitario de los contratos (celebrados por los consumidores) puede subdividirse en dos partes distintas,[99] que pueden calificarse como «general» y «especial», respectivamente.

Algunas de las regulaciones bajo examen son respectivamente aplicables, en efecto, solo a una determinada categoría tipológica de contratos celebrados entre un profesional y un consumidor, cuyo criterio unificante, desde el punto de vista formal, no está constituido, salvo en raros casos (por ejemplo, en la llamada venta de paquetes turísticos «todo incluido»), por el tipo de contrato celebrado, sino por el tipo de actividad empresarial que el profesional ejerce mediante la celebración del contrato (por ejemplo, la prestación de servicios financieros o bancarios). Si bien este último criterio de tipificación contractual es bastante extraño a la tradición de nuestro

[99] *Grundmann, S. «La struttura del diritto europeo dei contratti». Op. cit., p. 384 y ss.; Roppo, V. Il contratto del duemila. Op. cit., p. 26 y ss.*

derecho nacional,[100] se puede afirmar, por lo tanto, que dichas regulaciones del contrato resultan particulares, en el sentido de los artículos 1322, 2.º párrafo, y 1323 del Código Civil, y que corresponden, por consiguiente, a aquella «parte especial» del derecho de los contratos que se encuentra prevista en los artículos 1470 y ss. del Código Civil.[101]

Por el contrario, hay otras regulaciones que son aplicables a todo contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, al margen de un determinado criterio de caracterización tipológica (del contrato mismo o de la actividad empresarial).[102] Sus presupuestos de aplicación identifican, en cambio, una peculiar modalidad de negociación y de celebración del contrato (por ejemplo, los contratos celebrados «fuera de los locales comerciales», «a distancia», «a través de instrumentos telemáticos», etc.),[103] la cual, por sus propias características intrínsecas, es susceptible de determinar la falencia del mercado a causa de la evidente y grave asimetría informativa entre las partes. La formalización de dicha realidad normativa no puede ser convenientemente elaborada si se emplea el concepto de «procedimiento», tal cual este ha sido definido, en general, por la doctrina que ha prestado mayor atención al tema de la celebración del contrato,[104] a saber: como configuración de varios y multiformes actos, técnicamente calificables como prenegociales, que, considerados en cuanto tales, no se identifican, en modo alguno, en la figura contractual, sino que se agotan, íntegramente, en su predisposición.[105] Puesto que —como, autorizadamente, se ha destacado—[106] «la variedad de los procedimientos no compromete la unidad, sino que la realza, más bien, de la misma forma que la unidad no descarta las distinciones en su interior», la especificidad de las regulaciones aquí analizadas, por

---

[100] *Al respecto, se ha hablado de «grupos de contratos» (NOVA, G. de. «I singoli contratti: dal titolo III del libro IV del codice civile alla disciplina attuale». Op. cit., p. 499 y ss.; id., «Contratto: per una voce». Op. cit., p. 655 y ss.; seguido por BUONOCORE, V. Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali. Op. cit., p. 76).*

[101] *Según NOVA, G. de. «I singoli contratti: dal titolo III del libro IV del codice civile alla disciplina attuale». Op. cit., p. 499 y ss., se trataría de «una serie de segmentos de disposiciones generales, que se ubican en un nivel intermedio entre el régimen del contrato en general y el régimen de los contratos en particular».*

[102] *ZENO-ZENCOVICH, V. Op. cit., col. 59.*

[103] *BENEDETTI, G. «Tutela del consumatore e autonomia contrattuale». Op. cit., p. 809; BUONOCORE, V. «Contratti del consumatore e contratti d'impresa». Op. cit., p. 121 y ss.*

[104] *BENEDETTI, G. Dal contratto al negozio unilaterale. Milán, 1969, p. 52 y ss.*

[105] *Sobre la naturaleza de los actos prenegociales, véase SANTORO-PASSARELLI, F. Dottrine generali del diritto civile. 9.ª ed. Nápoles, 1989 (reimpresión), p. 209 y ss., sometido a reflexión por el propio autor en BENEDETTI, G. Dal contratto al negozio unilaterale. Op. cit., p. 53 (nota 62).*

[106] *BENEDETTI,G. Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali. Op. cit., p. 42.*

más marcada que sea, no quita que ellas dicten normas generales a la cuales, en el sentido del artículo 1323 del Código Civil, quedan sometidos «todos los contratos».

En el ámbito de la bipartición fundamental que acabamos de identificar, en la cual no se puede evitar reconocer —como habíamos adelantado— los signos de la dialéctica tradicional entre «parte general» y «parte especial» del derecho de los contratos, una ubicación particular, que podría definirse «intermedia», es la que corresponde asignar a la regulación de la venta de bienes de consumo (art. 1519-*bis* y ss. del Código Civil). Atendiendo, en efecto, a la reconocida idoneidad de dicho tipo contractual para constituir el paradigma de todos los contratos con efectos traslativos, su regulación, a pesar de no poder adscribirse, formalmente, a la «parte general», es asimilable a esta última en lo sustancial, porque prevé los remedios a los que puede recurrir, en general, el adquirente de un bien debido la violación del compromiso traslativo por parte del enajenante.

6. Algunos corolarios: la (limitada) aplicabilidad analógica de las nuevas normas a los contratos celebrados entre comerciantes profesionales

Si las regulaciones aquí estudiadas, o por lo menos algunas de ellas, deben integrarse, pues, en la parte general del derecho contractual, es inevitable interrogarse sobre la aplicabilidad de ellas a los contratos celebrados por partes que no satisfagan los requisitos subjetivos expresamente previstos por el legislador. Aquí se plantea, en particular, el problema de establecer si ellas son aplicables a los contratos celebrados entre empresarios.[107]

Es conveniente destacar, de inmediato, que las normas destinadas a eliminar la asimetría informativa entre las partes contratantes son eficientes, sin más, solo en lo que atañe a los contratos unilateralmente comerciales; en cambio, lo son solo a veces en lo que atañe a los contratos bilateralmente comerciales.

La consecuencia de lo anterior en el plano de los efectos, y sobre la base del principio de subsidiariedad, es una limitación de la competencia legislativa atribuida, en materia, a la Comunidad Europea. Por lo tanto, resulta del todo coherente y digno de aprobación la tendencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que ha descartado, repetidamente, toda aplicación de las directivas que nos ocupan más allá de la definición

[107] *Jannarelli, A. Op. cit., p. 67 y ss.*

legislativa del consumidor como persona física que actúa al margen de su propia y eventual actividad «profesional».[108]

En cambio, en lo concerniente a cada ordenamiento jurídico nacional, nada impide, en principio, que la aplicabilidad de dichas regulaciones se extienda gradualmente a los contratos celebrados entre empresarios,[109] siempre y cuando se detecte aquella misma exigencia de protección que ha sido acogida por el legislador. Esta última condición se presenta, en particular, en lo tocante al control del carácter abusivo de las cláusulas generales de contratación.[110]

No es casual, por otro lado, que ya con anterioridad a la aplicación en el ordenamiento jurídico italiano de la directiva comunitaria en materia la doctrina haya lamentado la inaplicabilidad de la nueva regulación para la protección de aquella parte contratante que, a pesar de celebrar el contrato en el marco de su propia actividad profesional, se encuentre, de todos modos, y típicamente, en una situación de debilidad socioeconómica análoga a la del consumidor, en especial cuando se trate de una entidad jurídica sin fines de lucro o de un pequeño empresario, en el sentido del artículo 2083 del Código Civil.[111] La jurisprudencia de las instancias de mérito, por su parte, al considerar que la superación de tales límites no es permitida, positivamente, por las normas dictadas en los artículos 1469-*bis* y ss. del Código Civil, no ha evitado formular, amparándose en los artículos 3, 35 y 41 de la Constitución de la República Italiana, la cuestión de la legitimidad

---

[108] *Para referencias detalladas al respecto, véase* BARCA, A. *«Brevi note in ordine alla nozione di consumatore». La Nuova giurisprudenza civile commentata, 2003,* II, *p. 367 y ss.;* MENGOZZI. *«La nozione di consumatore, la direttiva 93/13 ed il diritto italiano». Contratto e impresa/Europa, 2002, p. 54 y ss.*

[109] *En un sentido que tiende a ser favorable a dicha perspectiva, véase* ALESSI, R. *Op. cit., p. 39. Es relevante que una posición análoga, si bien en el ámbito de planteamientos distintos desde el punto de vista conceptual y también político, haya sido expresada por los defensores de las concepciones solidaristas del derecho europeo de los contratos (véase* WILHELMSSON, T. *Social Contract Law and European Integration. Op. cit., p. 35, 163 y ss.;* SOMMA, A. *Il diritto dei consumatori. Op. cit., p. 683, 686; id. «Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in tema di autonomia contrattuale». Op. cit., p. 293 y ss.).*

[110] *Véase, al respecto, el amplio estudio de* GATT, L. *Commentario sub art. 1469-bis, 2.º párrafo del Código Civil. En Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore. Op. cit., p. 803 y ss.*

[111] *Véase, por todos,* OPPO, G. *«Presentazione». En Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. Op. cit., p. 7; id. «Note sulla contrattazione d'impresa». Op. cit., p. 637; id. «Impresa e mercato». Op. cit., p. 427.*

constitucional de tales artículos,[112] la cual, sin embargo, ha sido declarada infundada por la Corte Costituzionale.[113]

Aun cuando infructuosos, tales intentos responden, qué duda cabe, a efectivas exigencias sustanciales, las cuales, sin embargo, justamente por no ser incoherentes, en modo alguno, con los datos del derecho positivo, pueden ser satisfechas con una adecuada interpretación de las disposiciones ahora examinadas y su consiguiente aplicación analógica.[114] Si la «voluntad

---

[112] *La cuestión de legitimidad constitucional fue interpuesta, por primera vez, por el Giudice di Pace dell'Aquila (decreto del 3 de noviembre de 1997, publicado en Giustizia civile, 1998, I, p. 2341 y ss., con comentario de* GATT, *L. «L'ambito soggettivo di applicazione della normativa sulle clausole vessatorie»), pero fue declarada manifiestamente inadmisible por ausencia de fundamentos en orden a su relevancia, porque el contrato objeto de la controversia había sido celebrado con anterioridad a la entrada en vigor de los artículos 1469-bis y ss. del Código Civil (Corte Costituzionale, sentencia 282, del 30 de junio de 1999. En Giustizia civile, 2000, I, p. 1928 y ss.; en Il Foro italiano, 1999, I, col. 3118 y ss., con comentario de* PALMIERI, *A. «L'ibrida definizione di consumatore e i beneficiari (talvolta pretermessi) degli strumenti di riequilibrio contrattuale»; y en Giurisprudenza costituzionale, 1999, p. 2296 y ss.).*

[113] *Corte Costituzionale, sentencia 469, del 22 de noviembre del 2002, en Il Foro italiano, 2003, col. 332 y ss., con comentarios de* PALMIERI, *A. «Consumatori, clausole abusive e imperativo di razionalità della legge: il diritto privato europeo conquista la Corte Costituzionale»; y de* PLAIA, *A. «Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità». En I contratti. 2003, p. 653 y ss., con comentario de Capilli. El decreto que contenía la cuestión de legitimidad provino del Giudice di pace Sanremo, decreto del 5 julio 1999, publicado en Giurisprudenza di merito, 2002, p. 649 y ss. Al respecto, cfr. las contrapuestas opiniones de* CALVO, *R. «Il concetto di consumatore, l'argomento naturalistico ed il sonno della ragione». En Contratto e impresa/Europa, 2003, p. 715 y ss.; y de* DELLI PRISCOLI, *L. Op. cit., p. 749 y ss. Desde una perspectiva diversa y reciente, se ha sostenido que el artículo 1469-bis del Código Civil viola el artículo 3 de la Constitución, porque «no incluye en la noción de consumidor al beneficiario, no contratante, de la póliza acumulativa en caso de accidentes, contratada por el empleador» (Tribunale di Napoli, sentencia del 22 de julio del 2002. Il Foro italiano, 2003, I, col. 336 y ss.).*

[114] *Cfr., sin embargo, en sentido contrario,* D'AMICO, *G. «Regole di validità e di comportamento nella formazione del contratto». Op. cit., p. 48 y ss.; y, más ampliamente,* ROPPO, *V. «Il contratto». Op. cit., p. 912, quien presta atención al problema de la protección contractual del comerciante profesional «débil» y destaca que dicho problema ha sido resuelto, en todo caso, por la ley sobre el subaprovisionamiento (ley 192, del 18 de junio de 1998). Hay que destacar, sin embargo, que este último régimen jurídico, en lo tocante, especialmente, a la prohibición de abuso de dependencia económica, no concierne (para retomar la distinción terminológica formulada por el propio Roppo en su obra Il contratto del duemila. Op. cit., p. 42 y ss.) al fenómeno «fisiológico» de las asimetrías informativas entre las partes contratantes, sino al fenómeno «patológico» de la limitación de la libertad contractual de una de ellas a causa de la concentración de poder económico de la otra (véase también* GABRIELLI, *E. Op. cit., p. 1181 y ss.;* DELLI PRISCOLI, *L. Op. cit., p. 760 y ss.). Se trata, por lo tanto, de una temática sustancialmente vinculable con una específica configuración de la prohibición antitrust del abuso de posición de dominio, tal cual ha sido confirmado, por lo demás, por la modificación que el decreto legislativo 231, del 9 de octubre del 2002, artículos 10 y 11, ha hecho de la ley en materia; se ha atribuido, además, en el nuevo párrafo 3-bis del artículo 9, significativas*

del legislador» es proteger al (consumidor, en tanto y en cuanto) adherente que se encuentra en una situación típica de debilidad socioeconómica frente al comerciante profesional predisponente, no se puede negar que la misma exigencia también se presenta cuando tal adherente es un comerciante profesional o un ente análogamente «débil».[115]

Pero esta conclusión interpretativa, por más innovativa y de compartir que sea, valoriza solo parcialmente la potencialidad normativa de las normas que ahora nos ocupan, porque resulta condicionada por la premisa según la cual ellas remediarían la patológica situación de debilidad socioeconómica de una parte del contrato frente a la otra.[116]

En cambio, si se concuerda en que hay que identificar la razón sustancial de dichas normas en la eliminación de aquellas (fisiológicas) asimetrías informativas entre las partes contratantes, que determinan la falencia del mercado, se debe admitir coherentemente que el problema de su aplicabilidad se plantea frente a todo aquel que se adhiera a las cláusulas generales de contratación (predispuestas por un empresario), independientemente del hecho de que se trate de un sujeto que actúa en calidad de consumidor o de empresario. La predisposición de cláusulas generales de contratación crea, en efecto, una suerte de «monopolio de hecho» del empresario, sobre la información jurídicamente relevante, que la eventual experiencia profesional de la otra parte contratante no es suficiente, normalmente, para superar si no es con la asunción de costos de transacción desproporcionados. La ignorancia del adherente con respecto al contenido de las condiciones de contrato no puede considerarse una circunstancia excepcional, ligada, por ejemplo, a las escasas capacidades profesionales del sujeto o bien a la ausencia de una organización adecuada, sino que tiende a transformarse —como

competencias de investigación y de sanción del abuso para la Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (véase, en general, MAUGERI. «Le recenti modifiche della disciplina dell'abuso di dipendenza economica in una prospettiva comparatistica». En Europa e diritto privato, 2002, p. 455 y ss.; y, más ampliamente, de la misma autora, Abuso di dipendenza economica e autonomia privata. Milán, 2003, p. 8 y ss.).

[115] *Para una expresa, aun cuando problemática, indicación en tal sentido, véase, BUSNELLI, F. D. «Note in tema di buona fede ed equità». Op. cit., p. 548 y ss. y p. 552, quien considera que el papel de regla-criterio general del artículo 1469-bis, 1.º párrafo, del Código Civil, combinándose con el valor general de las normas sobre la buena fe en la parte general del contrato, «podría legitimar una apertura más o menos directa y extendida a los «no consumidores débiles» de la regulación en cuestión. Particular importancia, en tal sentido, es la que atribuye el autor citado al artículo 1366 del Código Civil, para lo cual concede valor a una línea de pensamiento de BIGLIAZZI-GERI, L. «A proposito della proposta di attuazione della direttiva comunitaria sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori». En Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. Op. cit., p. 324 y ss.*

[116] *Véase retro, n.º 4.*

alguien ha destacado—[117] en un fenómeno social propiamente dicho, que, en tanto permite a los operadores del mercado gozar de los beneficios de las economías de escala, ligadas, ni más ni menos, con la estandarización, responde a una determinada racionalidad (la llamada «racionalidad limitada»).[118] Por lo tanto, la asimetría informativa entre las partes contratantes es estructural, al margen de la circunstancia de que el adherente actúe en calidad de consumidor o de comerciante profesional.

Una importante apertura en tal sentido se puede apreciar en una sentencia del Tribunale di Roma, la cual, de conformidad con la orientación de la jurisprudencia francesa,[119] ha dictaminado que, «para efectos de establecer si el contratante ha obrado «por fines extraños a la actividad empresarial o profesional eventualmente cumplida», es menester verificar si la celebración de dicho contrato es o no un acto de la profesión del que adquiere el bien o el servicio, tal cual lo es para su contraparte».[120] El principio de

---

[117] *BIANCA, C. M. «Presentazione» (anteriormente en su edición Le condizioni generali di contratto. I. Milán, 1979; y ahora) en Id. Realtà sociale ed effettività della norma. II/1. Op. cit., p. 398.*

[118] *GABRIELLI, E. Op. cit., p. 1178 y ss.; PARDOLESI, R. y A. PACCES. «Clausole vessatorie e analisi economica del diritto: note in margine alle ragioni (ed alle incongruenze) della nuova disciplina». En Diritto privato. 1996. T. II: «Condizioni generali e clausole vessatorie». Padua, 1997, p. 397 y ss. Acerca del concepto de bounded rationality, ampliamente utilizado por el análisis económico del derecho, sigue siendo fundamental el estudio de SIMON, H. A. Models of Man. Nueva York, 1957. Sobre la base de dicho modelo, el homo oeconomicus no puede, en realidad, perseguir la maximización egoísta de su propio bienestar (la llamada «first-best solution»), porque ello resulta potencialmente impedido por la existencia de costos de transacción. En lo que atañe a la búsqueda y elaboración de las informaciones, en particular, las decisiones de aquel son, por lo tanto, solo limitadamente (racionales, y por ello) óptimas (la llamada «second best solution»). Sobre dichas premisas, justamente, se justifica, desde el punto de vista económico, la protección contractual del consumidor (véase, sobre todo, DUGGAN. «The Economics of Consumer Protection: A Critique of the Chicago School Case Against Intervention». Adelaide Law Review, Research Paper n.° 2, Adelaida, 1982, p. 103 y ss.).*

[119] *La solución según la cual el régimen contractual de protección del consumidor sería aplicable a todo comerciante profesional contratante que, frente a la contraparte, se encuentre en una análoga situación de debilidad ha sido reconocida por la Cour de Cassation, a partir de la sentencia de su 1.ra Sala Civil, del 28 de abril de 1987, publicada en Juris-Classeur Périodique, 1987, II, 20893, con comentario de Paisant (al respecto, véase, GHESTIN y MARCHESSAUX. «L'applicazione in Francia della direttiva rivolta ad eliminare le clausole abusive». Trad. italiana de Coraggio. En Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. Op. cit., p. 58 y ss.; CALAIS-AULOY, J. Op. cit., p. 253 y ss.).*

[120] *Tribunale di Roma, sentencia del 20 de octubre de 1999, en Giustizia civile, 2000, I, p. 2117 y ss, con comentario (favorable) de COREA, U. «Ancora in tema di «consumatore» e contratti a scopi professionali: un intervento chiarificatore»; en I contratti, 2000, p. 442 y ss., con comentario (contrario) de Maffeis. En tal sentido, véase lo que ya había señalado (si bien en un obiter dictum, entre sus fundamentos) el Pretore di Foggia-Orta Nova, sentencia del 17 de diciembre de 1998, en Giurisprudenza italiana, 2000, p. 312*

derecho aplicado por lo jueces basa la existencia de una asimetría informativa entre las partes, entonces, en la ajenidad de la prestación o del servicio contractual a la específica competencia profesional del adherente —en los fundamentos de la sentencia citada se afirma, por ejemplo: «No se aprecia en qué sentido pueden ser diferentes la posición del representante comercial que adquiere un automóvil para su trabajo y la posición de otra persona (si no la de él mismo) [¿?] que lo adquiere para su familia»—.[121] Se trata, sin embargo, de una solución que, a pesar de conducir a resultados prácticos concretamente apreciables, continúa resultando parcial.

En el supuesto de la predisposición unilateral de cláusulas contractuales estandarizadas, efectivamente, la asimetría informativa entre las partes es intrínseca al procedimiento mismo de formación del acuerdo, independientemente de la relación del específico contenido del contrato con la eventual actividad profesional del adherente. En principio, por lo tanto, parece perfectamente justificado que la regulación analizada, en la parte donde prevé un específico subrégimen normativo de las cláusulas generales de contratación,[122]

y ss., con comentario de TORRESI, T. *«Consumatore, professionista. Fermenti giurisprudenziali»; y, posteriormente, el Giudice di pace di Civitanova Marche, sentencia del 4 de diciembre del 2001, en Giurisprudenza di merito, 2002, p. 654 y ss. Según un criterio más blando, la jurisprudencia de las instancias de mérito ha establecido también que los artículos 1469-bis y ss. del Código Civil son aplicables a los contratos celebrados (no ya en el ejercicio, sino) en vista de una actividad comercial profesional futura (Tribunale di Terni, sentencia del 13 de julio de 1999. En Danno e responsabilità., 2000, p. 862 y ss., con comentario de Palmieri; en el mismo sentido, y en relación con el decreto legislativo 50, del 15 de enero de 1992, véase Tribunale di Ivrea, sentencia del 5 de octubre de 1999, en la misma revista). Dichas tendencias interpretativas han sido contradichas por la Corte di Cassazione (sentencia 10127, del 25 de julio del 2001, en La Nuova giurisprudenza civile commentata, 2002, I, p. 630 y ss., con comentario de* RINALDI, R. *«Incompatibilità tra la nozione di consumatore e quella di professionista debole»; en I contratti, 2002, p. 338 y ss., con comentario de Caserta), que ha afirmado la siguiente máxima jurisprudencial: «Para que se presente la figura del «comerciante profesional» no es necesario que el contrato tenga lugar en el ejercicio de la actividad propia de la empresa o de la profesión; es suficiente que el contrato se efectúe para un fin vinculado con el ejercicio de la actividad empresarial o profesional»).*

[121] *Dicho planteamiento conceptual es compartido, sustancialmente, por* GABRIELLI, E. *Op. cit., p. 1180 y ss., quien sostiene, precisamente, que la regulación aquí estudiada es aplicable a los «actos relativos a la profesión«, siempre que ellos se presenten, respecto de esta última, en una relación de instrumentalidad ocasional (sería inaplicable, en cambio, cuando ellos sean realizados de manera no ocasional, además, como es obvio, de cuando se trate de «actos de la profesión»). Sin embargo, ello sería válido, exclusivamente, cuando el comerciante profesional sea una persona física y no, en cambio, cuando sea un ente, partiendo del presupuesto de que la «profesionalidad» de este último «constituye, de por sí, un factor impeditivo (o cuando menos fuertemente reductivo) del deficit informativo en el acto de consumo» (p. 1181).*

[122] *Sobre la identificación de dicho subconjunto de normas, véase, en general, y con especial referencia al artículo 1469-sexies del Código Civil,* ROPPO, V. *«La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori». En E. Cesàro (ed.).*

sea susceptible de aplicación analógica a los contratos celebrados entre comerciantes profesionales.[123]

Dicha conclusión tiene a su favor un fundamento constitucional: el artículo 41, 2.º párrafo de la Constitución, el cual —admitiendo su aplicabilidad a las relaciones horizontales—[124] no puede hacer referencia sino a las relaciones entre empresarios y, por igual, a las relaciones entre empresarios y consumidores.[125]

Clausole abusive e direttiva comunitaria. Padua, 1994, p. 88, 91; NAPOLITANO, A. y V. ROPPO. «Clausole abusive». En Enciclopedia giuridica Treccani. Apéndice de actualización. Vol. III. Roma, 1994, p. 1 y ss., 6 (de la separata); BUSNELLI, F. D. y U. MORELLO. «La direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori». Rivista del notariato, 1995, p. 370; SCOGNAMIGLIO, C. «Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori». Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, 1997, I, p. 953 y ss.; TUCCI. «Clausole vessatorie o abusive e disciplina dei contratti di investimento». Rassegna di diritto civile, 1999, p. 149; MONTICELLI. «Commentario sub art. 1469-ter». En E. Cesàro (ed.). Clausole vessatorie e contratto del consumatore. 2.ª ed. Milán, 1998, pp. 507, 527 y 531; CAPOBIANCO, E. «La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori (artt. 1469 bis-1469 sexies c. c.)». Vita notarile, 1996, pp. 1146, 1156 y ss. Asimismo, desde una perspectiva crítica, PARDOLESI, R. «Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata». Rivista critica del diritto privato, 1995, p. 527 y ss. (nota 15); id. «Clausole abusive (nei contratti con i consumatori): una direttiva abusata?». Il Foro italiano, 1994, V, col. 146.

[123] *En tal sentido, si bien con diferencias puntuales de cierta importancia, véase lo que ya sostenía AZZARO, A. M. Op. cit., p. 97 y ss. Se debe negar, en cambio, que los artículos 1469-bis y ss. del Código Civil sean aplicables a aquellos contratos que, aun cuando unilateralmente predispuestos por un comerciante profesional, no son redactados mediante cláusulas generales, o sea, mediante cláusulas destinadas a regular una serie indefinida de relaciones contractuales. En efecto, cuando se trata de reglamentar específicamente una determinada relación contractual, la eventual asimetría informativa que sea desventajosa para la contraparte profesional no puede sino quedar a su cargo, porque no es imputable, en modo alguno, a la falencia del mercado, sino solamente a la eventual irracionalidad subjetiva con la cual dicha parte ejerce su propio poder de autonomía negocial. Dentro de estos límites, sacar provecho de las asimetrías informativas es coesencial al mecanismo del mercado y constituye, por lo demás, un incentivo irrenunciable para la creación de informaciones económicamente valorizables (véase, en general, GRUNDMANN, S. «La struttura del diritto europeo dei contratti». Op. cit., p. 395 y ss.).*

[124] *LIBONATI, B. «Ordine giuridico e legge economica del mercato». Op. cit., p. 649 y ss.; LIPARI, N. «Il mercato: attività privata e regole giuridiche». Op. cit., p. 53; OPPO, G. «L'iniziativa economica». Op. cit., p. 328 y ss. Pero cfr., en sentido negativo, IRTI, N. L'ordine giuridico del mercato. Op. cit., passim, especialmente p. 16 y ss.*

[125] *Atendiendo a este fundamento jurídico, justamente, se debe descartar que, contrariamente a lo que ha sostenido (si bien con cierta cautela) GATT; L. Op. cit., p. 838, la regulación aquí estudiada sea también aplicable «entre particulares o, por mejor decir, entre sujetos que actúan, por igual, con fines no profesionales». Dicha tesis, en tanto se esfuerza en asimilar forzosamente la intervención legislativa estudiada a la paridad formal entre los contratantes, traiciona su propia razón sustancial, la cual consiste, ni más ni menos, en la estructuración del mercado (véase retro, n.º 2). En sentido crítico, y con respecto a semejantes operaciones culturales retrógradas, véase JANNARELLI, A. Op. cit., p. 70.*

Al planteamiento que se acaba de exponer se podría objetar que el legislador italiano, con la inserción del artículo 1469-*quinquies*, 3.º párrafo, del Código Civil, ha querido limitar la protección del adherente que actúe en el ámbito de su propia actividad profesional a una pretensión resarcitoria frente al predisponente; con ello, habría descartado, implícitamente, la conveniencia de un control de contenido,[126] solo que tal objeción no parece convincente. Hay que destacar preliminarmente, en efecto, que el artículo 1469-*quinquies*, 3.º párrafo, del Código Civil no es aplicable a todo profesional, sino, exclusivamente, al «vendedor», o sea, a aquel que enajena, a su vez, frente al consumidor, los bienes y servicios que ha adquirido del proveedor. La norma no concierne, desde un inicio, al comerciante profesional que se ubica en el segmento final del mercado (por ejemplo, al notario que adquiere una computadora para llevar la contabilidad de su notaría o al empresario constructor que adquiere un automóvil para el desarrollo de su propia actividad), respecto del cual, por ello, no podría valer el argumento *a contrario*. De manera más radical, cabe advertir que el artículo 1469-*quinquies*, 3.º párrafo, del Código Civil no parece tener que ver con las cláusulas contractuales predispuestas por el comerciante profesional frente al vendedor, sino con aquellas predispuestas por el vendedor frente al cliente, bajo la imposición, o bien por mera recomendación, del proveedor. La declaratoria del carácter abusivo de tales cláusulas comporta la responsabilidad del proveedor frente al vendedor. Las cláusulas generales de contratación predispuestas por el comerciante profesional frente al vendedor son, por consiguiente, ajenas a la figura regulada por la norma, la cual no excluye indirectamente, entonces, el control de su contenido.[127]

Lo único cierto es que, cuando el adherente sea, precisamente, un comerciante profesional y no un consumidor, el fenómeno de la asimetría informativa entre las partes contratantes, a pesar de ser cualitativamente idéntico, puede ser menos intenso cuantitativamente, en particular en el caso de contratos que, si bien no susceptibles de ser considerados como «actos de la profesión», son, de todas maneras, habitualmente celebrados en ocasión del ejercicio de la profesión.

Atendiendo a esta diferencia de hecho, se debe descartar que se puedan aplicar, analógicamente, a los contratos entre empresarios las disposiciones del Código Civil en el que se identifican listas de cláusulas vejatorias, salvo prueba en contrario (arts. 1469-*bis*, 3.º párrafo, y 1469-*quinquies*, 2.º pá-

---

[126] *Este argumento ha sido concebido (pero para cuestionar su carga concluyente) por* BUSNELLI, *F. D. «Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive». En Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore. Op. cit., p. 759.*

[127] SIRENA, *P. «La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti stipulatti con i consumatori». Op. cit., p. 293.*

rrafo, del Código Civil): la tipificación de las cláusulas abusivas, en efecto, justamente por fundarse en el carácter estructural y no eliminable de la asimetría informativa, debería referirse solamente a los contratos entre un comerciante profesional y un consumidor.

Debe entenderse, además, que el juez, al evaluar la naturaleza abusiva de la cláusula, puede tomar en cuenta, como «circunstancia», en el sentido del artículo 1469-*ter*, 1.º párrafo, del Código Civil, la experiencia profesional del adherente.

7. Sigue: la modernización del derecho general del contrato y la demanda de una recodificación

Las consideraciones que hemos expuesto requieren una reflexión conclusiva sobre el futuro de las regulaciones de los contratos celebrados con los consumidores, que se identifica, en definitiva, con el futuro del derecho europeo de los contratos.

A corto plazo, es de auspiciar, desde luego, una revisión orgánica de la materia, destinada a eliminar defectos de redacción e incoherencias. Para ello, la consolidación de las distintas leyes especiales en un texto único o en un código del consumo constituye una obra bastante importante, la cual, por lo demás, encontrará alguna correspondencia con las iniciativas emprendidas por la Comunidad Europea para dar «mayor coherencia» al derecho europeo de los contratos.[128]

En cambio, si la observación se efectúa con un horizonte más amplio, dicha obra legislativa podría constituir solamente una estapa intermedia,[129]

---

[128] *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo «Mayor coherencia en el derecho contractual europeo. Un plan de acción», 12 de febrero del 2003, COM (2003) 68 def.*

El debate sobre las distintas opciones técnico-legislativas en juego está representado a plenitud por las ponencias recogidas en los volúmenes La riforma dei codici in Europa e il progetto di codice civile europeo. Editados por G. Alpa y E. N. Buccico. En Quaderni di rassegna forense. Consiglio Nazionale Forense. Milán, 2002; y GRUNDMANN, S *y* J. STUYCK *(eds.). An Academic Green Paper on European Contract Law. La Haya, 2002. Igualmente, véase* GAMBARO, A. *«The Plan d'Action of the European Commission. A Comment». European Review of Private Law, 2003, p. 768 y ss.;* STAUDENMAYER, D. *«The Commision Action Plan on European Contract Law». European Review of Private Law, 2003, p. 113 y ss.;* BAR, C. *von y* S. SWANN. *«Response to the Action Plan on European Contract Law: A More Coherent European Contract Law (COM (2003) 63)». European Review of Private Law, 2003, p. 595 y ss. Véase también retro, n.º 1.*

[129] *Merecen ser citadas, por su contundencia y por ser de compartir, las palabras de* ROPPO, V. *Il contratto del duemila. Op. cit., p. 57: «Una obra semejante de consolidación (y autonomización) del cuerpo normativo concerniente a los contratos de los consumidores corre el riesgo de mirar hacia el pasado, porque tal categoría parece […] superada».*

que antecede el logro de un objetivo más ambicioso: integrar, globalmente, las regulaciones de los contratos celebrados por los consumidores en el Código Civil.[130]

Desde el punto de vista ideal, esta segunda opción legislativa es claramente sugerida por el fundamento y por el significado sistemático de las regulaciones aquí analizadas: ellas, en efecto, y como hemos intentado demostrar, no concretizan la construcción de un derecho sectorial de los consumidores, sino que constituyen la más imponente modernización del derecho general de los contratos que se haya producido en el ordenamiento jurídico italiano desde la posguerra.[131]

Por más específico que pueda resultar el ámbito objetivo de aplicación de algunas de las normas en cuestión, ellas, vistas en su conjunto, han introducido en el ordenamiento jurídico un nuevo núcleo de principios generales,[132] que es tarea del intérprete reconocer y valorizar, con una superación de los condicionamientos que derivan de la contingente topografía de las disposiciones legislativas. Empero, dicha reconstrucción conceptual de los datos normativos no puede dejar de reflejarse, recíprocamente, en el sistema de las fuentes del derecho, con lo cual se plantea el problema de una reforma de éste, que lo vuelva adecuado a la realidad sustancial del ordenamiento jurídico: la «descripción de las cosas» —como, autorizadamente, se ha sugerido—[133] no coincide con la «lucha política», sino que llama, idealmente, a esta última.

---

[130] *Sobre la antítesis entre códigos y textos únicos, cfr., sin embargo, y en general,* IRTI, N. *L'età della decodificazione. 4.ª ed. Milán, 1999, p. 189 y ss.*

[131] *Si el Código Civil es entendido como ley general del derecho privado (*SCHLESINGER, P. *«Codice civile e sistema civilistico: il nucleo codicistico e i suoi satelliti». Rivista di diritto civile, 1993, I, p. 403 y ss.), constituye, por ende, la fuente del derecho más apropiada para la colocación de tales regulaciones.*

[132] MACARIO, F. *«Alla ricerca dei «principi comuni» per l'armonizzazione del diritto europeo dei contratti». Op. cit., p. 30. Es significativo que, incluso si se rechazan soluciones basadas en la extensión del ámbito subjetivo de aplicación de las regulaciones que aquí se estudian, se haya planteado la interrogante sobre si la perspectiva de una «consumidorización» del derecho general de los contratos se pueda paragonar con la «mercantilización» del derecho general de los contratos, que fue realizada por el Código Civil de 1942 (*JANNARELLI, A. *Op. cit., p. 67 y ss.;* ROPPO, V. *«Il contratto». Op. cit., p. 929 y ss.). También sobre la base de la experiencia jurídica extranjera se ha advertido, en tal sentido, que las soluciones introducidas por las directivas comunitarias en la protección del consumidor tienden a ubicarse en el centro de la reglamentación de las relaciones privatísticas, de las cuales constituyen la nueva Gesetzrationalität (*PATTI, S. *«I contratti del consumatore e la ricodificazione tedesca». Op. cit., p. 518 y ss.). Para una evaluación decididamente negadora de dicha perspectiva, véase, en cambio,* D'AMICO. *«Regole di validità e di comportamento nella formazione del contratto». Op. cit., p. 48 y ss.; e, igualmente,* MONATERI, P. G. *Op. cit., p. 417, quien considera que los contratos entre empresas y consumidores (basados en el modelo del juego cooperativo) constituirían un paradigma jurídico parejamente alternativo al del contrato en general (basado en el modelo del juego antagónico).*

[133] IRTI, N. *L'età della decodificazione. Op. cit., p. 12 y ss.*

En relación con la alternativa entre Código Civil y leyes especiales, la colocación de las regulaciones examinadas no constituye un accidente exterior y, por decirlo así, «neutral».[134] Ella coadyuva, decididamente, a determinar el papel paradigmático de tales regulaciones respecto del ordenamiento jurídico considerado en su conjunto y a guiar, así, su evolución.[135] Por ello, para que las reglas en mención puedan desplegarse en toda su potencialidad expansiva, es necesario que participen de aquella «plusvalía política» que aún hoy se reconoce, con buena disposición, al Código Civil,[136] con lo cual se reconfirma el significado de este como estructura central del ordenamiento en su rama privatística.[137]

No es dado objetar que algunas de las regulaciones examinadas (sobre las cláusulas abusivas y sobre la venta) ya están previstas en el Código Civil, porque ellas no han sido integradas, orgánicamente, en el régimen codificado del contrato y parecen constituir, más bien, cuerpos separados y postizos de disposiciones. Así pues, aun cuando ubicadas al interior del Código Civil, se puede continuar considerándolas, paradójicamente, como leyes especiales.[138]

En realidad, y de acuerdo con lo que ya hemos destacado,[139] se puede identificar en las regulaciones de los contratos celebrados con los consumidores una parte especial, cuya exigencia de ser ubicada en el interior del Código Civil no sería indudable si este último, en tanto custodio del derecho

---

[134] *Así se descarta, paradójicamente, el razonamiento de* WILHELMSSON, *T. «Is There a European Consumer Law - and Should There Be One?». Op. cit., p. 3.*

[135] *Para un amplio estudio crítico de las diversas opciones de técnica legislativa, véase* ROTH, *W.-H., «Europäischer Verbraucherschutz und BGB». En Juristenzeitung, 2001, p. 475 y ss.*

[136] IRTI, *N. Codice civile e società politica. Roma, Bari, 1995, p. 5 y ss.*

[137] CIAN, *G. «Significato e lineamenti della riforma dello Schuldrecht tedesco». Op. cit., p. 18. Para una radical reconsideración de dicha idea, entendida, en clave posmoderna, no ya como asimilación de las diferencias, sino como creación de un vocabulario común y de un «marco» en el cual se confrontan las diferencias, véase* CAPPELLINI. *«Il codice eterno. La Forma-Codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità». En P. Cappellini y B. Sordi (eds). Codici. Una riflessione di fine millennio. Actas del encuentro académico celebrado en Florencia del 26 al 28 de octubre del 2000. Milán, p. 11 y ss., especialmente 64 y ss.; cfr., igualmente,* CAPRIOLI, *S. «Codice (abbozzo di una voce per un dizionario di diritto privato)». Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 2003, p. 379 y ss.*

[138] *Según* PATTI, *S. «I contratti del consumatore e la ricodificazione tedesca». Op. cit., p. 506, es posible hablar, por lo tanto, de una codificación meramente formal, que se ha limitado a insertar algunos nuevos artículos en el Código Civil, pero sin integrarlos orgánicamente en el sistema conceptual y normativo de este (contrariamente a la llamada große Lösung que, si bien con ciertos límites, ha tenido lugar en el derecho alemán, con la reciente reforma orgánica del BGB).*

[139] *Véase retro, n.º 5.*

privado general, tuviera que «limitarse» a salvaguardar los valores esenciales de tal derecho.[140] En tal sentido, y por ejemplo, resulta probablemente indiferente (y preferible, es más) que las disposiciones en materia de crédito al consumo sean dictadas no por el Código Civil, sino por el texto único en materia bancaria y crediticia.

No se puede ocultar que, desde la perspectiva trazada, el Código Civil resultaría (ulteriormente) «contaminado» por disposiciones legislativas ajenas a su diseño original, además de escritas en un lenguaje inevitablemente distinto de aquel, nítido y pacato, que sus artífices pudieron adoptar hacia la mitad del siglo XX.

Con todo, y habiéndose superado la ambición de completitud y de inmutabilidad que caracterizaba la idea de código civil en la edad del positivismo decimonónico,[141] lo que está ante nosotros es un paso necesario para que el Código, más allá de la nostalgia de pensamiento de los juristas, reafirme su propia y perdurable vitalidad, entendida, en palabras egregiamente pronunciadas, como «capacidad de reflejar jurídicamente aquel substrato de valores sustanciales en el que se basa la cultura de la sociedad».[142]

---

[140] *IRTI, N. L'età della decodificazione. Op. cit., p. 12.*

[141] *SACCO, R. «I codici civili dell'ultimo cinquantennio». Rivista di diritto civile, 1993, I, p. 311 y ss.; y, desde el punto de vista histórico, GROSSI, P. «Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro». En Codici. Una riflessione di fine millennio. Op. cit., p. 579 y ss.*

[142] *FALZEA. «A chiusura delle celebrazioni cinquantenarie del codice civile». Rivista di diritto civile, 1993, I, p. 217.*

Transformaciones del mundo globalizado y derecho de propiedad durante la vigencia del Código Civil peruano: veinte años de saqueo imperialista y el potencial de resistencia de los juristas*

Ugo Mattei**

1. En tiempos recientes, se ha puesto de moda entre los juristas la celebración de los cumpleaños de los códigos civiles. El Código de Napoleón, el más antiguo y prestigioso de todos, padre de los códigos peruanos precedentes —de 1852 y 1936—, ha tenido fiestas, por sus doscientos años, en Francia, Bélgica, Italia, Estados Unidos, Escocia, solo por mencionar aquellas a las que he sido invitado. Los sesenta años del Código Civil italiano de 1942, que muchos consideran el modelo del «dueño del santo» que saludamos hoy (afortunadamente, no tenemos problemas sobre el género, masculino, que le corresponde a los códigos civiles, como sí los hay para establecer el género que debe reconocerse a la expresión «*common law*») también ha tenido sus celebraciones en Turín, Roma y otras ciudades.

Este magnífico congreso que nos reúne en la Universidad Católica del Perú, por cuya organización debemos estar agradecidos al decano Armando Zolezzi Möller, así como a los profesores Gastón Fernández Cruz y Leysser L. León, obedece a las mismas razones: el Código Civil peruano entró en vigor, en efecto, el 14 de noviembre de 1984.[1] Para mí, es un honor estar

---

* *El presente trabajo, originalmente titulado «Global Transformations and Property Law in the Lifespan of the Peruvian Civil Code: Twenty Years of Imperialist Plunder and the Resisting Potential of Legal Scholarship», corresponde a la ponencia elaborada por el autor para el congreso «El Código civil del 1984: veinte años de vigencia. Pasado y futuro», organizado por Pontificia Universidad Católica del Perú, en Lima, del 8 al 12 noviembre del 2004.*
Traducción de Leysser L. León. Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diplomado en Lengua y Cultura Italianas por la Università per Stranieri di Perugia (Italia).

** *Profesor «Alfred and Hanna» de Derecho Internacional y Comparado en la Universidad de Hastings, California. Profesor ordinario de Derecho Civil en la Universidad de Turín.*

[1] *El Código Civil peruano de 1984 entró en vigor el 14 de noviembre de 1984 y está estructurado como sigue:*

presente y poder participar de las celebraciones hoy, dos días antes de la fecha central, a través de esta ponencia, con la que aspiro a tributar un sencillo y simbólico homenaje. Puesto que el código es, para la tradición del derecho civil, la más significativa expresión de la cultura jurídica de un país, y dado que la preparación de este específico código concentró el trabajo de juristas peruanos por más tiempo que los años que está cumpliendo (recuérdese que la Comisión Encargada del Estudio y Revisión y del Código Civil de 1936 fue instituida mediante decreto supremo 95, del 1 de marzo de 1965),[2] mi homenaje de hoy quiere incidir en el espíritu de respeto por el pasado y expresar mis esperanzas sinceras en el futuro de la ciencia jurídica peruana y, más en general, latinoamericana.

Mi propósito es contribuir a este Congreso planteando el tema de la codificación del derecho de propiedad desde una perspectiva global, teniendo en debida cuenta el espíritu, la economía, el contexto y la ideología de una rama del derecho —la propiedad, justamente— que, más que ninguna otra, constituye la base institucional del capitalismo de mercado.

Mi tesis es que los códigos civiles cuentan más por su simbolismo que por su texto, solo que en Perú, y en muchos otros países, el formalismo y el apego a los textos de las culturas jurídicas importadas de Europa, así como el desarrollo de ideologías impuestas por el dominio tecnocrático estadounidense,

---

Título Preliminar (relativo a la publicación, efectos y aplicación de las leyes en general) (artículos I-IX).
Libro I. Personas (arts. 1-139).
Libro II. Negocios jurídicos (arts. 140-232).
Libro III. Derecho de familia (arts. 233-659).
Libro IV. Derecho de sucesiones (arts. 660-880).
Libro V. Derechos reales (arts. 881-1131).
Libro VI. Derecho de obligaciones (arts. 1132-1350).
Libro VII. Fuentes de las obligaciones (arts. 1351-1988).
Libro VIII. Prescripción y caducidad (arts. 1989-2007).
Libro IX. Registros públicos (arts. 2008-2045).
Libro X. Derecho internacional privado (arts. 2046-2111).
Título final (disposiciones relativas al período de transición) (arts. 2111-2122).

[2] *Como culminación de un proceso que padeció interrupciones, la Comisión, creada en 1965, entregó un Anteproyecto de Código Civil, al que iban a incorporarse diversos cambios en el período sucesivo (dicho Anteproyecto se publicó en la Revista peruana de derecho internacional, vol. 77, diciembre de 1980). Una Comisión Revisora fue creada mediante ley 23403, del 27 de mayo de 1982, con el fin de someter a examen el Anteproyecto. Dicha Comisión fue presidida por Felipe Osterling Parodi y estuvo conformada por tres senadores y tres diputados, en representación de sus respectivas Cámaras, así como por tres abogados designados por el Ministerio de Justicia. Según el artículo 2 de la ley 23576, el Proyecto aprobado por la Comisión Revisora abrogó el Código Civil peruano de 1936, así como las normativas precedentes. Finalmente, el nuevo Código Civil entró en vigor mediante el decreto legislativo 295, del 24 de julio de 1984, firmado por el presidente Fernando Belaúnde Terry. De todo ello se informaba en la nota «Peru: Private International Law in New Civil Code of 1984». En I. L. M., vol. 24, 1985, p. 997.*

han conspirado para traicionar los contenidos sociales, los preceptos y los símbolos de la más reciente generación de códigos. Así las cosas, códigos civiles como el peruano, o el brasileño, que es aún más reciente, corren el riesgo de ser intrepretados como depositarios de reglas que protegen el statu quo y no como como documentos progresistas, insipirados en la búsqueda de la justicia social. En América Latina, como en otras partes del mundo, las instituciones jurídicas importadas desde el centro del capitalismo han legitimizado y encubierto, entonces, un proceso de dominación económica y política, un proceso al que la cultura jurídica civilista tradicional, en primer término, y la predominante retórica estadounidense del *rule of law,*[NT] después, han dotado de un grado de legitimidad intelectual. Atendiendo a las transformaciones económicas de la globalización, intentaré demostrar que los verdaderos problemas «a saber: la distribución de los recursos, la desigualdad social y la segregación étnica— en el Perú y en América latina, que son cruciales en lo tocante al derecho de propiedad, no han sido aún tratados ni sometidos a discusión por los juristas, prisioneros del mito de la neutralidad política del derecho civil privado y a la postre cautivos de la ideología tecnocrática del análisis iuseconómico del desarrollo, de inspiración estadounidense.[3]

En la parte conclusiva de mi ponencia, explicaré por qué las instituciones jurídicas producidas en el indicado centro del capitalismo son una mercadería que es peligrosa importar hacia las zonas periféricas. Dichas instituciones perpetúan un patrón de dominación y explotación que debería ser rechazado. En la evaluación de los últimos veinte años del desarrollo que ha tenido el derecho, en el marco del Código Civil de 1984, la cultura jurídica peruana no debería olvidar que el desafío para América Latina es conseguir elaborar una organización institucional propia, a fin de emanciparse de la dominación neocolonialista.

2. En los últimos días de 1977, una de las multitudes más grandes que se hayan congregado en las calles de Lima acompañaba, camino al cementerio, el féretro de Juan Velasco Alvarado. Su gobierno fue el último que prestó atención, desde un principio, al proceso de reforma económica y social, en interés de las masas de desposeídos. Las reformas de Velasco incidieron,

---

[NT] *Aunque hay quien propone traducir esta expresión inglesa como «estado de derecho» e, incluso, como «imperio del derecho», prefiero mantener la expresión «rule of law» en inglés, de uso generalizado entre los juristas e imprescindible cuando el discurso asocia la figura, críticamente, con la política de un país preciso. Como se sabe, «Estado de derecho» proviene, en cambio, del alemán «Rechtsstaat».*

[3] *Véase* COOTER, R., E. BUSCAGLIA *y* W. RATLIFF *(eds.). The Law and Economics of Development. Greenwich (Conn.), 1997.*

cómo no, en el derecho de propiedad con el afán de romper la apremiante dialéctica entre «latifundio» y «minifundio», que, por quinientos años, había constituido la estructura institucional fundamental de la explotada economía de América Latina. El general Velasco, nacido en la pobreza, en una pequeña y remota ciudad del norte del Perú, entendió que, en el derecho de propiedad, el servir al interés de los desposeídos hace que también el interés general del país resulte beneficiado. Luego del golpe de 1968, el Gobierno militar, en lo que ha sido definido como «la más profunda y rica decisión de cambio» en el Perú, «puso en marcha una genuina reforma agraria, y abrió las puertas para la recuperación de los recursos naturales usurpados por el capital extranjero».[4] No mucho tiempo después de la muerte de Velasco, la revolución también feneció, con su proceso creativo estrangulado por préstamos, chantajes y a causa de la debilidad de un proyecto paternalista, carente de una base popular organizada. Desde la óptica del impacto social, las leyes de reforma no fueron más efectivas que las muchas prescripciones contenidas en la recopilación de las Leyes de Indias, en el siglo XVII, en las que se establecían iguales derechos para los indígenas y españoles en lo tocante a la explotación de minas, así como la prohibición de infringir los derechos de los indios. Aun con aquellas prescripciones en vigor, las minas de Cerro Rico, en Potosí, fueron el escenario de la esclavitud de los indígenas por trescientos años, cual si se tratara de un monstruo infernal, que consumió a ocho millones de ellos, mientras se aprovisionaba de recursos económicos al Imperio británico, con una secuela de destrucción para América Latina.

Pocos años antes de que Velasco empezara a prestar atención al tema de la distribución de la propiedad, otro héroe popular, Salvador Allende, emprendía un esfuerzo similar en el vecino país de Chile. Pero su generosa disposición para hacer reformas, que desarrolló el socialismo con una innovadora visión del *rule of law*, pereció junto con él y los miles de «desaparecidos» del régimen brutal de Pinochet, auspiciado por Estados Unidos. Cuando yo visité el Banco Mundial, en 1998, el caso de Chile fue presentado, descaradamente, como una historia exitosa. Hoy en día, aquellas mismas fuerzas dominantes estadounidenses se sirven del *rule of law* como el aparato ideológico más poderoso del gobierno globalizado y como una forma de encubrir las prácticas letales que vienen operando en Medio Oriente.[5] Iniciativas para la reforma social, similares a las del general Velasco y culminadas, invariablemente, de manera trágica, fueron emprendidas du-

---

[4] *Véase* GALEANO, *E. Open Veins of Latin America. Ed. revisada. Nueva York, 2000, p. 269.*

[5] *La crítica y el cotejo de las prácticas neoliberales de dominación actuales con las de la colonización es desarrollada en la obra, próxima a publicarse, de* MATTEI, *Ugo y Laura* NADER. *Plunder. Imperial Uses of Rule of Law.*

rante la época de la Guerra Fría en otros países que han preservado la «opción» capitalista en América Latina, como Guatemala, Bolivia, Uruguay, Brasil y Argentina. La «doctrina Monroe», expuesta, en 1898, para legitimar los derechos de sucesión imperial de Estados Unidos, ha sido impiadosa para con tales iniciativas de reforma social, pues su interés siempre ha sido preservar en un mínimo nivel el costo de la mano de obra laboral utilizada en la extracción en serie de recursos, así como el costo de una intensiva explotación agroindustrial. Como bien sabemos, conforme a una teoría económica básica, una alta tasa de desempleo, una pobreza extendida y una estructura del derecho de propiedad que impida la subsistencia y desarrollo en el entorno rural conforman la fuerza más poderosa para mantener bajo el precio de la mano de obra laboral, ya industrial, ya rural.

Al comienzo del decenio 1980-1990, la última guerra imperialista británica en América Latina, en las islas Malvinas, simbolizó, en el más alto nivel internacional, el nacimiento del orden mundial neoliberal actualmente en vigor, de preeminencia angloestadounidense. Este neoliberalismo, que desmantela la protección social para favorecer la industria militar y las políticas de represión, fue inaugurado por la revolución de Reagan y Thatcher, como un esfuerzo para poner término a la guerra fría. La retórica triunfante de la victoria en la guerra fría iba a «constitucionalizar» el neoliberalismo y a permitir a sus doctrinas simplistas la conquista del bando de la oposición: la llamada «tercera vía», simbolizada por el dúo conformado por Clinton y Blair. En la actualidad, el neoliberalismo es interpretado como «sin guantes»[NT1] por las doctrinas neoconservadoras de Bush, que dominan todas las ramas de aquel sistema de «ajustes y balances» de la harto celebrada democracia estadounidense. En el plano internacional, la política neoliberal, que porta su nítida teoría del derecho de propiedad, basado en la eficiencia, es interpretada por la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Fondo Monetario Internacional (FMI), por el Banco Mundial y sus oficinas regionales (el Banco Interamericano de Desarrollo) en los mismos términos que imperan entre los Gobiernos que integran el club G7-G8.

3. Hace doscientos años, Napoleón codificó las ideas sobre la propiedad que podían servir mejor a las necesidades económicas de la naciente burguesía comercial europea. Dichas ideas, cuyas raíces se encuentran en el derecho natural, fueron las mismas de la doctrina usada por Cortés y Pizarro para justificar la muerte y el saqueo en América Latina como una adquisición

---

[NT1] *La expresión «capitalism with the gloves off» se ha vuelto común para identificar una sociedad con poca seguridad, debido tanto a un mínimo desarrollo del estado de bienestar cuanto a un incipiente mercado del trabajo. Ya se traduce al castellano como «capitalismo sin guantes».*

«originaria» de tierras que eran consideradas «de nadie», sin propietarios, y en el nombre de un soberano cristianamente instituido. El Perú importó la estructura fundamental del Código napoleónico en 1852 y luego en 1936, pero ello no tuvo ningún impacto en una economía gobernada y dominada, en los hechos, por el capitalismo británico, antes y después de la proclamación de la Independencia, por San Martín. El derecho privado bien puede vivir, hoy como ayer, sin ninguna estructura de poder, tal cual lo demuestran innumerables estudios de especialistas. Sin importar la forma jurídica adoptada por el derecho privado en el Perú, los derechos de propiedad siempre han estado gobernados por la estructura del endeudamiento internacional, ya que los españoles asesinaban y saqueaban en América Latina para pagar sus deudas con banqueros británicos. Uniformándose a un destacable patrón de continuidad, la burguesía local poscolonial, incapaz de crear un mercado local debido a la trágica distinción entre latifundio y minifundio, persistió en las actividades de extracción, del guano a la madera y a los minerales, que se vendieron a precios ínfimos, las más de las veces al crédito, a los ingleses, nada más que para solventar un consumismo de lujo y los hábitos producidos por sus gustos afrancesados. En la moda, así como en el derecho, la forma es francesa, el sustrato económico es inglés y las víctimas son las masas.

En la historia del comercio internacional peruano, los italianos tuvieron un papel bastante marginal. Los banqueros de Génova invirtieron su dinero en las primeras expediciones españolas y participaron, al lado de sus homólogos ingleses y suizos, de la creación de una economía más globalizada, mas no de la construcción de una estructura política para el colonialismo temprano. El mármol de Carrara fue una de las extravagancias a la moda en las casas coloniales más ricas y, a inicios del siglo pasado, un buen número de italianos desposeídos emprendieron el camino hacia América Latina, principalmente a Argentina y Brasil. Quizás podríamos incluir, entre las exportaciones italianas, al Código Civil de 1942, lo cual podría darnos una explicación de la presencia de tantos académicos italianos en este Congreso,[6] solo que Italia es vista, por lo general, como un «entorno de recepción»[7]

---

[6] *El Código Civil italiano de 1942 influyó de manera significativa en la codificación peruana de 1984. Véase* MURILLO, *María Luisa. «The Evolution of Codification in the Civil Law Legal Systems: Towards Decodification and Recodification». Journal of Transnational Law & Policy, vol 11, 2001, pp. 163 y 176 (quien cita el trabajo de* DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Luis. «Codificacion, Descodificacion y Recodificacion». Anuario de derecho civil, abril-junio, 1992, pp. 473-484). Más recientemente, resulta enriquecedora la consulta del excelente libro de* LEÓN, *Leysser L. El sentido de la codificación civil. Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano. Lima, 2004.*

[7] *Véase* LÓPEZ MEDINA, *Diego. Teoria impura del derecho. Bogotá, 2004.*

de otros derechos, de modo que apreciarla, ahora, como una cultura jurídica de exportación es una nueva experiencia para mí.

La codificación civil italiana de 1942 produjo una interesante síntesis entre la teoría económica y política del corporativistmo fascista, que negaba el conflicto de clases, y el academicismo liberal tradicional, que cambiaba las nociones de las funciones sociales de los derechos que amenazaban el apreciado statu quo. En Italia, el debate sobre la inspiración política del Código Civil ha sido bastante intenso, incluso en tiempos recientes;[8] para mis propósitos, sin embargo, hay dos puntos que resultan de interés. En primer lugar, el Código Civil italiano debe ser leído en conexión con la Constitución republicana de 1948, que ha inyectado en su interpretación una dosis de pensamiento socialista, debido al importante papel desempeñado en la Asamblea Constituyente por el líder comunista Togliatti y por el líder socialcatólico Dossetti. Desde esta óptica, el Código Civil italiano debe apreciarse como un destacado ejemplo de *legislación socialmente responsable*, aunque traicionado, de forma sistemática, por las tendencias globalistas y neoliberales posteriores al decenio 1980-1990. La cultura jurídica italiana, para decirlo claramente, no ha sido capaz de desenvolver ningún papel efectivo de contraste o de oposición a tales tendencias, que han incluido reformas inspiradas en las doctrinas del FMI en temas como la propiedad intelectual, vivienda, trabajo, la *corporate governance* y el patrimonio cultural. En segundo lugar el libro que el Código dedica a la propiedad ha sido una ocasión perdida, incapaz de reflejar la real novedad de la unificación del derecho civil y el derecho comercial. En consecuencia, la ruptura que dicho Código representa respecto del modelo napoleónico, plasmada en normas como las concernientes a las inmisiones y a la *aemulatio*, no ha sido profunda, por lo cual el derecho de propiedad italiano se encuentra ubicado, actualmente, fuera del Código Civil.[9]

La recepción en el Perú de una pieza de *legislación socialmente responsable* en tiempos de neoliberalismo (1984) puede tener, entonces, solo dos significados: que la cultura jurídica peruana ha deseado oponer resistencia a dicha tendencia (solo que, en tal hipótesis, los italianos no seríamos, ciertamente, un buen modelo por seguir) o bien que, como yo estoy tentado a creer, el Código Civil no cuenta mucho en el panorama de las fuentes del derecho, por lo menos en lo tocante al derecho de propiedad. Con todo, el símbolo para un papel socialmente responsable del derecho se encuentra en

---

8 *Cfr. Ferri, G. B. Filippo Vassalli o il diritto civile come opera d´arte. Padua, 2002.*

9 *Véase Gambaro, A. La proprietà, en Trattato di diritto civile e commerciale diretto da Antonio Cicu e Francesco Messineo, continuato da Luigi Mengoni. Milán, 1998. Véase también Mattei, U. «Il diritto di proprietà». En Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco. Turín: UTET, 2001.*

el lugar que le corresponde. Toca a los peruanos obrar para expandirlo o rechazarlo.

Permítanme añadir que el Perú representa un entorno de pluralismo jurídico.[10] Desde la perspectiva del derecho comparado, la cultura jurídica de América Latina está lejos de ser unitaria, tanto de un Estado a otro, como herencia de la partición colonial cuanto en el marco del Estado moderno. Esta «división en módulos» tradicional es particularmente clara si se tiene en cuenta que la mayor parte del derecho constitucional contemporáneo está ampliamente influenciada por el derecho estadounidense, mientras que el derecho privado se mantiene enraizado en la tradición romanista.[11] Sin embargo, las influencias del *common law* en el derecho privado no han sido escasas y es fácil percibirlas «en relación con la adopción del *express trust* por algunos países centroamericanos y sudamericanos».[12]

El derecho privado latinoamericano deriva, en gran medida, del derecho español y portugués. Los conquistadores, durante su implacable explotación de los nuevos territorios, transfirieron también sus instituciones y tradición jurídica al «nuevo mundo», porque la modernización del derecho constituía un componente ideológico importante del proyecto colonial. La colonización europea, empero, no desplazó por completo la tradición jurídica de la población nativa (aztecas, mayas, incas, etc.).[13]

Incluso en la actualidad, aquellas tradiciones consuetudinarias mantienen cierta importancia, particularmente en Perú, entre la gente de ascendencia incaica y, más en general, en el sector marginal de la población. En consecuencia, en los pequeños centros urbanos de lo más íntimo del continente y en los pueblos jóvenes de Lima y de otras grandes urbes latinoamericanas, la vida en sociedad es organizada por una mayoría de la población de acuerdo con la costumbre jurídica, que nada tiene que ver con aquel derecho formal, autoritativo y docto del Estado, que se enseña en las universidades según la antigua tradición del *civil law*. Como alguien ha escrito, una gran mayoría de la población latinoamericana vive con arreglo a un «derecho informal que no necesita abogados ni jueces».[14]

---

[10] *Véase* GUADAGNI, *M. «Legal pluralism». En P. Newman (ed.). The New Palgrave. A Dictionary of Economics and the Law. Londres, 1998.*

[11] *Véase* SCHLESINGER, *R.,* BAADE *et. al. Comparative Law. 5.ª ed. Mineola (Nueva York), 1988, p. 500 y nota 7.*

[12] *Ib., p. 315 y ss.*

[13] *Véase* MERRYMAN, *J. H. The Civil Law Tradition. 2.ª ed. Stanford, 1985. Véase también, para una discusión sobre las tempranas falencias en la consideración de las especificidades del derecho latinoamericano,* GARDNER, *J. Legal Imperialism. Madison, 1980.*

[14] PÉREZ PERDOMO, *R. «Imperativos y alternativas de la reforma de la educación jurídica en América Latina». En A. Giuliani y N. Picardi. L'educazione giuridica. 2. Milán, 1979, p. 287.*

Sobre los cimientos del derecho consuetudinario, los españoles, portugueses y otros europeos establecieron su derecho e instituciones jurídicas, en ambos casos, por soberanía directa, o bien por dominación indirecta, basada en el crédito y orientada al desarrollo de un sistema estable de extracción para fines de exportación de materias primas a ser consumidas en Occidente. No solamente los latifundios, sino también la verdadera idea del Estado colonial centralizado, dominado por puertos comunicados únicamente con la metrópolis colonial, obedecían a esta lógica. En América Latina, encontramos, entonces, un fenómeno de estratificación jurídica cuyo segundo estrato estaba representado por el derecho civil (español y portugués), tal cual era aplicado durante la experiencia colonial. El tercer estrato fue generado durante el siglo XIX cuando —una vez derrotado la dominación colonial— los países de América Latina comenzaron a codificar. En dicho marco, la codificación no significó rupturas sustanciales con el pasado. En el moderno Estado latinoamericano se promulgó, a partir de entonces, una importante cantidad de «derecho político» (leyes especiales) al compás —de acuerdo con la historia local— de las revoluciones sociales, reformas e involuciones autoritarias, cuya constante ha sido la preservación de un débil papel de la jurisprudencia en la conformación del derecho, especialmente en aquellos países donde existen disposiciones expresas que prohíben el *case law*. Atendiendo al débil estatus de la jurisprudencia, el papel de controlar el derecho político, así como toda la creación de un marco jurídico ordenado, es asumido, en América Latina, por los juristas, por los estudiosos del derecho.

Entre las fuentes del derecho local no promulgado, son los juristas, en efecto, los que ejercen la mayor influencia. En nuestros días, con la desaparición del Estado periférico, como efecto del neoliberalismo, el Banco Mundial, el FMI, la OMC imponen su visión de los *property rights* (la concentración de la propiedad intelectual representa el nuevo latifundio) y hacen que para muchos resulte imposible toda iniciativa de reforma de la propiedad o de redistribución social de la riqueza. Así se produce un nuevo estrato del derecho, de cuño estadounidense las más de las veces, que rige el sector formal de la economía, que toma su prestigio de las facultades de Derecho de Estados Unidos y que sirve, como siempre, a los intereses del capitalismo extranjero y a los de sus camaradas locales.[15]

El derecho de propiedad contenido en el Código Civil peruano de 1984 ha sido derrotado, entonces, y ha quedado al margen por dos fenómenos opuestos que, por paradójico que resulte, son complementarios. En el nivel

[15] *Véase* DEZALAY, I. y B. G. GARTH. *The Internalization of Palace Wars. Chicago: University of Chicago Press, 2002.*

inferior, muchas personas no han sido afectadas por la forma, inspiración y sustancia de aquel derecho, porque ellas se rigen por una forma alternativa de legalidad, originada por la desesperación, menesterosa de solidaridad, e impuesta por la dificultad de subsistir con menos de dos dólares al día. En el nivel superior, el derecho de propiedad codificado y su inspiración «social» han sido derrotados por el poderoso estrato del derecho imperialista, que gobierna con la implacable lógica del imperialismo de mercado.

4. He presentado al general Juan Velasco Alvarado como el símbolo de una reforma social (no necesariamente progresista, sino muchas veces paternalista o populista), inspirada en el interés de la población local y no en los intereses del capital extranjero. Dicha iniciativa, que fue compartida por otros países de América Latina, tuvo lugar en un momento histórico en el cual, debido al equilibrio de la guerra fría, las élites dirigentes estaban en verdad temerosas de la revolución socialista, y ello no era de extrañar, dado el ejemplo de Cuba.[16] Sin embargo, para la pacificación de las masas latinoamericanas, los extranjeros que daban las reglas prefirieron el castigo del terror a los incentivos del bienestar, de modo que aquellos programas de reforma social nunca tuvieron eficacia real.

Nociones como la «función social del derecho de propiedad», incorporada en la filosofía del Código Civil peruano de 1984 y, más recientemente, en el nuevo Código Civil brasileño, a pesar de su ambigüedad política, fueron desarrolladas en Europa, justamente, como un aliciente para responder a los miedos que despertaba la revolución socialista a inicios del siglo XX. Dada su naturaleza, dichas nociones fueron tremendamente existosas y se globalizaron en una amplia variedad de escenarios geográficos hacia el decenio 1970-1980 del siglo pasado.[17] Pero, en los primeros años del decenio 1980-1990, incluso estas tendencias moderadas hacia la distribución de los recursos, que buscaban posibilitar el desarrollo de un mercado local y, con ello, el rompimiento de las cadenas de la dominiación imperialista, fueron abandonadas. La ola triunfal de un camino económico neoliberal, que forzaba a los productores locales a competir con productos extranjeros altamente subsidiados, bajo la sombra de la OMC y de los llamados «Programas de Ajuste Estructural» *(Structural Adjustment Programs),* estuvo acompañada del castigo de una violenta represión de los opositores, en lugar de que se dieran incentivos para la redistribución. La pobreza ex-

---

[16] *Véase el excelente trabajo de* CASTAÑEDA, *J. G. Utopia Unarmed. The Latin American Left after the Cold War. Nueva York, 2004.*

[17] *Véase* KENNEDY, *Duncan. «Two Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-1968». Suffolk University Law Review, 2003, p. 631 y ss.*

trema resulta funcional, cómo no, para los programas «maquilladores», para las zonas de tratamiento económico especial y para las monoculturas. A su vez, el control violento de la oposición es funcional para las necesidades de empresas que tienen intereses en la privatización de las cárceles y en contar con vigilantes privados en un vecindario que es rico, pero que también está circundado por la miseria.

Otro peruano de renombre internacional, Hernando De Soto, puede ser visto como el símbolo de la arrogancia descarada con la cual, debido a su victoria en la guerra fría, el imperialismo capitalista de Occidente impone sus valores e intereses en escenarios débiles. El derecho de propiedad vuelve a estar involucrado en esta historia. Atendiendo a aquel tipo de teorías, el camino occidental del desarrollo económico tiene éxito cuando se presenta a sí mismo como una historia de éxito. Al mismo tiempo, se borra el hecho de que el saqueo imperialista juega un papel mucho más importante que el derecho de propiedad doméstico en el desarrollo capitalista occidental. Este desarrollo capitalista occidental tiene lugar por causa de la explotación colonial, esto es, por un sistema de prolongada ilegalidad global que (paradójicamente) ha utilizado el derecho (y lo sigue haciendo) como uno de sus más poderosos aparatos ideológicos. Sin embargo, De Soto, en esos dos *best sellers*, mundialmente aclamados, que son *El Otro Sendero* y *The Mystery of Capital*, acredita el desarrollo occidental como si fuera la mejor estructura doméstica de los *property rights* y reprocha a los países pobres la *carencia* de una estructura semejante. Con ello, ciñéndose a la tradición ideológica más común del Banco Mundial, se descargan las culpas del subdesarrollo en las víctimas y no en el opresor.

El énfasis de De Soto y de muchos de sus admiradores, entre los que se cuentan economistas, abogados y *policy makers*, se ha centrado en la habilidad de un sistema occidentalizado y desarrollado de propiedad para usar los activos físicos como un instrumento para producir capital. El sistema de propiedad occidentalizado permitiría a aquellos activos conseguir una «vida invisible y paralela, más allá de su existencia material»,[18] solo que, contrariamente, los sistemas de propiedad en países como Perú o Brasil, a despecho de la modernidad de sus códigos civiles, carecen de medios comparativos de documentación y formalización que permitan integrar la propiedad en un amplio esquema de inversión. El capital muerto que de ello resulta disuade a muchos propietarios, sistemáticamente, de constituir hipotecas con fines de inversión en sus negocios. Adicionalmente, la documentación sobre la titularidad de la propiedad puede

[18] SOTO, Hernando de. *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*. New York, 2000, p. 6.

> [...] proporcionar un indicio sobre la historia de los créditos del propietario, una dirección con la que se puede contar para el pago de deudas y la recaudación de impuestos, la base para la creación de utilidades públicas efectivas, y el cimiento para la creación de valores negociables (como los certificados de participación inmobiliarios), que pueden ser descontados y vendidos en mercados secundarios.

El resultado es que, incluso donde los países en desarrollo crean el marco legal para que los ciudadanos utilicen la propiedad para producir riqueza, la mayoría de los ciudadanos no pueden utilizar las leyes.

Esta línea de pensamiento muestra cuán remota resulta la teoría económica de la propiedad respecto de la realidad de todos los días. Asumiendo como natural la actual distribución de los recursos —pero trabajando, en verdad, dentro de las ideas auspiciadas por el FMI y el Banco Mundial sobre el *rule of law*, que rechaza la redistribución significativa—,[19] el movimiento para la «formalización» de los derechos de propiedad informal se topa con una ilusoria teoría para congelar y naturalizar aún más el statu quo. De Soto parece creer que es la teoría de la propiedad y no la pobreza, el analfabetismo, el hambre, la desesperación y la opresión consciente que ejercen los intereses de los poderosos lo que evita que los «sin tierra» recurran el derecho. Esta ideología económica, que resulta funcional para con los proyectos neoliberales, ni siquiera tiene en cuenta que, históricamente, los poderes coloniales han evitado, de manera sistemática, el desarrollo de mercados locales, porque el surgimiento de una clase media latinoamericana, precisamente, representa, hoy como ayer, el más peligroso enemigo del proyecto colonial. Cada vez que un gobierno latinoamericano ha pretendido defender la industria local a través de políticas proteccionistas mucho más claras que aquellas que se practican de manera rutinaria, incluso actualmente, en los países desarrollados, dicho gobierno se convierte en el objetivo de un ataque implacable, ideológico y físico, en aras de la libre competencia. Hacia el decenio 1830-1840, Juan Manuel de Rosas emprendió una política proteccionista en defensa de la naciente industria argentina, mediante la cual prohibió la importación de productos de hierro y de latón, así como de equipamiento para montar a caballo, ponchos, cinturones, productos agrícolas y otras mercaderías que se producían, tradicionalmente, en la zona central de Argentina, pero que se traían de Inglaterra, de fábricas más desarrolladas que tenían a su favor subsidios originados en el botín colonial, y que, por lo tanto, circulaban a precios muy bajos, con

[19] *He desarrollado una crítica de este «proyecto reaccionario» en* MATTEI, *U. «A Theory of Imperial Law. A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance». Indiana Journal of Global Legal Studies, vol. 10, 2002.*

los cuales era imposible competir. Un bloqueo y, al final, una batalla acabaron con su gobierno en 1852. Su huella, como la de José Artigas, quien, treinta años antes, había osado poner en marcha una reforma agraria en lo que hoy es el territorio de Uruguay, ni siquiera se recuerda en nuestros días, porque la historia «oficial» la ha teñido de vileza. En el Perú, luego de la Independencia, no se dio ninguna iniciativa para proteger la próspera industria local de ponchos y tampoco se hizo ningún esfuerzo para implementar, realmente, las reformas agrarias impulsadas por Simón Bolívar en 1824, que buscaban acabar con el latifundio y proteger a los indígenas. En la producción colonial, los ponchos «nunca fueron tan perfectos como los tejidos originales que se elaboraban en tiempos de Pizarro, aunque la actividad económica, basada en la esclavitud de los indígenas, fue tremenda».[20] Ello trajo como consecuencia que una industria naciente y significativa, establecida en zonas como Ayacucho y Tarma, desapareciera, simplemente, a manos de la competencia británica. Esta es la historia que el Banco Mundial nunca refiere cada vez que lamenta el subdesarrollo industrial latinoamericano.

Los especialistas han demostrado que las ideas de De Soto son técnicamente erróneas desde la perspectiva del derecho y que están basadas en una serie de mitos de tenor ideológico.[21] Hendrix, por ejemplo, sostiene que los títulos, en efecto, no dan una prueba irrefutable de propiedad ni son garantía de protección frente a la inseguridad y el engaño:

> En aquellas jurisdicciones donde existen registros públicos, como en la mayor parte de Estados Unidos, en Perú, en Bolivia, **en Guatemala, en Venezuela y en otros países, el Gobierno no garantiza la propiedad de los predios, porque, simplemente,** ya existe un documento registrado al respecto. Además, el derecho establece que si un documento se encuentra registrado, su inscripción hace público, para todos, el negocio de transferencia. Si el documento no está registrado, el negocio es eficaz únicamente entre las partes contratantes, aunque no medie inscripción. Pero contra un adquirente de buena fe, dicho negocio es inválido. El Gobierno tampoco garantiza, por otro lado, que el contenido de los documentos registrados sea confiable. En consecuencia, los sistemas registrales fracasan en lo que atañe al suministro de pruebas irrefutables de la propiedad, y brindan una menor protección contra la inseguridad y el engaño.

A pesar de la debilidad teórica y de las tendenciosas políticas que inspiran ideas como la ahora criticada y que presentan a la distribución imperialista de

---

[20] *Galeano, E. Op. cit., p. 176*

[21] *Hendrix, S. «The Myths of Property Rights». Arizona Journal of International and Comparative Law, vol. 12, 1995, p. 192.*

la riqueza, a lo sumo, como «uno de los problemas» y no como «el» problema que se debe enfrentar en la actualidad, el Instituto Libertad y Democracia, presidido por De Soto, ha conseguido plasmar sus propuestas de formalización en el decreto legislativo 803, del 22 marzo de 1996, con el cual se creó la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI), así como sus programas para la instalación y la estrategia que seguirá esta última organización. Sin embargo, el programa de «hipoteca popular», concebido por el Instituto de De Soto para permitir a los que contaban con títulos de propiedad hipotecar sus casas para obtener capital, solo consiguió que se constituyeran veinte hipotecas antes de ser cancelado.[22]

No es de sorprender que las ideas de De Soto fueran muy bien recibidas durante el mandato presidencial de Fujimori. El Gobierno peruano precedente gozó, desde luego, del aprecio de las instituciones financieras internacionales debido a sus políticas de libre comercio, favorecedoras del imperialismo internacional, así como por la violencia de la que hizo gala en el combate contra sus opositores sociales. Después de todo, la formalización de un titúlo de propiedad —tal cual lo señala el mismo De Soto— concede más poder de control y, por consiguiente, un sistema poderoso para aplacar la resistencia creada por la desesperación.

Mayor sorpresa causa constatar, como prueba evidente de la ambigüedad política de la retórica de los economistas, que algunas de las ideas de De Soto inspiran el paquete de reformas impulsadas por el presidente Lula, en Brasil.

Me ha sido imposible encontrar datos confiables y recientes sobre los índices de desigualdad en los niveles de riqueza y en la distribución de la propiedad en el Perú. Dichos índices ilustrarían el contexto social fundamental en el que todo derecho de propiedad, y, más en general, todo sistema de derecho privado, debe ser evaluado. En cambio, sí he conseguido procurarme interesante información sobre la población de poseedores precarios en Brasil, hacia los cuales apuntan también las propuestas de De Soto:

> Como ocurre en muchos países desarrollados, existe una gran desigualdad en los niveles de riqueza y en la titularidad de propiedades entre los ciudadanos brasileños. El Departamento de Estado Norteamericano informa que son «enormes las disparidades aún existentes en la distribución del ingreso, pues la quinta parte más pobre de la población gana solamente el 2% del producto nacional, mientras que la décima parte más rica de la población percibe el 51%» [cita de Gardiner].[23] Esta

[22] *Rosenberg, Tina. «So-So De Soto: A Peruvian Phony». The New Republic, 10 de julio de 1991, p. 21.*

[23] *U.S. Department Of State. Brazil Human Rights Practices, 1995, Department of State Dispatch (marzo de 1996).*

> desigualdad en los niveles de riqueza ha generado una escasez de vivienda que se ha estimado en 10 millones de unidades en 1992. En Brasil, el 46% de los terrenos está en manos de ricos hacendados, que representan no más que el 1% de la población del país. Según el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística, sólo el 3% de los terrenos es poseído por los pobres de las zonas rurales, que representan el 53% de la población del país. Muchos de los sin tierra están inconformes porque hay extensas porciones de tierra que se mantienen sin ser utilizadas en Brasil. No llama la atención que la desigualdad en la distribución de la propiedad de la tierra haya dado lugar a la ocupación precaria, y, como consecuencia, a violentas reacciones de los hacendados.[24]

Quinientos años de historia han demostrado que el derecho de propiedad de América Latina jamás ha sido capaz de resolver, por un período de tiempo que se pueda considerar significativo, ni la cuestión agraria ni los problemas de la industria. La razón de estos efectos puramente temporales, impropios para responder a las inherentes deficiencias locales, ha sido vista en la estructura internacional del capitalismo, interesado en mantener a América Latina como un espacio donde las actividades extractivas pueden desarrollarse a bajo costo. La entera estructura institucional de América Latina, y no solamente el derecho, está organizada en forma tal que facilita la división internacional de los papeles por desempeñar. Hoy en día, el derecho de propiedad intelectual reproduce esta estructura de dominación, incluso en un nivel más grande.

Los juristas tienen un importante papel y, por lo tanto, una importante responsabilidad en la reversión del estado de cosas que reina en el mundo de los negocios. No es por medio de reformas asistemáticas, ni de la formalización de títulos ni de una mayor importación de formas de pensamiento occidentales que los juristas pueden coadyuvar a la liberación de su país de la opresión extranjera y de la dependencia intelectual y material. No es prestando atención a programas que echan la culpa a las víctimas de las «carencias» a las que ellas se han visto forzadas a afrontar que los juristas pueden desempeñar un papel relevante en la era de globalización jurídica que estamos viviendo.

5. Con las posteriores operaciones de importación de normas de los países de Occidente, sea de la familia del *civil law*, sea de la familia del *common law*, se ha terminado generando en la mentalidad de los juristas la idea de que el derecho constituye un ejercicio técnico y neutral para la solución de

---

[24] GARDINER, Brian. *«Squatters' Rights And Adverse Possession: A Search for Equitable Application of Property Laws». Indiana International & Comparative Law Review, vol. 8, pp. 119, 149-50.*

problemas. Las particularidades y la historia locales son erradicadas y los profesionales del derecho formal son incapaces de marchar por un camino propio e independiente. La desmesura del Norte, de la mano con la resignación latinoamericana; el oportunismo y el divisionismo han conspirado para que un razonamiento jurídico crítico e independiente no pueda desarrollarse. Actitudes similares han impedido que se elaboren modelos de desarrollo independientes en otras áreas de la cultura y de la política, distintas del derecho. El resultado actual, que está ante nuestros ojos, es una clase de juristas cuyo papel sigue siendo marginal en la creacción de una sociedad mejor y más justa; lo que dicha clase hace es servir a objetivos contrarios, a los intereses de las potencias internacionales y a sus aliados que ejercen el poder local. En 1989, la caída del Muro de Berlín convenció al mundo de que solo existía un único camino posible para el desarrollo: el del capitalismo occidental, legitimado por la eficiencia económica y el individualismo implacable. Hoy, sin embargo, tenemos que admitir que el grado de injusticia que caracteriza este modelo de desarrollo, basado en una progresiva concentración de la propiedad en manos de una oligarquía y en una insostenible difusión de la pobreza, lo condena.

El mundo está en busca de nuevos modelos de desarrollo, de nuevas organizaciones sociales, de nuevas ideas jurídicas que tengan la posibilidad de oponerse a la noción de un derecho gobernado por intereses económicos, incapaz de administrar estos últimos. Pero ideas nuevas como estas solo pueden nacer en países que han vivido la opresión, que conocen los costos reales del capitalismo occidental, que comprenden que no existe futuro sin una distribución equitativa de los recursos, que no existe paz sin justicia. América Latina es, ni más ni menos, un entorno como el descrito. El tema de la distribución de la propiedad, de la igualdad social, de la insostenible naturaleza del orden mundial vigente está ante los ojos de los juristas, de los profesionales de la justicia y de las organizaciones sociales de América Latina en cada momento de su existencia. Frente a la actual división de la riqueza y a la actual distribución del poder, no existen sino dos actitudes: estar en contra o ser cómplice de ellas. En uno de mis trabajos he abogado por una *Latin resistance*, que sea capaz de conjurar el estado de cosas. Ahora lo hago por el nacimiento de una cultura jurídica latinoamericana cosmopolita y de resistencia, que sea crítica en sus percepciones y militante en sus objetivos y métodos; una cultura jurídica que sea capaz de abrir las puertas, de una vez por todas, a la comunicación y cooperación en el continente y cuyos actores puedan desempeñarse como líderes intelectuales para la resistencia en otros países explotados, que sufren, acaso, mucho más que ellos. El tema del derecho de propiedad y de la distribución de los recursos debe ser analizado con el esfuerzo de crear un contexto jurídico para una econo-

mía independiente y libre, por vez primera, en más de quinientos años de historia, que se ponga al servicio de las multitudes locales y no de los monopolios internacionales y sus sucursales. Una estructura institucional adecuada permitiría que la economía dirija su mirada hacia el interior, y no hacia el exterior, y rompa el fenómeno de continuismo representado, sucesivamente, por la actividad extractiva de los conquistadores, la dominación de los capitalistas británicos y, ahora, por los planes de auste estructural auspiciados, con chantaje de por medio, por el FMI, al servicio de los intereses de Estados Unidos. La creación de esa nueva «constitución económica de la propiedad», basada en la solidaridad y en la redistribución y nacida en contextos tradicionalmente subordinados, sería, en realidad, como una nueva *declaración de independencia*, intelectual y económica, en un momento político excepcionalmente maduro para la unidad continental y para el pensamiento progresista.[25]

América Latina nació como un territorio único en los sueños y esperanzas de Simón Bolívar, José Artigas y José de San Martín. La misma idea alimentó, más tarde, los sueños de Ernesto Guevara de la Serna. La estructura de la fragmentación colonial, funcional para con los intereses de la dominación internacional, fue consolidada por las oligarquías que clamaban por la liberalización del comercio a través de los siglos XIX y XX. Ha sido una historia larga —que tal vez prosigue en nuestros días—, en la cual la comunicación con Europa resulta mucho más fácil que la comunicación interna. América Latina debe llegar a convertirse en un *espacio jurídicamente*, *políticamente*, *económicamente y culturalmente unificado*; debe desarrollar una cultura jurídica unificada, a lo mejor con un Código Civil unificado, y, ciertamente, con una constitución económica de solidaridad entre los oprimidos. Hay una necesidad crucial de rechazar la retórica imperialista de las «culpas» y de las «carencias», que son el arma ideológica del Banco Mundial y de sus burdos consejeros, y que es la única capaz de servir de base a sus absurdas recetas para el «desarrollo», basadas en la eficiencia. En un contexto donde existe un alto nivel de desempleo es absurdo proponer la importación de tecnología, la cual reduce la necesidad de mano de obra. En un contexto donde la industria local jamás se ha desarrollado, a causa de la injusta competencia internacional, es absurdo aceptar programas de libre comercio, como si no estuviera cabalmente demostrado, al cabo de cientos de años, que la inversión extranjera no devuelve nada de lo que toma a América Latina. Los juristas tienen la tarea de desarrollar nociones de justicia

[25] *Los gobiernos democráticamente elegidos, y de tendencia progresista, priman actualmente en América Latina en países como Brasil, Argentina, Venezuela, Perú y Uruguay.*

y de responsabilidad que permitan servir de base para que los gobiernos se liberen de las imposiciones de las instituciones financieras internacionales. Como sabe bien todo jurista que se respete, los deudores constituirán una fuerza poderosa si se unen y se apoyan en una teoría bien estructurada.

Los juristas deberían dotarse, a sí mismos, de una cultura cosmopolita que consiga romper las barreras del formalismo y purismo jurídicos, pero también las de los diálogos reservados para economistas. El modelo de educación jurídica de Pérez Perdomo, que presta atención a las relaciones entre derecho y sociedad, puede brindar un nuevo e importante ejemplo en esta línea de acción. Una vez que los juristas enriquezcan su cultura, más allá de letras muertas, de formalismos y discursos tecnocráticos, comprenderán cuánto de verdad encierra una frase del intelectual uruguayo Eduardo Galeano: «El desarrollo es un banquete al que pocos están invitados, y cuyos platos principales están reservados para los estómagos extranjeros».

Quizás algún día, cuando nazca este nuevo tipo de juristas, volveremos a reunirnos para celebrar el nacimiento de un Código panlatinoamericano, que sea eficaz, finalmente, en la búsqueda de la justicia social y capaz de brindar al mundo una contribución significativa para el rompimiento de las cadenas de la *corporate domination*. La capitalización de la energía de los deudores históricamente explotados, ubicada, finalmente, en el lugar que le corresponde, es la estrategia de liberación que someto a vuestra consideración esta noche. Para emprender esta tarea, de una magnitud nada común, resulta crucial entender que los intereses de los «entornos de recepción» del derecho no son los mismos que los intereses de los «entornos de producción», de modo que el derecho local y la ciencia jurídica deberían actuar en primera, y no en segunda, instancia. Las concepciones occidentales del derecho de propiedad, invariablemente egoístas, individualistas y reconocedoras de un precio para los instintos de acumulación sirven a los intereses de los entornos políticos en los que ellos son producidos, y deberían, por lo tanto, ser abandonadas y sustituidas por nuevas ideas, que sirvan a la gente de América Latina y no al enriquecimiento global. La importación de ideas y conceptos jurídicos obsoletos de Europa continental o Estados Unidos sirve a la cadena de dominación exactamente en la misma forma que lo hace la importación de tecnología obsoleta, que aplasta la innovación local y favorece la dependencia. Ha llegado el momento de explotar un nuevo y rico tesoro en América Latina: el tesoro de las culturas jurídicas alternativas.

OTROS ARTÍCULOS

Hábeas corpus contra resoluciones judiciales penales en el Código Procesal Constitucional*

Javier A. Aguirre Ch.**

I. Introducción

La libertad personal es un derecho fundamental que se encuentra por encima de los demás derechos. El derecho a la libertad personal garantiza la realización de un proyecto de vida acorde con los propios intereses, permite la realización plena del ser humano y, por ende, es la base sobre la cual descansan los demás derechos, con excepción del derecho a la vida. No puede existir el derecho a la intimidad si el sujeto, en el pleno ejercicio de su libertad personal, no ha desarrollado determinados actos que constituyen su esfera intima (personal o familiar); asimismo, no puede existir el derecho al honor y la buena reputación si el sujeto, en el ejercicio pleno de su libertad personal, no ha desarrollado determinados actos que le permiten tener autoestima o la apreciación de los «otros»; como se puede apreciar en estos dos ejemplos, la libertad personal se constituye en el derecho fundamental por excelencia.

No obstante la trascendencia del derecho a la libertad personal, este, per se, no se encuentra protegido de cualquier acto que lo pueda vulnerar, amenazar o limitar. En efecto, es cotidiano observar la vulneración, amenaza o limitación de este derecho, sea por actos de un particular, una autoridad o un funcionario.

---

* *Para la elaboración de este artículo, se contó con la valiosa colaboración de Heinz J. Cieza R., abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, quien ejerce la profesión en el Estudio Aguirre, Abogados.*

** *Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Agente titular del Estado peruano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Socio principal del Estudio Aguirre, Abogados.*

Si bien es cierto que la libertad personal no es absoluta, pues encuentra su límite justo donde empieza el derecho de «los demás», sin embargo, incluso cualquier acto que atenta contra los derechos de «los demás» no necesariamente es causa o motivo suficiente para privar de la libertad personal al autor de tal acto.

Constitucionalmente solo se puede privar de la libertad personal, sin que esta sea arbitraria o ilegal, en dos supuestos: 1) por la autoridad policial en caso de flagrante delito o 2) por mandato escrito y motivado del juez. Fuera de los límites de estos dos supuestos, cualquiera sea el motivo o la razón, la privación de la libertad personal constituye un acto ilegal o arbitrario.

Esta afirmación supone que toda forma de privación de la libertad personal en esos dos supuestos es legal. Pues bien, la jurisprudencia y el nuevo Código Procesal Constitucional (CPCL)[1] nos permiten afirmar lo contrario: *la privación de la libertad personal mediante mandamiento escrito y motivado del juez también puede ser arbitraria y/o ilegal*.

Frente a esta situación, se ha creado un instrumento constitucional, cuya utilidad se explota en términos jurídicos, únicamente frente a la privación de la libertad personal por actos arbitrarios o ilegales, actos que, incluso, pueden emitirse dentro de un proceso judicial; nos referimos, como es obvio, al proceso constitucional de hábeas corpus.

Las líneas siguientes no tienen por objeto referirse a todos los supuestos de privación de la libertad (v. gr., por actos de particulares, por funcionarios de la Policía, en los regímenes de excepción, etc) de manera arbitraria o ilegal; *sino solo pretendemos una aproximación a la nueva regulación que ofrece el CPCL sobre el hábeas corpus frente a la vulneración, amenaza o limitación de la libertad personal dentro de un proceso judicial penal*.

II. El hábeas corpus contra resoluciones judiciales en la ley 23506 y su ley complementaria, la ley 25398

1. Proceso regular y proceso irregular

i. Aproximación conceptual

El artículo 6, inciso 2, de la ley 23506 señalaba que «no proceden las acciones de garantía [...] contra resolución judicial o arbitral emanada de

[1] *Publicado en el diario oficial El Peruano el 31 de mayo de 2004, en el boletín de normas legales de la p. 269424 a la 269436*.

un *proceso regular*». Asimismo, el artículo 10 de la ley 25398 decía lo siguiente:

> Las anomalías que pudieran cometerse dentro del *proceso regular* al que se refiere el inciso 2 del artículo 6º de la Ley [se refiere a la ley 23506] deberán ventilarse y resolverse dentro de los mismos procesos mediante el ejercicio de los recursos que las normas procesales específicas establecen. No podrá bajo ningún motivo detenerse mediante una acción de garantía, la ejecución de una sentencia contra la parte vencida dentro de un *proceso regular*.

Si bien la ley hacía una mención al *«proceso regular»,* sin embargo, no lo definía, con lo cual quedó el campo abierto para que la jurisprudencia y la doctrina delimiten dicho término otorgándole un contenido específico.

En efecto, en primer lugar, se entendió que, si bien no procede el hábeas corpus contra una resolución judicial emanada de un proceso regular, en una interpretación *a contrario sensu*, sí procedía contra una resolución judicial emanada de un *proceso irregular*.

Pero ¿qué se entiende por proceso regular o proceso irregular? Al respecto, Guillermo Cabanellas[2] señala que el término regular es un vocablo polifacético cuyo significado es «*con arreglo a regla*, reglamentario, normal». El mismo Cabanellas,[3] en una aproximación más concreta a los términos que utilizaba la ley, expresa que el término *proceso anormal* se refiere a «toda tramitación en que *no se observen las reglas del procedimiento*, y siempre que la parte por ello perjudicada proceda a la impugnación pertinente para restablecer la normalidad en los trámites».

Equiparando los términos proceso anormal y proceso irregular, tenemos que este se define como aquel en el que *no se observan las reglas del procedimiento*, es decir, un proceso que «*no se arregla a la regla*».

No obstante ello, es evidente que la definición de proceso irregular es muy *amplia*; en efecto, en sus límites se encuentran todo tipo de inobservancia de reglas del procedimiento, por mínimas que estas sean. Así, tenemos que un simple defecto en la notificación es producto de una inobservancia de las reglas de procedimiento, por citar un ejemplo.

ii. Proceso irregular en el que procede el hábeas corpus

Ahora bien, el hábeas corpus no puede ser utilizado frente a cualquier anomalía o irregularidad que se suscite; es decir, no puede ser el instrumento

---

2 CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual. 24.ª ed. T. VII. Buenos Aires: Heliasta, 1996, p. 109.*

3 *Ib., t. VI, p. 437.*

jurídico reemplazante de los medios impugnatorios propios que existen dentro de todo proceso judicial. De ser así, el proceso constitucional de hábeas corpus se convertiría en una especie de proceso constitucional especial para *revisar* cualquier resolución judicial.

Luis R. Saénz Dávalos[4] nos dice que

> [...] en efecto, la irregularidad o simple anomalía procesal, como lo podría ser un proveído incorrecto, una equivocada notificación, la inobservancia de un plazo no gravitante, es esencialmente un error judicial de poca o escasa trascendencia. Su sola presencia, bien que incorrecta, no afecta sin embargo el resultado del proceso, pues no tiene mayor incidencia o repercusión a los efectos de considerarlo como auténticamente justo. *Por lo mismo la anomalía o simple irregularidad procesal, no puede catalogarse como directamente inconstitucional* [...]. Sí, las anomalías, en otras palabras se corrigen mediante los recursos o mecanismos internos, el procedimiento irregular requerirá en cambio, de otro tipo de mecanismos [el subrayado es nuestro] .

Por consiguiente, la simple anomalía no puede catalogarse como *directamente* inconstitucional; *contrario sensu*, habrá que encontrar, dentro de un proceso judicial, una anomalía *directamente inconstitucional* para ser catalogado como irregular para los efectos del hábeas corpus.

Ahora bien, una anomalía *directamente inconstitucional*, como bien lo ha entendido la doctrina y la jurisprudencia, solo puede ser aquella que vulnera las garantías constitucionales mínimas que se deben observar en el transcurrir de un proceso judicial.

En reiterada jurisprudencia,

> [...] para el Tribunal Constitucional, el concepto de «proceso regular», como supuesto de improcedencia del habeas corpus contra resoluciones judiciales, está inescindiblemente ligado al desarrollo normal y respeto escrupuloso de los derechos de naturaleza procesal: el de *tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso* [el subrayado es nuestro] y, con ellos, todos los derechos que lo conforman.[5]

El distinguido constitucionalista Francisco José Eguiguren Praeli,[6] comentando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, señala que,

> [...] no obstante, la legislación de la materia precisa que tales acciones no serán viables contra las resoluciones judiciales «emanadas de un proceso regular»,

---

4 *Sáenz Dávalos, Luis R. «Los Procesos Constitucionales como mecanismos de protección frente a resoluciones judiciales arbitrarias». En Susana Castañeda Otsu (coord.). Derecho Procesal Constitucional. 1.ª ed. Lima: Jurista Editores, 2003, pp. 138-139.*

5 *En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/1230-2002-HC.html>.*

6 *En <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-001223000100009&script=sci_arttext&tlng=es>.*

> concepto que la jurisprudencia ha buscado establecer señalando que no cualquier vicio al interior de un proceso «regular» le hace perder dicho carácter, sino aquellas *vulneraciones graves* que afectan un derecho constitucional, especialmente en lo referido a la observancia del *debido proceso y el respeto a la tutela judicial* [el subrayado es nuestro].

En esa misma línea, Eloy Espinoza-Saldaña Barrera[7] expone que

> [...] es doctrinariamente con valiosos trabajos [...] que va determinándose que *un proceso es regular cuando respeta el derecho de acceso a la justicia y las garantías de un debido proceso* [...]. El desarrollo doctrinario primero, y jurisprudencial después, va progresivamente apuntalando la idea de que *la regularidad de un proceso está vinculada a su respeto a la tutela judicial efectiva* (entendida en el Perú por nuestro Tribunal Constitucional como derecho de acceso a la justicia, y además, como la necesidad de asegurar la efectividad de *las resoluciones judiciales) y, fundamentalmente, al debido proceso* [el subrayado es nuestro].

Tal como se puede apreciar, tanto la doctrina como la jurisprudencia se encargaron de brindar un concepto de lo que debe entenderse por proceso regular a efectos de la interposición del proceso constitucional de hábeas corpus. El concepto del mismo quedó delimitado por el respeto escrupuloso de las garantías constitucionales al *debido proceso legal* y la *tutela judicial efectiva*. En buena cuenta, se establece que, desde la óptica constitucional, todo proceso judicial penal (para efectos de este artículo), en el que se respeten ambas garantías, es un proceso regular.

En consecuencia, un proceso irregular —susceptible de ser «reparado» por el proceso constitucional de hábeas corpus— es aquel que vulnera uno y otro derecho de manera conjunta o alterna, siempre y cuando, al mismo tiempo, *vulnere la libertad personal del imputado*.

iii. Debido proceso legal y tutela judicial efectiva

No es objeto del presente trabajo realizar un estudio profundo sobre uno y otro derecho, si constituyen un solo derecho o ambos son diferentes; solo pretendemos anotar el contenido de los mismos a fin de tener una idea más exacta de lo que regula actualmente el CPCL.

Para Aníbal Quiroga León,[8] el debido proceso legal es

---

[7] *En <http://www.justiciaviva.org.pe/publica/03.pdf>.*

[8] *Quiroga León, Aníbal. El debido proceso legal en el Perú y el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Lima: Jurista Editores, 2003, p. 47.*

> [...] la institución del Derecho Constitucional Procesal que identifica *los principios y presupuestos procesales mínimos que siempre debe reunir todo proceso judicial* jurisdiccional para asegurar al justiciable la certeza, justicia, razonabilidad y legitimidad de resultado socialmente aceptable [la cursiva es nuestro].

Por igual derrotero, Susana Castañeda Otsu[9] expresa que

> [...] otro derecho que no aparece en el listado enunciativo del art. 12º de la Ley Nº 23506 es el debido proceso. Esta omisión no implica que el habeas corpus no pueda ser utilizado para atacar resoluciones que emanen de un proceso que no ha tenido en consideración el respeto de los *estándares mínimos que integra este derecho macro, denomina debido proceso* [la cursiva es nuestra].

Estos autores coinciden en señalar que el *debido proceso legal* engloba aquellos *principios o derechos mínimos* que se deben observar en la tramitación de un determinado proceso judicial a fin de que este pueda garantizar la realización efectiva de un determinado derecho sometido a la administración de justicia dentro de los parámetros de razonabilidad, proporcionalidad y justicia.[10]

En un proceso judicial, cualquiera sea la naturaleza de la pretensión por la cual se accede al mismo, en última instancia, se constituye en el cause por donde discurre una «contienda» jurídica, en la que, al término del mismo, se plasmará la realización efectiva de un determinado derecho.

Así, por ejemplo, en un proceso penal, existe una «contienda» jurídica en la que, por un lado, se pretende la realización del derecho de sancionar del Estado y, por el otro lado, se pretende la realización del derecho a la libertad personal del imputado. Es evidente que la *vulneración a los estándares mínimos del cauce por donde discurre dicha contienda podría vulnerar, amenazar o limitar la libertad personal del procesado*; he aquí la justificación

---

9 *Castañeda Otsu, Susana Inés. «Hábeas Corpus. Normativa y Aspectos Procesales». En Susana Inés Castañeda Otsu (coord.). Op. cit., p. 307.*

10 *Al respecto, Marcelo de Bernardis, Luis. La garantía procesal del debido proceso. Lima: Cultural Cuzco, 1995, p. 331, dice: «Como quiera que la actividad jurisdiccional tiene por objeto principal determinar la justicia del caso concreto, las reglas establecidas para tal objeto no podrán dejar de contener los instrumentos mediante los cuales quede asegurada la posibilidad real y efectiva de los individuos de alcanzar tal finalidad a través del proceso. Solamente de esa manera los individuos alcanzarán la confianza necesaria en el sistema para que sean desterradas definitivamente las formas autónomas de solución de controversias [...]. Estas reglas que, a su vez, constituyen principios generales de la justicia, al ser aplicados de manera general a través del proceso, se tornan en pieza fundamental del Estado de Derecho. A partir de la efectiva observancia de los mismos las personas podrán alcanzar y cautelar el ejercicio de la libertad a la que tienen derecho así como el respeto de su personalidad que se traduce en los denominados «Derechos Fundamentales» [la cursiva es nuestra]».*

de la interposición del hábeas corpus contra resoluciones judiciales que vulneran el debido proceso legal o la tutela judicial efectiva.

Con mucho acierto, Víctor Obando Blanco[11] sustenta:

> El proceso es un instrumento de tutela del derecho, de modo que si se desnaturaliza por violación de sus formas esenciales, el instrumento de tutela falla y con él *sucumbe inexorablemente el derecho de los justiciables*; existe entonces la necesidad de cuidar el proceso.

La vulneración del derecho de defensa, de la pluralidad de instancia, del principio acusatorio o de contradicción, entre otros,[12] puede, en términos de Obando Blanco, hacer sucumbir inexorablemente el derecho a la libertad personal del imputado.

El debido proceso legal se constituye, así, en el blindaje «impenetrable» de quien debe soportar el peso del Estado en un determinado proceso judicial en general y penal en particular; la vulneración del mismo, y, por ende, *la vulneración, amenaza o limitación de la libertad personal*, justifica y legitima la utilización del proceso constitucional de hábeas corpus

Ahora bien, si el *debido proceso legal* y *la tutela judicial efectiva* integran un conjunto de principios o derechos mínimos que se deben observar en la tramitación de un determinado proceso judicial, es legítimo preguntarse cuáles son esos derechos o principios mínimos.

La conspicua constitucionalista Susana Castañeda Otsu[13] responde que

> [...] la doctrina del Tribunal Constitucional sobre este derecho es variada, pues ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre casi todos los derechos que integran el debido proceso, dejando establecido que manejamos el concepto bajo la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En tal sentido sus manifestaciones son las que se encuentran consagradas en las cláusulas abiertas de los

---

11 OBANDO BLANCO, *Víctor Roberto. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en la jurisprudencia. Lima: Palestra Editores, 2001, p. 60.*

12 NAVARRA GARMA, *Arturo. «Pretensión nulificante de la cosa juzgada fraudulenta en el proceso civil». En César Castañeda Serrano (comp.). Nulidad de cosa juzgada fraudulenta. 1.ª ed. T. II. Lima, 2001, p. 22, dice lo siguiente: «Debido proceso es una institución instrumental en virtud del cual debe asegurarse a las partes en todo proceso (legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones injustificadas) oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contra parte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley contra resoluciones judiciales motivadas y conforme a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos».*

13 CASTAÑEDA OTSU, *Susana Inés. Op. cit., p. 308.*

> arts. 14º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 6º del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos, sin dejar de considerar el principio de legalidad previsto en estos tres instrumentos, al igual que las reglas específicas relativas a los privados de libertad, en las que se consagran derechos que forman parte del debido proceso: plazo razonable de la detención, derecho a ser informado de las causas de la detención, de la acusación formulada en su contra, del derecho efectivo a obtener reparación, entre otros.

El último párrafo del artículo 4 del CPCL recoge los elementos constitutivos de la *tutela procesal efectiva*:

> [...] se entiende por Tutela Procesal Efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal.

Ahora bien, no obstante que parecería que dicho artículo establece un númerus clausus de los derechos y garantías que integran ese derecho macro denominado *tutela procesal efectiva*, sin embargo, la interpretación del mismo debe estar acorde con los instrumentos internacionales de derechos humanos y con los tribunales internacionales de derechos humanos.[14]

En tal sentido, la vulneración de cualquier elemento del *debido proceso legal* o la *tutela judicial efectiva*, en tanto impliquen la vulneración, amenaza o limitación de la libertad personal, justifica la utilización de un proceso constitucional.

III. El hábeas corpus contra resoluciones judiciales en el CPCL

El CPCL, cuya virtud consiste en sistematizar y reunir en un solo cuerpo normativo todos los procesos constitucionales, trae consigo una serie de

[14] *Al respecto, el artículo V del Título Preliminar del CPCL dice: «El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte».*

incorporaciones y/o modificaciones que, fundamentalmente, responden, como no podría ser de otra manera, a las «nuevas» situaciones de hecho que existen en la sociedad.

Tal como lo hemos manifestado, tanto la doctrina como la jurisprudencia fueron dándole contenido y límites a lo que se conoce como un proceso regular, y, por lo tanto, susceptible de ser remediado, al interior del mismo, con los medios de impugnación naturales en dicho proceso; al mismo tiempo, y como consecuencia lógica de ello, se definió lo que debe entenderse por proceso irregular y los parámetros para la postulación del hábeas corpus, a fin de remediar dicha irregularidad.

La ley 23506, y su complementaria, no establecía de manera expresa la procedencia del hábeas corpus contra resoluciones judiciales emanadas de un proceso irregular.[15] No obstante ello, tal omisión no fue impedimento para que la doctrina y la jurisprudencia encaucen tal instrumento jurídico para atacar resoluciones judiciales en determinados supuestos, tal como ha sido explicado.

La realidad social y la necesidad de responder a la misma hicieron que el CPCL tenga un dispositivo expreso para la procedencia del hábeas corpus contra resoluciones judiciales.

El artículo 4 del CPCL

En su parte pertinente, este artículo dice: «El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial *firme* vulnera en *forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva*».

Los elementos que constituyen la procedencia del hábeas corpus contra resoluciones judiciales se encuentran establecidos de manera clara y precisa: *1) firmeza de la resolución, 2) vulneración manifiesta y 3) vulneración de la libertad individual y de la tutela procesal efectiva.*

La libertad individual y *la tutela procesal efectiva*[16] han sido analizadas líneas arriba, por lo que en adelante nos referiremos brevemente a los otros elementos de dicha norma.

---

[15] *Salvo el caso del artículo 5 de la ley 23506 cuando dice: «Las acciones de garantía también son procedentes si una autoridad judicial, fuera de un procedimiento que es de su competencia, emite una resolución o cualquier disposición que lesione un derecho constitucional».*

[16] *El Tribunal Constitucional ha señalado que los términos «debido proceso legal» y «tutela procesal efectiva» son sinónimos; así, en la sentencia 1076-2003-HC/TC, refiriéndose al juez predeterminado por ley, expresó lo siguiente: «Dicho derecho es una manifestación del derecho al «debido proceso legal» o lo que, con más propiedad, se denomina también "tutela procesal efectiva" [...]». En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/1076-2002-HC.html>.*

1. Resolución judicial firme

Una resolución es *firme* cuando contra la misma no procede ningún medio impugnatorio. En ese sentido, Anibal Quiroga León,[17] al referirse a la cosa juzgada, dice: «Sus tres principales características están definidas por la *inimpugnabilidad*, la inmutabilidad y la coercibilidad. Por la *primera se entiende la firmeza de un fallo judicial que impida su revisión* [el *subrayado* es nuestro]».

En ese sentido, para la procedencia del hábeas corpus contra resoluciones judiciales, es necesario e imprescindible que se agoten, en el proceso judicial respectivo, los medios impugnatorios que contiene cada proceso, a fin de que la anomalía o el procedimiento irregular sean subsanados en el mismo proceso judicial donde se generó.

Con ello, en cierto lapso procesal, se reparan las anomalías o irregularidades procesales con el procedimiento irregular.[18] En efecto, en cierto estadio procesal contra ambos deben proceder, *en primer lugar*, los medios impugnatorios naturales de cada proceso, con el objeto de ser remediada una anomalía o el procedimiento irregular; *en un segundo plano*, recién existiría una diferencia cualitativa entre ambos, puesto que solo podrán ser objeto de un proceso constitucional aquellos procedimientos *irregulares* que vulneran *la tutela procesal efectiva* y *la libertad individual*, contenidas en una resolución judicial firme.

Esta exigencia puede ser loable para evitar la carga procesal constitucional y el uso indiscriminado y abusivo de los procesos constitucionales; sin embargo, desde el punto de vista de la realización efectiva de los derechos fundamentales, dicha postura evidencia un margen de desprotección, con lo cual se evidencia que primero se prioriza que no sea abultada la carga procesal frente a la protección de los derechos fundamentales.

Así, por ejemplo, si en un proceso penal se emite un auto de *abrir instrucción* que ordena la detención sin una fundamentación adecuada, se interpondrá recurso de apelación, con el peligro de que el mismo sea declarado improcedente; luego, se recurre en queja entonces, esperar que la Sala declare procedente la queja y, por lo tanto, suba el incidente de apelación. Tal vez exageramos pero, en ese interín, pueden transcurrir ochos días, hasta

---

[17] *Quiroga León, Aníbal. Op. cit., p. 73.*

[18] *Saénz Dávalos, Luis. Op. cit., p. 138, dice que «no es lo mismo el llamado procedimiento irregular, que la simple anomalía cometida dentro del proceso, por el contrario, regular. En efecto, la irregularidad o simple anomalía procesal, como lo podría ser un proveído incorrecto, una equivocada notificación, la inobservancia de un plazo no gravitante, es esencialmente un error judicial de poca o escasa trascendencia».*

que la resolución que ordena la detención adquiera firmeza; recién en este instante podemos recurrir al proceso constitucional. Mientras tanto, el afectado «*tendrá que seguir esperando*», detenido en un centro penitenciario.

El perjuicio que puede significar que en *determinados casos concretos* se tenga que esperar la firmeza de la resolución, a fin de poder recurrir a un proceso constitucional, se evidencia claramente cuando se busca, primero, evitar la excesiva carga procesal constitucional, antes que la protección *inmediata y eficaz* del derecho fundamental a la libertad del imputado.

La crítica que estamos haciendo a la exigencia del carácter firme de la resolución adquiere mayor relevancia cuando se tiene en cuenta el siguiente elemento de la norma procesal constitucional que se debe analizar.

2. Vulneración en forma manifiesta

La vulneración debe ser en forma *manifiesta*. Según Guillermo Cabanellas, esta palabra significa lo «*evidente, indudable, patente*.// Claro.//Descubierto.//*Innegable*.//Visible [el subrayado es nuestro]».[19]

Ahora bien, si la vulneración es manifiesta, evidente, indudable, ¿por qué esperar entonces que la resolución adquiera firmeza para poder acudir a la vía constitucional?

Si hay una detención sin ninguna motivación y argumento, ¿por qué esperar el tramite impugnatorio al interior del proceso?, ¿por qué no acudir directamente a la *inmediatez y eficacia* del proceso constitucional?

En todo caso, cabría esperar el carácter firme de la resolución que vulnera la *tutela procesal efectiva* y la libertad personal, siempre y cuando esta *vulneración no sea evidente*, *indudable e innegable*,[20] que no es el supuesto descrito por la norma.

---

[19] *CABANELLAS, Guillermo. Diccionario enciclopédico de derecho usual. T. V. Op. cit., p. 295.*

[20] *La práctica procesal penal nos trae a colación el caso de una procesada a quien un juez dictó como caución la suma de S/. 30.000,00 (treinta mil nuevos soles y 00/100 céntimos). Aquella argumentaba que incluso no podría conseguir la fianza personal, con lo cual consideró que dicho monto constituía una arbitrariedad e ilegalidad, no se encontraba fundado en derecho y, amenazaba de manera inminente su libertad personal; por ello inició un proceso constitucional de hábeas corpus. Obviando los detalles, consideramos que aquí no existe una vulneración manifiesta de la tutela procesal efectiva y la libertad personal; por lo tanto, se esperará a que la resolución adquiera firmeza a fin de acudir a un proceso constitucional en el que se dilucide si la misma se encuentra debidamente fundamentada.*
Así también, por ejemplo, si un juez dicta una orden de detención teniendo en cuenta solo que la pena por imponerse podría superar los cuatro años de pena privativa de libertad, sin una fundamentación adecuada del peligro procesal y de los elementos probatorios que vinculan al procesado con el hecho delictivo, también en este caso

Debe observarse que el problema no va por el lado de la eficacia, pues al interior del proceso común existen medios de impugnación igualmente eficaces que el proceso constitucional; el lado cuestionable en cierta medida es la carencia de inmediatez[21] inherente al proceso constitucional. En efecto, ambos procesos (común y constitucional) pueden ser igual de eficaces, sin embargo, *ambos no son igual de inmediatos*.

Aquí se observa con claridad lo evidenciado a lo largo de este artículo: la clara prioridad que el legislador otorga a la protección de la carga procesal constitucional en desmedro de la reparación inmediata de la vulneración de un derecho fundamental: la libertad personal.

Teniendo en cuenta que el hábeas corpus tutela un *derecho fundamental*, cuya *protección debe ser incondicional frente a actos arbitrarios*, no hay razón para condicionar este proceso al agotamiento de los recursos internos del proceso común (apelación, queja, nulidad, etc.) *cuando la vulneración* de la *tutela procesal efectiva* y la libertad individual *es manifiesta*.

Si la arbitrariedad o ilegalidad que vulnera la *tutela procesal efectiva* y la libertad individual del imputado *es manifiesta*, el afectado debe tener expedito el instrumento jurídico más *eficaz e inmediato* que le permita, en el más breve plazo posible, gozar de su libertad en forma plena. Pensamos que carece de mayores fundamentos y de razonabilidad esperar «unos días más» hasta agotar los recursos al interior del proceso ordinario o común (carácter firme de la resolución), cuando el juez constitucional puede resolver de inmediato una *vulneración manifiesta, indudable y patente*.

---

cabría esperar la firmeza de la resolución a fin de acudir al proceso constitucional, por cuanto la vulneración de la tutela procesal efectiva no es manifiesta.

El Tribunal Constitucional, en el expediente 0222-2003-HC, sentenció: «En consecuencia, en el transcurso del proceso penal seguido al beneficiario se ha ido desvaneciendo la suficiencia probatoria que dio origen al mandato de detención [el subrayado es nuestro]» En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/0222-2004-HC.html>. Es evidente que el Tribunal Constitucional realizó un análisis de la vulneración de la tutela procesal efectiva (falta de sustento en la resolución que dictó el mandato de detención) que no puede ser catalogada como una vulneración manifiesta, indudable, patente. Es lógico que en un caso similar también se debe esperar que la resolución adquiera firmeza a fin de acudir al proceso constitucional.

[21] *El artículo 30 del CPCL señala: «Tratándose de cualquiera de las formas de detención arbitraria y de afectación de la integridad personal, el Juez resolverá de inmediato. Para ello, podrá constituirse en el lugar de los hechos, y verificada la detención indebida ordenará en el mismo lugar la libertad del agraviado [el subrayado es nuestro]».*

IV. El hábeas corpus no solo debería proceder contra resoluciones judiciales firmes

Como hemos manifestado anteriormente, si bien la exigencia del carácter firme de la resolución que vulnera la libertad individual es loable desde que pretende evitar la excesiva carga procesal constitucional de los magistrados, sin embargo, dicha exigencia no debe ser interpretada de manera cerrada, de forma que perjudique, en determinadas situaciones concretas, al ciudadano que sufre una vulneración, amenaza o limitación de su libertad personal.

Lo que estamos postulando no es una discusión bizantina, ajena a las consecuencias prácticas. La interpretación literal del artículo 4 del CPCL en el sentido de que el hábeas corpus procede contra resoluciones judiciales firmes en determinados casos concretos trae consigo una indefensión para obtener resultados *inmediatos*[22] *y efectivos respecto de la tutela de derechos fundamentales como la libertad personal del imputado*.

No obstante lo expuesto, entre la libertad personal del imputado o la carga procesal constitucional, es evidente que la inclinación debe ser hacia la más inmediata y eficaz protección de la libertad personal del procesado; por ello, aun cuando se corre el riesgo de una abundante carga procesal constitucional, sin embargo, la vulneración *manifiesta* de la libertad personal por cualquier medio (una resolución judicial en este caso) requiere del instrumento jurídico más eficaz, inmediato, sencillo y rápido. Esto es lo que el Tribunal Constitucional, en el expediente 697-200-HC,[23] entendió cuando, en salvaguarda de un derecho fundamental, como es la libertad personal, expresó que «en tales circunstancias es obvio que hacer prevalecer el derecho de todo individuo a ser juzgado en un plazo razonable, es una forma de anteponer la persona al Estado, tal y cual lo proclama la Constitución [el subrayado es nuestro]».

Con el mismo argumento de razonabilidad que se desprende de dicho pronunciamiento, podemos expresar que, ante una vulneración *manifiesta* de la libertad personal mediante una resolución judicial, no hay por qué anteponer el interés del Estado (evitar la carga procesal constitucional) frente

---

[22] *Creemos que la característica esencial que diferencia al proceso constitucional del proceso común es la inmediatez en la obtención del resultado en la tutela de la libertad del imputado. En efecto, no podemos decir que la diferencia esencial es la efectividad, por cuanto el proceso común, con sus respectivos medios de impugnación, es tan eficaz como un proceso constitucional. Por ejemplo, la revocatoria de mandato de detención dictado con manifiesta vulneración de la tutela procesal efectiva bien se puede obtener en el proceso común, bien en el proceso constitucional; sin embargo, en ambos, el resultado no se obtiene con la misma rapidez o inmediatez.*

[23] *En Dialogo con la Jurisprudencia, año 7, n.º 30, marzo, 2001, p. 129.*

al interés del afectado: *utilizar el medio más eficaz, inmediato, rápido y sencillo* que pueda hacer cesar la vulneración, amenaza o limitación de su libertad.

No obstante lo expuesto, es oportuno expresar que el carácter manifiesto de la vulneración de la *tutela procesal efectiva* y de la libertad personal no es el único supuesto, a nuestro criterio, en el que se debe prescindir del carácter firme de la resolución.

También habrá otras situaciones, como el caso *fortuito o fuerza mayor*, que impidan la interposición de los recursos pertinentes al interior del proceso. La práctica procesal penal nos ha enseñado que, por ejemplo, la huelga de los trabajadores del Poder Judicial es una situación que impide la interposición de los recursos pertinentes para cuestionar la validez de una resolución judicial que vulnera la tutela procesal efectiva y la libertad personal. Conocimos de cerca el caso de un procesado a quien se le había dictado impedimento de salida del país en un proceso penal por un delito cuya pena máxima era dos años; sin entrar en mayores detalles, podemos decir que dicha medida era totalmente arbitraria, más aún teniendo en cuenta que dicho procesado vive y labora en el extranjero. El procesado, debido a la huelga, se vio ante la imposibilidad de interponer cualquier medio de impugnación y tuvo que esperar el termino de la huelga (cincuenta días aproximadamente) para que, por lo menos, se le suspenda dicha medida y así poder retornar a su trabajo en el extranjero.

En casos como este, es evidente que el juez constitucional no puede resolver la no procedencia del proceso de hábeas corpus por esperar que la resolución que viole la *tutela procesal efectiva* y la libertad personal previamente adquiera firmeza. Una respuesta como esta ante un problema tan cierto, concreto y nocivo para la libertad del imputado carecería de razonabilidad y de lógica.

Otro de los supuestos donde no se debería esperar el carácter firme de la resolución que vulnera la tutela procesal efectiva y la libertad personal es aquel en el que, no obstante la utilización de los medios impugnatorios al interior del proceso, estos no son resueltos en el plazo establecido por la ley o dentro de un plazo razonable. Estando en juego la vulneración, amenaza o limitación de la libertad personal, los medios de impugnación destinados a atacar a la misma deben ser resueltos dentro del plazo establecido por la norma o en un plazo razonable; lo contrario sería una muestra de desinterés, falta de diligencia o incapacidad del Estado por atender situaciones de suma urgencia, cuyas consecuencias (retardo en la solución) no pueden ser cargados al afectado.

V. Nuestra propuesta legislativa

Teniendo en cuenta lo expuesto, proponemos que el artículo 4 del CPCL sea redactado de la siguiente manera:

> El Habeas Corpus procede contra resoluciones judiciales firmes que vulneran la Tutela Procesal Efectiva y la libertad personal. El carácter firme de la resolución no es exigible en los siguientes casos:
>
> 1.- Cuando la vulneración es manifiesta, indudable, patente, innegable;
> 2.- En caso fortuito o de fuerza mayor que hagan imposible la interposición de los recursos pertinentes al interior del proceso judicial donde se dictó la resolución;
> 3.- Cuando no se observen los plazos establecidos por la ley o un plazo razonable para resolver los recursos interpuestos contra la resolución que vulnera la Tutela Procesal Efectiva y la libertad personal.

Pensamos que esta propuesta responde a la relevancia e importancia de la libertad individual y del daño irreparable que puede causar su vulneración, amenaza o limitación de no ser resuelto con la *inmediatez* que el caso amerita; por ello, el imputado debe contar con los instrumentos jurídicos necesarios que le permitan, de manera *inmediata y eficaz*, hacer frente a los actos arbitrarios que le impiden gozar plenamente de su libertad individual.[24]

Por ello, ese instrumento inmediato y eficaz, cual es el proceso constitucional de hábeas corpus, se encuentra consagrado, incluso, en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Así, por ejemplo, el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos nos dice:

> Toda persona tiene derecho a un recurso *sencillo y rápido* o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, *aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales* [la cursiva es nuestra].

---

[24] *Castañeda Otsu, Susana. Op. cit., p. 273, citando a Ramón Soriano, dice: «Cabe preguntarse si la libertad personal, debe ser protegida de manera diferenciada respecto de los demás derechos. Siguiendo a Ramón Soriano la respuesta es afirmativa, ya que la libertad personal conocida también como libertad individual, libertad física, libertad de movimiento o libertad deambulatoria, es una manifestación básica de la libertad, de mayor excelencia que otro tipos de libertad (expresión, de reunión, de tránsito, etc.) cuya violación es difícilmente reparable y que por lo mismo debe ser especialmente contemplada por el Derecho y sus instrumentos procesales».*

Siguiendo esta tendencia, el Tribunal Constitucional, citando la opinión consultiva OC/8/87 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dice:[25]

> La Comisión [sic] Interamericana de Derechos Humanos ha equiparado el derecho al recurso *sencillo, rápido* y efectivo con los procesos de amparo y habeas corpus (Opinión Consultiva OC/8/87, párrafo 32). De esta forma, de consuno, tanto el ordenamiento constitucional como el ordenamiento supranacional regional reconocen el derecho constitucional a la protección judicial de los derechos fundamentales. Protección judicial a la que se debe promover su acceso, aun si los actos que ocasionan agravo de los derechos constitucionales son expedidos «por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales», dentro de los cuales, naturalmente, se encuentran comprendidos los jueces [el subrayado es nuestro].

V. Conclusiones

1. Primera conclusión

En la ley 23506 y su ley complementaria, el proceso constitucional de hábeas corpus procedía ante un proceso irregular por interpretación a *contrario sensu* de los artículos pertinentes; sin embargo, a efectos de la procedencia del hábeas corpus, dicho proceso irregular debía estar directamente vinculado con la vulneración de las garantías constitucionales mínimas (debido proceso legal y tutela judicial efectiva) y, a su vez, la vulneración de los mismos debía implicar la vulneración, amenaza o limitación de la libertad personal; así lo llegó a establecer la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la doctrina.

2. Segunda conclusión

Cuando la vulneración de la tutela procesal efectiva y la libertad individual del imputado, contenida en una resolución judicial, *es manifiesta, evidente patente e indudable* no se debe esperar que dicha resolución adquiera firmeza para acudir a un proceso constitucional de hábeas corpus.

3. Tercera conclusión

El carácter firme de la resolución que vulnera la tutela procesal efectiva y la libertad personal no debería ser exigible en caso de que la vulneración sea

[25] *En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/1230-2002-HC.html>.*

manifiesta, cuando por caso fortuito o fuerza mayor sea imposible interponer los recursos pertinentes al interior del proceso o cuando, no obstante haber interpuesto los recursos impugnatorios, estos no sean resueltos en el plazo previsto por la norma o dentro de un plazo razonable.

La posición de América Latina en el contexto de la globalización

Carlos Bernal Pulido*

I. Planteamiento del problema

La globalización está transformando nuestra manera de concebir las relaciones entre el individuo y lo público. A lo largo del siglo XX, estas relaciones se articulaban con base en un modelo Keynesiano-Westfaliano. Este modelo partía de la suposición de que el Estado nacional era la institucionalización idónea de lo público. Las relaciones entre el individuo y lo público se identificaban con las relaciones entre el ciudadano y su Estado, aquel Estado que, mediante su ordenamiento jurídico, ejercía un dominio sobre el territorio nacional.

El elemento definitorio de este modelo Keynesiano-Westfaliano es el principio de territorialidad del Estado.[1] De acuerdo con este principio, las discusiones sobre la justicia deben llevarse a cabo siempre dentro del marco estatal. En América Latina, estas discusiones han girado predominantemente en torno a dos aspectos: la redistribución y el reconocimiento. En el aspecto distributivo, las discusiones sobre la justicia se han referido a qué libertades —en el Estado liberal de derecho— y qué derechos a disponer de medios materiales —en el Estado social de derecho— debe tener cada ciudadano para que el modelo de sociedad pueda considerarse justo. Por su parte, en el aspecto del reconocimiento, minorías rezagadas en la asignación de libertades o derechos a disponer de medios materiales han denunciado la existencia de jerarquías institucionalizadas que, desde un punto de vista cultural, les han negado por entero o de forma desigual el reconoci-

* *Profesor de Derecho Constitucional e Introducción al Derecho de la Universidad Externado de Colombia.*

[1] *Cfr., sobre este principio,* BALDWIN, *T. «The Territorial State». En H. Gross y T. R. Harrison (eds.). Jurisprudence, Cambridge Essays. Oxford: Clarendon Press, 1992, p. 207 y ss.*

miento idóneo para una participación, en pie de igualdad, de la interacción económica, política y social. Las reivindicaciones de las minorías étnicas y las de igualdad de género son manifestaciones de la dimensión que han adquirido las discusiones acerca de la justicia. De todas estas discusiones, la opinión pública nacional ha sido por tradición el árbitro supremo.

Debe señalarse que, incluso los movimientos guerrilleros y terroristas, que han pretendido la desestabilización y el vuelco de los sistemas políticos latinoamericanos o el cambio de gobierno, han enderezado sus operaciones en el marco del Estado. Las pretensiones, legales e ilegales, legítimas e ilegítimas, de transformación de lo público se han enfocado hacia la metamorfosis del Estado. Sin embargo, hasta los últimos años, ellas nunca pusieron en jaque el marco estatal ni propusieron su transformación por uno de mayor alcance.

El marco estatal ha sido asimismo la sede nacional para la estructuración de las relaciones de representación política. Dentro del Estado es que se ha pretendido configurar el ideal rousseauniano de construcción de la voluntad general, que, en teoría, permitiría que el sujeto continuara gozando de autonomía, a pesar de la naturaleza heterónoma del derecho.[2] La representación política dentro del Estado habría de posibilitar que el ciudadano que elige a sus representantes mediante el voto se convirtiera en autor indirecto de las normas jurídicas que él mismo, ulteriormente, habría de obedecer. Esta ecuación no solo habría de organizar la democracia masificada, sino que, además, habría de legitimar la obediencia al derecho por parte de todos sus destinatarios. El derecho se consideraría, de esta manera, como la formalización de la justicia construida por la vía democrática. Del mismo modo, por efecto de esta ecuación, las votaciones se han convertido en la expresión más palpable de la democracia y la regla de la mayoría, en su más depurada esencia. Esta regla no solo ha dictaminado el nombre y el estandarte de los representantes del pueblo en el Congreso y en el Gobierno, sino que, asimismo, ha sido el mecanismo apropiado para zanjar todas las disputas sobre justicia social, distribución de beneficios y cargas y disfrute de derechos.

En todo caso, el modelo Keynesiano-Westfaliano ha presupuesto la igualdad en la participación y en la representación política dentro del Estado de todos los sujetos relevantes políticamente. Como bien se sabe, en un principio, la categorización de los sujetos relevantes políticamente no fue universal. La institucionalización de las primeras democracias en América Latina, tras la independencia de España, se fundamentó en un concepto restringido de ciudadano. Al igual que en la Europa ilustrada, esta categoría estuvo

---

[2] *Cfr.* ROUSSEAU, *J. J. El contrato social. Madrid: Taurus, 1969, p. 25 y ss.*

reservada, en un inicio, a los varones propietarios. Las mujeres no eran dignas de la cosa pública, tal como argumentó deplorablemente Rousseau en el *Emilio*, al paso que la propiedad era la legitimación para intervenir en la deliberación ciudadana. Junto con ello, y de manera análoga en ciertos aspectos a lo que acaeció en los Estados Unidos, la segregación racial de esclavos e indígenas impidió, en un comienzo, la universalidad de la categoría de sujeto políticamente relevante. Con todo, las luchas sociales condujeron a la universalidad de la ciudadanía, es decir, a legitimar la participación en el proceso político en condiciones jurídicas de paridad. Así, el advenimiento del Estado social, a lo largo del siglo XX y a partir de la Constitución de Querétaro de 1917, ha permitido que dichas condiciones de paridad, en algunos aspectos —pues aún falta mucho por andar—, sean también reales.

La globalización, sin embargo, ha puesto en evidencia que, en América Latina y en el mundo entero, las posibilidades que tenga el individuo de vivir una buena vida ya no dependen solo del Estado, sino de procesos que superan sus fronteras territoriales, de procesos supraestatales, internacionales o, incluso, no estatales.[3] Los latinoamericanos sentimos que muchos de los procesos que afectan nuestras vidas dependen de decisiones que se toman en otros Estados —particularmente en los Estados Unidos—, de la voluntad de empresas transnacionales, de organizaciones supranacionales o internacionales de tipo gubernamental o no y de la opinión pública internacional que fluye a través de la red. Sentimos cada día más que decisiones ajenas a nosotros desencadenan afectaciones para nuestras vidas, sin que, incluso, nuestra Constitución o nuestras instituciones políticas puedan hacer nada. Por ello, ¡para muchos filósofos políticos y actores sociales, el Estado ya no puede ser considerado como la institucionalización idónea de lo público, es decir, como el ente adecuado para decidir aquello que sea justo, para determinar cómo ha de hacerse la distribución de derechos y cargas y el reconocimiento de estatus. La filosofía política y el derecho constitucional miran cada día más hacia la globalización, al paso que ya no solo las empresas, sino también los sindicatos, los movimientos sociales, las minorías étnicas y religiosas, los activistas de derechos humanos y los ecologistas buscan una expansión cosmopolita.

La globalización hace necesario cuestionar la legitimidad del marco estatal. En la actualidad, es imprescindible preguntarse cuál debe ser el marco apropiado dentro de la globalización que, al dejar atrás el modelo Keynesiano-

---

[3] *En la reconstrucción de esta crítica al modelo Keynesiano-Wesfaliano, sigo a* FRASER, *N. «Re-framing Justice in a Globalizing World». En Law and Justice in a Global Society. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 2005, p. 85 y ss.*

Westfaliano, permita a América Latina una participación política en condiciones de igualdad para tratar los problemas de justicia distributiva y de reconocimiento. Y, más aún, es indispensable plantearse la interrogante de cómo debe construirse dicho marco y qué reglas de participación política deben observarse para que dicha construcción ofrezca a América Latina una participación política en condiciones de igualdad.

El objetivo de esta ponencia, que constituye un resultado parcial de investigación, es tratar tres aspectos que tienen que ver con el déficit de igualdad en la representación política que América Latina sufre tras la puesta en marcha de la globalización con base en el modelo Keynesiano-Westfaliano. Dichos aspectos son el déficit de representación política de América Latina en la construcción del marco de la globalización; el déficit de representación política de América Latina y el disfrute inequitativo de libertades y derechos sociales; y, por último, el déficit de representación política que se origina por la emigración.

Estos tres aspectos generan un déficit de representación política de América Latina en la globalización, porque impiden la participación de los ciudadanos del subcontinente en condiciones de igualdad en la toma de decisiones de alcance global. De esta manera, por lo menos en cuanto se refiere a América Latina, se afecta la legitimidad de las decisiones que se adoptan con este déficit. Como sostiene Habermas, basado en el principio del derecho de Kant, la legitimidad del derecho y de toda decisión política se basa en última instancia en un mecanismo comunicativo: como participantes en discursos racionales los miembros de una comunidad jurídica han de poder examinar si la norma o la decisión de que se trate encuentra o puede encontrar el asentimiento de todos los posibles afectados.[4] Desde este punto de vista, los tres factores que a continuación abordaremos impiden que los ciudadanos de América Latina, a pesar de resultar afectados por ciertas decisiones y normas propias de la globalización, demos o podamos dar nuestro asentimiento a ellas. Tras su estudio, y para concluir, se sugerirán algunas vías de posible solución.

II. El déficit de representación política de América Latina en la construcción del marco de la globalización

El déficit más notable de igualdad de representación política de América Latina es el que concierne a su participación en la construcción de un

[4] *Habermas, J. Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid: Trotta, 1998, p. 168.*

marco que supere al marco Estatal y que sea apropiado para enfrentar los retos de justicia dentro de la globalización.

Como es bien sabido, la globalización no implica la desaparición del Estado, sino un debilitamiento de su poder hacia el interior y el exterior para permitir el fortalecimiento de los intercambios y las comunicaciones transnacionales. La globalización es un «conjunto multidimensional de procesos sociales que crea, multiplica, despliega e intensifica intercambios e interdependencias sociales en el nivel mundial, a la vez que crea en las personas una conciencia creciente de conexión cada vez mayor entre lo local y lo distante».[5] La globalización presupone el desmantelamiento de las barreras de protección económica de los Estados[6] para permitir el libre tránsito de capitales y mercancías y la interdependencia mundial. Asimismo, lleva aparejada la imposición a cada Estado de una política de no intervención en la economía, que se concreta en medidas consistentes, por ejemplo, en abstenerse de subsidiar la producción de ciertas mercancías o de imponer barreras arancelarias a productos provenientes del exterior, a fin de permitir así la libre competencia.

Esta pérdida del poder regulador del Estado lleva consigo su transferencia a otras instancias internacionales —como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y la Organización Mundial del Comercio— y a las empresas transnacionales, así como su capitulación frente a los efectos de las leyes del mercado. En estas circunstancias, los ciudadanos de cualquier país tendrán una participación política efectiva en la toma de decisiones concernientes a la globalización en la medida en que sus representantes puedan participar en las deliberaciones que tienen lugar en el seno de estos organismos. Mientras, como ocurre con América Latina, nuestros representantes no tengan voz propia e influyente en condiciones de equidad en estos organismos, nosotros solo seremos destinatarios del derecho de la globalización, pero no autores, aunque sea indirectos, de sus regulaciones. Sufriremos un déficit de representación política que repercutirá en el desconocimiento de nuestros intereses, que resultarán afectados en todo caso por las decisiones que estos órganos adopten.

En este aspecto, el esquema de relaciones entre el individuo y lo público sufre una aguda distorsión no solo en lo que concierne al ejercicio de las libertades y a la satisfacción de las necesidades básicas, sino también al ejercicio de los derechos democráticos mediante la representación política. Ya no puede seguir afirmándose que la satisfacción de estas libertades y

---

5 STENGER, M. *Globalization: A Very Short Introduction. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 13*

6 STIGLITZ, J. E. *El malestar en la globalización. Madrid: Taurus, 2002, p. 34.*

necesidades y de dichos derechos constituye el fundamento y el fin del Estado, como quiera que ella comienza a depender de la política económica que hoy día, sobre todo en el mundo subdesarrollado, está hecha a la medida de las directrices del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional y de los intereses de las empresas transnacionales. Y, a su vez, no puede seguir sosteniéndose que uno de los pilares de la relación entre el individuo y la comunidad política es la participación de aquel en las reglas que gobiernan a esta última, dado que las directrices de estos organismos internacionales de política económica —el gobierno de la globalización— están trazadas por técnicos provenientes de los países industrializados y vinculados a los intereses de las empresas más poderosas.[7] La globalización ha implicado la pérdida, en un grado elevado, del control que tiene el Estado sobre su propia economía. La economía de cualquier Estado puede verse afectada por desestabilizaciones repentinas, ocasionadas por la huida de capitales o por decisiones adoptadas por parte de las transnacionales,[8] sin que los órganos de gobierno interno puedan adoptar medidas enteramente eficaces para paliar los efectos negativos de una crisis.

En este nuevo panorama, entonces, el Estado latinoamericano deja de ser *de facto* el principal referente de la comunidad política, aquel que con su acción fundamentada en el ejercicio democrático puede garantizar al individuo un mínimo vital y proporcionarle los medios indispensables para el ejercicio de su libertad. Su posición como destinatario de los derechos fundamentales prestacionales y de participación política se vuelve enteramente formal; se asemeja a la de un convidado de piedra que permanece inmóvil

---

[7] *Cfr., sobre esta crítica, Ib., p. 44: «Las instituciones [el FMI y el Banco mundial] están dominadas no sólo por los países industrializados más ricos sino también por los intereses comerciales y financieros de esos países, lo que naturalmente se refleja en las políticas de dichas entidades. La elección de sus presidentes simboliza esos problemas y con demasiada asiduidad ha contribuido a su disfunción. Aunque casi todas las actividades del FMI y el Banco Mundial tiene hoy en el mundo subdesarrollado (y ciertamente todos sus préstamos), estos organismos siempre están presididos por representantes de los países industrializados (por costumbre o acuerdo tácito el presidente del FMI es siempre europeo, y el del Banco Mundial siempre es norteamericano). Éstos son elegidos a puerta cerrada y jamás se ha considerado un requisito que el presidente posea alguna experiencia sobre el mundo en desarrollo. Las instituciones no son representativas de las naciones a las que sirven [...]. Los problemas también derivan de quien habla en nombre del país. En el FMI son los ministros de hacienda y los gobernadores de los bancos centrales. En la OMC son los ministros de Comercio. Cada uno de estos ministros se alinea estrechamente con grupos particulares en sus propios países. Los ministros de comercio reflejan las inquietudes de la comunidad empresarial, tanto los exportadores que desean nuevos mercados abiertos para sus productos como los productores de bienes que compiten con las importaciones».*

[8] *Cfr. Held, D. La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita. Barcelona: Paidos, 1997, p. 162 y ss.*

ante los efectos que las políticas globales proyectan sobre su población. Los deberes de acción que le imponen los derechos fundamentales terminan cediendo ante los deberes de abstención que le impone la globalización.[9] Como ha subrayado Oswaldo de Rivero en su trepidante libro *El mito del desarrollo,* el Estado, aquel antiguo leviatán, poderoso y soberano, temible pero inexorable, «se ha autodegradado» para convertirse en un «vicario del capitalismo global»[10]. Y este declive del Estado no ha sido compensado con la creación de un sistema democrático transnacional, gobernado por un «derecho democrático cosmopolita» como el propuesto por David Held.[11] Aún no se ha fundado un sistema en el que se aumente la simetría entre quienes toman las decisiones y quienes se ven afectados por ellas y en el que las empresas transnacionales que imponen las reglas del mercado sean responsables ante los ciudadanos de todo el mundo, que son precisamente los destinatarios de sus decisiones.

Lo cierto es que la participación política de América Latina en la configuración del marco de la globalización es aún muy precaria. Y ello no solo obedece al déficit de representación política en los órganos de control, sino a la carencia de empresas transnacionales fuertes y al empobrecimiento que ha sufrido por la globalización.

Ya es un lugar común la sentencia que condena a las políticas que han gobernado la economía mundial durante las últimas décadas por haber hecho a los ricos cada vez más ricos y a los pobres cada vez más pobres. Como denuncia Stiglitz, las cifras son escalofriantes: «En la última década del siglo XX el número de pobres ha aumentado en casi cien millones. Esto ha sucedido al mismo tiempo que la renta mundial total aumentaba en promedio un 2.5 por ciento anual».[12] La política cínica de pretender ayudar a países como los de América Latina, ordenando la apertura de sus mercados, mientras los países industrializados protegían los suyos;[13] la concentración de la tecnología y de la mano de obra calificada en Estados Unidos, Europa y Japón; la depreciación de las materias primas y de las manufacturas no industriales; la vigencia de férreas leyes de propiedad intelectual confeccionadas en

---

9 *Cfr. HABERMAS, J. «La constelación posnacional y el futuro de la democracia». En La constelación posnacional. Ensayos políticos. Barcelona: Paidos, 2000, p. 104 y ss.*

10 *RIVERO, O. de. El mito del desarrollo. Los países inviables en el siglo XXI. 2.ª ed. Lima: Fondo de Cultura Económica, p. 53.*

11 *HELD, D. Op. cit., p. 44. Asimismo, véase Id. «Principles of Consmopolitanism Order». En Law and Justice in a Global Society. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 2005, p. 145 y ss.*

12 *STIGLITZ, Joseph E. Op. cit., p. 30.*

13 *Ib., pp. 17 y 31.*

la Ronda de Uruguay a la medida de los productores y no de los consumidores; y la depredación de la ecología han polarizado al mundo en una especie de *apartheid* económico global en el que se distingue, por un lado, una aristocracia de dominadores, interconectados en red, que se juegan la suerte del planeta en los centros financieros y que gobiernan el mundo haciendo *lobbie* ante los gobiernos más poderosos y los organismos multilaterales; y, por otro, un contingente cada vez más numeroso de excluidos, desempleados o trabajadores en condiciones precarias, que deambulan en los cinturones de miseria de las urbes del mundo subdesarrollado o intentan emigrar en condiciones poco dignas. Desde esta perspectiva, la globalización es contradictoria: incluye a todas las regiones y grupos humanos del planeta en el juego del capitalismo y, al mismo tiempo, excluye a ciertas regiones y grupos de sus beneficios. A su vez, el círculo se cierra y se vuelve perpetuo, pues los países que no pueden participar de los beneficios de la globalización tampoco pueden, por ello, participar en la confección del marco globalizado. Como consecuencia, las reglas globalizadas no tomarán en cuenta sus intereses y necesidades y, por ello, los excluirán de nuevo de sus beneficios.

III. El déficit de representación política de América Latina y el disfrute inequitativo de libertades y derechos sociales

En estas condiciones, los hasta ahora llamados países en desarrollo, la mayoría de los latinoamericanos entre ellos, devienen víctimas de una suerte de darwinismo económico internacional que parece convertirlos más bien en países inviables.[14] En los países inviables, la fundamentación del Estado en la necesidad de proteger los derechos fundamentales del individuo, sobre todo las libertades y los derechos sociales, adquiere un tinte quimérico —piénsese tan solo en el derecho al trabajo y el derecho a alimentarse— cuando no el de un ardid retórico para justificar la nuda explotación.

Tiene razón José María Rosales cuando afirma que, en este esquema del Estado nacional, es decir, en el modelo Keynesiano-Westfaliano, «la ciudadanía define el modo de pertenencia de los individuos a la comunidad política» y, al mismo tiempo,[15] se convierte en la clave de acceso a los derechos de libertad, a los derechos de participación en la actividad del Estado

---

[14] *Rivero, O. de. Op. cit., pp. 97 y ss.*

[15] *Rosales, J. M. Patriotismo, nacionalismo y ciudadanía: en defensa de un cosmopolitismo cívico. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n.º 4. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997, pp. 21 y 41.*

y a los derechos de bienestar económico y social.[16] Solo el ciudadano es quien disfruta con toda plenitud de los derechos fundamentales liberales, democráticos y prestacionales.[17] Como quiera que la protección de los derechos implica un alto costo, esta no puede extenderse a todos los individuos. La ciudadanía es el criterio —internamente inclusivo y externamente exclusivo—[18] mediante el cual se delimita el grupo de titulares de los derechos de cuyo goce el Estado es responsable directo.

En el modelo Keynesiano-Westfaliano, el Estado es responsable de garantizar al individuo el ejercicio de su libertad y sus derechos sociales y democráticos. Como bien se sabe, este es precisamente el mayor de los fundamentos y las finalidades del Estado en los más conocidos escritos de filosofía política. La idea central consiste en que el individuo está investido de ciertas facultades básicas que le son inherentes y que no puede ejercer si el Estado no las protege mediante su actuación. Esta idea ha justificado la existencia del Estado desde la óptica de las teorías liberal, democrática y del Estado social.

De acuerdo con la tesis liberal, la finalidad del Estado es proteger el ejercicio de la libertad y los bienes personalísimos del individuo. Locke, por ejemplo, sostuvo que la legitimidad del poder del Estado descansa sobre la base de la protección de la «vida, libertad y hacienda» del individuo o, en sus propias palabras, que «el fin supremo y principal de los hombres al unirse en repúblicas y someterse a un gobierno es la preservación de sus propiedades».[19] Por su parte, Kant señaló que la principal directriz de la acción del Estado es el conocido *«principio general del Derecho»*, según el cual, «una acción es conforme a derecho cuando, según ella, la libertad de arbitrio de cada uno puede conciliarse con la libertad de todos, según una ley general».[20] Este principio muestra claramente cómo Kant atribuye al Estado, y en particular a la legislación, la labor fundamental de proteger y armonizar la libertad de todos los individuos.

Para Rawls, en un sentido similar, la persona está caracterizada por dos facultades morales que constituyen el núcleo de sus atributos como sujeto

---

16 *Ib., p. 43.*

17 *Cfr., sobre el concepto y las diferencias entre estas clases de derechos,* BERNAL PULIDO, *C. «Capítulo III». En El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. 2.ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.*

18 *Cfr., sobre esta característica de la ciudadanía,* BRUBAKER, *R. «Capítulo I». En Citizenship and Nationhood in France and Germany. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1992.*

19 LOCKE, *J. Dos ensayos sobre el gobierno civil. Madrid: Espasa Calpe, 1991, p. 293.*

20 KANT, *I. Introducción a la teoría del derecho. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1978, p. 80.*

libre y cuya protección está atribuida al Estado. La primera facultad moral consiste en la aptitud de tener un sentido de la justicia —capacidad de ser «razonable», en la terminología de este autor—.[21] Por su parte, la segunda facultad se define como la «capacidad para albergar una concepción del bien» —capacidad de ser «racional»—.[22] La primera facultad moral se identifica con la disposición humana para tomar parte de manera consciente en la cooperación social y para respetar los términos en que esta se desenvuelve. La segunda facultad moral, en cambio, se refiere a la capacidad de proponerse objetivos y de «perseguir una concepción de lo que consideramos que en la vida vale la pena».[23] Entre las dos facultades existe una relación manifiesta: mientras la primera alude a los presupuestos individuales de la asociación política, la segunda recalca las posibilidades que esta asociación reconoce al individuo.

Estas dos facultades morales sirven de criterio para determinar la lista de libertades básicas del individuo que deben ser protegidas por toda comunidad política justa. De las facultades morales de la persona se deriva el inventario de libertades que han de ser tenidas en cuenta por los fundadores del Estado y que luego han de materializarse en el catálogo de derechos fundamentales.[24] De acuerdo con Rawls, de este catálogo solo pueden formar parte las libertades que sean «esenciales» para el desarrollo de las capacidades de la persona, es decir, las libertades de pensamiento y de conciencia, las libertades políticas de asociación, las libertades físicas y de integridad de la persona y los derechos y libertades implícitas en el principio de legalidad.[25]

En segundo lugar, la teoría democrática también ha esbozado una concepción del sujeto, compuesta por un conjunto de atributos o facultades básicas, cuya protección representa el fundamento y la finalidad del Estado. La clave de esta concepción se encuentra en el concepto de autonomía y aparece ya expuesta *in nuce* en el ideal de Rousseau de «encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no se obedezca sin embargo más que a sí mismo, y permanezca así libre».[26] La teoría democrática propugna la atribución al individuo de la mayor

---

[21] *Rawls, J. El liberalismo político. Trad. de A. Doménech. Barcelona: Grijalbo - Mondadori, 1996, p. 49 y 338.*

[22] *Ib., p. 338.*

[23] *Ib., loc. cit.*

[24] *Ib., p. 330.*

[25] *Ib., p. 328.*

[26] *Rousseau, J. J. Op. cit., p. 25.*

capacidad posible para darse normas a sí mismo; defiende un entendimiento del hombre como sujeto soberano, capaz de autogobernarse, que tiene el derecho de no obedecer más que a sus propios designios.

Esta idea central de la teoría democrática ha conocido, en las últimas décadas, un vigoroso auge en la teoría del discurso pergeñada por J. Habermas y algunos de sus discípulos. El concepto de persona democrática o de persona deliberante es el más relevante de los desarrollos de la teoría del discurso si la observamos desde el punto de vista de los derechos fundamentales. Así como Rawls ha esbozado un concepto liberal de persona, los defensores de la teoría del discurso han expuesto las características antropológicas que su concepción presupone. Como es bien sabido, en la teoría de Habermas, la clave de funcionamiento del Estado y del derecho se halla en el llamado principio del discurso. De acuerdo con este principio, solo deben ser consideradas normas válidas aquellas a las que todos los afectados puedan prestar su asentimiento en calidad de participantes en discursos racionales.[27] De esta equivalencia entre el principio del discurso y el principio democrático se deriva que el concepto de persona presupuesto por el principio democrático se identifica con el concepto de persona que exige el principio del discurso o, en otros términos, que la persona democrática es la persona deliberante en un discurso racional.

El principio del discurso presupone una persona capaz de deliberar y de prestar su asentimiento. Esta circunstancia permite explicar por qué, desde el punto de vista de la teoría del discurso, el concepto de persona se articula básicamente en torno a la capacidad de discernimiento de cada individuo («*Zurechnungsfähigkeit*»). Esta capacidad se define como la habilidad indispensable que cada hablante debe poseer para tomar parte en la comunicación.[28] La capacidad de discernimiento engloba dos facultades susceptibles de ser predicadas de la persona: por una parte, la capacidad para hacer afirmaciones y para defenderlas de la crítica con razones convincentes y, por otra, la capacidad de ser crítico con las afirmaciones de los demás y con las suyas propias, es decir, las aptitudes de crítica y autocrítica, a la última de las cuales se suma, además, la facultad de autocorrección.[29]

---

[27] *Habermas, J. Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Op. cit, p. 172.*

[28] *Habermas, J. Teoría de la acción comunicativa. T. ii: «Crítica de la razón funcionalista». Madrid: Taurus, 1987, p. 110.*

[29] *Günther, K. «Welchen Personenbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts? Überlegungen zum internen Zusammenhang zwischen deliberativer Person, Staatsbürger und Rechtsperson». En H. Brunkhorst y P. Niesen (eds.). Das Recht der Republik. Fráncfort del Meno, 1999, p. 83 y ss.*

Estas facultades son el objeto principal de protección de los derechos fundamentales y, en conjunto, como concepto democrático de persona, son el presupuesto del estatus de ciudadano. Por esta razón, desde el punto de vista de la teoría democrática, los derechos fundamentales prioritarios son los derechos políticos y la dimensión participativa de otros derechos liberales y prestacionales como la libertad de expresión e información o el derecho a la educación.

Por último, también la teoría del Estado social perfila una imagen del sujeto que debe ser protegido por el Estado y que se compone esta vez no de un conjunto de facultades sino de necesidades básicas. Según esta línea de pensamiento, ninguna concepción sobre el contenido de los derechos fundamentales, en cuanto fundamento del Estado, puede desconocer que «grandes sectores de la comunidad no pueden valerse por sí mismos».[30] De acuerdo con Tugendhat, uno de sus principales valedores en el ámbito filosófico, el sistema de derechos fundamentales no puede sostenerse sobre la presunción errada de que la sociedad está conformada enteramente por individuos capaces, autónomos y autosuficientes, que además intervienen en condiciones de igualdad en la toma de decisiones políticas. Por esta razón, su base no puede estribar en el concepto de libertad sino en el de necesidad o, con mayor precisión, de necesidades inherentes al hombre.

La idea de necesidades inherentes al hombre no es por entero incompatible con el liberalismo. Detrás de las nociones de libertad negativa y de autonomía, que fundamentan la concreción de los derechos fundamentales en deberes de abstención, subyace también el reconocimiento de que el individuo tiene la necesidad de elegir y de decidir su propio rumbo. No obstante, la idea de necesidad se extiende sobre otros planos soslayados por el pensamiento liberal. Esta idea también pone de relieve que la situación de carencia de los bienes indispensables para subsistir y para ejercer las libertades en que se encuentran vastos sectores de la población de los Estados es un hecho de relevancia social. De esto se sigue que el imperativo de satisfacer las necesidades básicas de toda la población fundamente ciertas reglas de cooperación que también integran el contenido de los derechos fundamentales. Estas reglas de cooperación desarrollan el principio de solidaridad,[31] conforman los derechos fundamentales prestacionales y prescriben

---

[30] *TUGENDHAT, E. Lecciones de ética. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 338 y ss.*

[31] *M. Borgetto ha señalado que el principio de solidaridad cumple la función de fundamentar en alguna medida ciertos derechos sociales. En esta dimensión, la solidaridad se entiende como un «deber colectivo de ayuda mutua», como un «verdadero principio de acción política». En BORGETTO, M. La notion de Fraternité en Droit Public Français. París: LGDJ, 1993, p. 398.*

deberes de actuar que tienen un doble efecto de irradiación.[32] Dichos deberes se proyectan, en primer lugar, sobre el propio afectado —a quien su estatus inicial como persona autónoma le impone una obligación de autoayuda— y sobre sus familiares y allegados, quienes tienen con el afectado un vínculo de solidaridad muy estrecho. Sin embargo, si estas obligaciones positivas no pueden ser satisfechas en esta primera instancia, se traspasan, de modo subsidiario, a todos y cada uno de los miembros de la sociedad que se aúnan en el Estado para procurar el correspondiente deber prestacional.[33] La ejecución de estos deberes prestacionales debe proveer el mínimo vital a todos los individuos y los bienes necesarios para el ejercicio de su libertad y sus derechos políticos.

Tras todo lo anterior, es pertinente reconocer que estos tres bastiones de la fundamentación de la comunidad política: libertades, derechos democráticos y necesidades, están construidos solo a la medida del marco estatal. Su estructuración no reconoce que, en el mundo globalizado, no todos los Estados están en las mismas circunstancias y que no todos pueden garantizar a sus ciudadanos las mismas libertades, derechos sociales y derechos democráticos en condiciones de igualdad. Es evidente que la ciudadanía se convierte en un factor de discriminación en el disfrute de estas ventajas entre los países dominantes y dominados de la globalización. En primer lugar, la globalización garantiza un máximo de libertades económicas y no económicas a los ciudadanos de los países dominantes, que en ocasiones es incompatible con las libertades de las que disfrutan los ciudadanos de los países que no participan en el gobierno global. La libertad de locomoción, de circulación personal, de establecimiento y de intercambio no está garantizada de la misma forma para personas naturales y jurídicas provenientes de estos dos ámbitos. Los ciudadanos de los Estados fuertes reciben mayor protección y garantía, fronteras libres y subvenciones para la expansión, y, de este modo, avorazan en la competencia mundial a los ciudadanos de estados más débiles.

En segundo lugar, la ciudadanía supone un límite al deber de solidaridad, que es el fundamento y la garantía de los derechos sociales. El Estado de bienestar está construido dentro de las fronteras estatales y se basa en

---

[32] *TUGENDHAT, E. Op. cit., p. 341 y ss.*

[33] *Del mismo modo, J. J. Gomes Canotilho ha hecho ver que el imperativo que se desprende de los derechos sociales vincula a todos los miembros de la sociedad y se hace efectivo sobre todo por los contribuyentes, quienes proporcionan al Estado los recursos necesarios para atender las prestaciones correspondientes. Véase GOMES CANOTILHO, J. J. «Metodología "Fuzzy" y "Camaleones normativos" en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales». Derechos y Libertades, n.º 6, 1998, p. 39 y ss.*

una obligación especial de dar ayuda prioritaria a los compatriotas. Esta intuición de particularidad, ampliamente aceptada, contradice, sin embargo, como ha mostrado recientemente Takikawa, la idea de universalidad apoyada por la moral kantiana y por el utilitarismo. Según esta idea, debemos tratar a los demás de igual forma, sin dar prioridad a nadie, sean cuales sean su raza, sexo, creencias religiosas o nacionalidad.[34] El estado de bienestar establece una barrera entre los que están adentro y los que están fuera de él. Solo asiste a los necesitados nacionales. De este modo, los estados de bienestar que tienen capacidad económica para solidarizarse con los necesitados se enfocan en sus propios ciudadanos y excluyen a los que no lo son. Por el contrario, muchos de los Estados de América Latina, si no todos, carecen de la capacidad económica real para atender las necesidades básicas ligadas a los derechos sociales de sus propios ciudadanos. Si esta circunstancia se combina con la intuición de particularidad en virtud de la cual estos ciudadanos no recibirán tampoco atención de otros Estados con mayor capacidad económica, se llegará entonces a la conclusión de que los derechos sociales de estos ciudadanos permanecerán siempre como una promesa incumplida de sus Constituciones y de los documentos internacionales que los contienen.

Por último, y como ya se mencionó en el aparte anterior, los ciudadanos de nuestros Estados tienen también individualmente un déficit de representación política en la globalización. La ecuación rousseaniana se rompe en nuestros Estados, pues nuestra voluntad no interviene en igualdad de condiciones en la construcción de la ley globalizada, es decir, en la conformación de la voluntad global. Mientras tanto, en el ámbito nacional, en el que en teoría aún alguna influencia debería tener, nuestra voluntad pierde terreno por la influencia del ámbito global. No solo no somos ciudadanos en el ámbito global, sino que somos menos ciudadanos en nuestro propio Estado, cuyas decisiones democráticas cada vez significan menos en su propio territorio. A nadie escapa la percepción de que la voluntad general del Estado depende cada vez menos de las decisiones de sus congresos y gobiernos y responde cada vez más a las imposiciones globales. El Estado no solo deja de actuar, sino que incluso actúa de conformidad con los dictados del capitalismo global.

---

[34] *Takikawa, H. «Can We justify the Welfare State in an Age of Globalization? Toward complex Borders». En Law and Justice in a Global Society. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 2005, p. 723 y ss.*

IV. Emigración y déficit de representación política

Otro de los esquemas básicos del modelo Keynesiano-Westfaliano es la visión clásica de la soberanía estatal, en la que se considera que la mejor manera de proteger los derechos humanos, la más legítima y eficaz, es mediante su institucionalización como derechos fundamentales oponibles por cada ciudadano a su propio Estado. Se entiende que se llega a la mejor forma de garantizar el respeto de los bienes y capacidades básicas del individuo, junto con la paz y la armonía internacional, cuando el Estado ejerce su soberanía sobre sus ciudadanos y cuando se respeta el principio de independencia de los Estados y de no intervención entre ellos.[35]

Debe reconocerse que este esquema ciertamente se basa en un argumento en principio plausible: el fundamento democrático de los derechos humanos.[36] Si el ámbito estatal es aquel en donde por excelencia se ejerce la democracia, es entonces en el marco del Estado en donde deben protegerse los derechos humanos y no en el contexto internacional ni en el dominio de otros Estados. La protección en el ámbito internacional debe reducirse a los casos en que el propio Estado sea quien vulnere los derechos y cuando su protección no se haya conseguido mediante los procedimientos internos. A este argumento se suma la idea de que la forma y el grado de cumplimiento de los derechos humanos debe depender siempre de las circunstancias fácticas y sociales. Estas circunstancias varían en uno y otro lado del planeta y el ámbito estatal constituiría un marco apropiado para determinarlas y para decidir cuál es la manera más pertinente para proteger los derechos humanos de acuerdo con ellas.[37]

La pregunta es, no obstante, si este esquema de protección de los derechos humanos mediante su institucionalización como derechos fundamentales del ciudadano puede funcionar adecuadamente en un mundo como el actual, en que los límites entre las sociedades se han diseminado como consecuencia de la globalización y de los actuales procesos migratorios,[38]

---

[35] *Cfr. KOLLER, P. «Die Internationalisierung der Menschenrechte und die Grenzen staatlicher Souveranität». En H. Brunkhorst, W. R. Köhler y M. Lutz-Bachmann. Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik. Fráncfort: Suhrkamp, 1999, p. 231.*

[36] *Cfr., sobre este argumento, MICHELMAN, F. I. «Brauchen Menschenrechte eine demokratische Legitimation?». En H. Brunkhorst, W. R. Köhler y M. Lutz-Bachmann. Op. cit., p. 52 y ss. También, en el mismo volumen, véase HABERMAS, J. «Der interkulturelle Diskurs über Menschenrechte», p. 216.*

[37] *Cfr. MICHELMAN, F. I. Op. cit., p. 62.*

[38] *También en este sentido parece argumentar KOLLER, P. «Der Geltungsbereich der Menschenrechte». En S. Gosepath y G. Lohmann. Philosophie der Menschenrechte. Fráncfort: Suhrkamp, 1999, pp. 101-102.*

que en gran medida son también producto de la pobreza que estos procesos económicos a escala mundial han engendrado. En otros términos, se trata de saber si, en estas condiciones actuales, el esquema de relaciones entre el individuo y la comunidad política basado en el concepto de ciudadanía, aunado con las restricciones para migrar a otros Estados diferentes del propio y para adquirir en ellos el estatus de ciudadano, consigue ser un esquema apropiado para proteger las facultades básicas de la persona, finalidad última de toda comunidad política.

Debido a la pobreza y a las guerras, según cifras del año 2000, más de 100 millones de personas viven fuera de su país de origen y, de este número, 20 millones son refugiados.[39] Bien puede pensarse que estas cifras representan solo un pequeño porcentaje de la población mundial. Sin embargo, aun en estas proporciones, la migración desafía tanto a los países de origen como a los de acogida. En los primeros, significa la devastación de múltiples estructuras familiares, culturales, económicas y sociales; la fuga de mano de obra y de ingenio; el escape de cerebros; y la correlativa disolución de las esperanzas de desarrollo y progreso. Los países de emigrantes, como muchos de América Latina, se hacen dependientes de las remesas provenientes del extranjero, que, en la mayoría de los casos, se invierten en bienes de consumo y, por ello, se alejan aún más de la creación de infraestructura y de redes tecnológicas e industriales que hagan competitivas a sus economías. En los países de acogida, la inmigración varía el panorama económico y cultural y exige redefinir la estructura de la demanda de trabajo y los valores de la comunidad. El migrante, por su parte, padece una situación de exclusión en los dos estadios. Emigra porque se considera excluido de las posibilidades de progreso en su lugar de origen y puede experimentar también la exclusión del mercado y la sociedad a la que se desplaza.

Por su parte, la política para contrarrestar la inmigración que se desarrolla en el seno de la globalización parece estar marcada por un sino de contradicciones.[40] Se garantiza el derecho de salir de cualquier país, pero no el de entrada a los países industrializados. La globalización pregona el imperio del liberalismo, pero se trata de un liberalismo amañado, que postula la libre circulación del capital pero no del trabajo. Los países pobres desdeñan la emigración de científicos y trabajadores muy cualificados, estos sí apetecidos por las multinacionales asentadas en el mundo desarrollado, al paso que los trabajadores no cualificados son repudiados por los primeros, que

---

[39] *Cfr.* CASTLES, *Stephen. «Globalization and Migration: some pressing Contradictions». En Ethnicity and Globalization. Londres - Thousand Oaks - New Delhi: Sage Publications, 2000, p. 125.*

[40] *Cfr., sobre algunas de estas contradicciones, ib., p. 125 y ss.*

los consideran una carga social, y rechazados también por los países industrializados. Las restricciones a la entrada de inmigrantes no logran contener el desplazamiento de los menesterosos, sino que abren espacio a un nuevo mercado: el mercado negro de la inmigración; el reino de las organizaciones ilícitas de trata de personas, que hacen del hombre moneda de cambio; y el imperio de la explotación laboral de los inmigrantes, que los convierte en los esclavos de nuestro tiempo.

Asimismo, los emigrantes sufren un déficit de participación política. La distancia les impide participar activamente en la deliberación pública de su propio país, al paso que la carencia de ciudadanía del país de acogida los hace sujetos del derecho sin capacidad absoluta de intervenir en su construcción. Por último, en palabras de Manuel Castels, se crea la tensión entre *the net and the self,* entre la red y el yo, entre lo global y lo provincial; el mundo industrializado tiende a querer, al mismo tiempo, dominar el planeta entero, extender sus productos y sus tentáculos a los confines de la tierra, y replegarse en sí mismo, proteger con muros sus fronteras y su cultura.

Estas contradicciones de la política migratoria de los países industrializados desconocen que, en una destacable medida, la migración es un producto natural de las políticas económicas globales, que ellos mismos han impulsado, y que, por tanto, es también una consecuencia indirecta de sus propias acciones. Los países receptores de inmigrantes son asimismo responsables en parte de la inmigración.[41] Las contradicciones de la política de inmigración que los países industrializados imponen al mundo globalizado hacen ineficaz a esta política y ponen de manifiesto la precariedad del modelo de relaciones entre el individuo y la comunidad basado en el sedentarismo y en la protección de las facultades básicas del individuo exclusivamente en forma de derechos fundamentales contra su propio Estado. ¿Acaso las facultades básicas de los inmigrantes o de los ciudadanos de los Estados que gobiernan los países subdesarrollados no son tan dignas de tutela como las de los ciudadanos de los países industrializados? ¿Puede aceptarse que la protección efectiva de estas facultades se rija por un régimen particular que escapa a la globalización y que confina la tutela del individuo a los avatares de cada unidad estatal, sin importar lo que allí ocurra? ¿Sucede entonces que la protección de estas facultades es el fundamento de la comunidad política en la era estatal, pero no en la era global? Lo más sensato parece ser aceptar el estruendoso fracaso del modelo tradicional de protección del individuo en el marco estatal. Pero, si es necesario descartar este

[41] *Cfr. Joppke, Ch. Inmigration and the Natio - State. The United States, Germany, and Great Britain. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 1 y ss.*

modelo, ¿qué alternativas restan? A continuación, exploraremos dos vías de salida: la República mundial y el modelo de los Estados interdependientes.

V. Hacia un nuevo marco de relación entre el individuo y la comunidad política

1. La República mundial

La primera alternativa posible al modelo tradicional es la República mundial. En este modelo, cuyos lineamientos se ajustarían en gran medida a lo esbozado por Kant en su ensayo sobre la paz perpetua, la ciudadanía dejaría de funcionar como un criterio exclusivo hacia el exterior. En otros términos, todos los seres humanos seríamos ciudadanos de un mismo Estado; la ciudadanía sería cosmopolita, absolutamente inclusiva y dejaría de cumplir sus funciones de criterio para discernir entre los seres humanos. Por esta misma razón, existirían sistemas de protección planetaria de las facultades básicas de todos los individuos por igual y cada ciudadano del mundo estaría vinculado jurídicamente por el deber de solidaridad que lo haría en parte responsable de la satisfacción de las necesidades básicas de sus congéneres, sin que pudieran mediar distinciones entre ellos.

Es muy probable que este modelo de República universal sea el más justo de todos los posibles. La ciudadanía cosmopolita sería el sustrato ideal para que el principio de universalidad de los derechos humanos se realizara en su óptima medida. Sin embargo, por lo menos al corto plazo, la implantación súbita de un sistema semejante no parece más que una utopía. Por una parte, cabe reconocer que, en la mayoría de los discursos legitimadores del poder público, el concepto de ciudadanía no tiene solo un carácter jurídico formal, sino que se suele emparentar con elementos culturales relativos a la existencia de una identidad nacional o de entendimientos y valores compartidos.[42] Independientemente del juicio que se tenga sobre lo correcto de estas posturas, o sea, sobre si algo semejante a una identidad nacional o a un grupo de valores compartidos pueda existir aun en los conglomerados humanos más homogéneos, lo cierto es que los discursos nacionales campean a sus anchas por los cinco continentes y no pueden ser desconocidos por entero. Por otra parte, permitir de golpe la migración irrestricta posiblemente devastaría aún más a los países pobres y causaría desajustes mayúsculos, culturales y económicos, en el mundo desarrollado. Es bien factible que un tránsito inopinado hacia la ciudadanía cosmopolita se

[42] *Ib., p. 6.*

pagara con más depredación e iniquidad que las hasta ahora existentes. La creación de la República mundial exige un proceso de evolución paulatino y estable, en el que la justicia vaya imponiéndose paso a paso al compás de la edificación de formas renovadas de democracia. La libertad planetaria de locomoción y de trabajo únicamente puede proceder de una deliberación entre los países de salida y de llegada y de estabilización entre ambos tipos de sociedades, en la que se escuche a los ciudadanos de unas y otras. Solo de esta manera se contaría con la opinión y la aceptación de todos los afectados y, poco a poco, se generarían los nexos de solidaridad entre unos y otros, sin los que la República mundial no sería nada distinto de un nuevo artificio para encubrir el estado de naturaleza, el reino de los poderes salvajes.

2. El modelo de los Estados interdependientes

La segunda alternativa consiste en establecer un modelo intermedio entre el hasta ahora existente y la República mundial. En este modelo intermedio, se conservaría la independencia de los Estados nacionales, pero se afianzaría su interdependencia en cuanto a la protección de las facultades básicas del individuo y la satisfacción de sus necesidades vitales mediante el fortalecimiento de los nexos de solidaridad entre unos y otros y, sobre todo, mediante la eliminación del déficit de igualdad de representación política en la globalización. Estos objetivos se lograrían fundamentalmente por medio de dos estrategias: la extensión de la democracia y de los principios de justicia social a la globalización y el diseño de las políticas de migración a escala mundial.

Para lo primero, es necesario que se consolide una opinión pública global y que se constituyan organismos de gobierno internacional, con una composición democrática, en la que se discutan las políticas económicas mundiales y se exija una responsabilidad política, social y ecológica a las empresas transnacionales y a los organismos financieros multilaterales —el FMI y el Banco Mundial—. El diseño de estas políticas debe dejar de ser una competencia exclusiva de los países industrializados y debe producirse mediante una deliberación en condiciones de equidad entre todos los afectados por ellas. El gobierno de la globalización debe incluir a todos los seres humanos y debe reflejar los intereses y las necesidades de productores y consumidores, de quienes ganan y quienes pierden con los intercambios mercantiles internacionales. Solo así podrá producir un reparto justo de las cargas y los beneficios económicos, ecológicos y humanos.

En lo que concierne al segundo aspecto, los países de acogida de los inmigrantes deben hacerse conscientes de que la política de inmigración no puede seguir considerándose como una manifestación soberana del derecho

de autodeterminación, que puede ejercerse con una discrecionalidad absoluta e irresponsable.[43] La política de inmigración es también un asunto que debe regirse por los principios de justicia que rigen el Estado constitucional democrático y debe responder a las exigencias de protección de los derechos humanos. También vulnera los derechos humanos una política que proteja los derechos fundamentales de los ciudadanos y eleve su umbral de satisfacción hasta las cotas más altas y a la vez soslaye los derechos humanos de los inmigrantes y del resto de la humanidad. En este mismo sentido, la política de inmigración debe dejar de depender en exclusiva de las necesidades de la clientela política y debe abandonar el terreno de la retórica electoral que intenta capturar el voto de los ciudadanos que ven en el inmigrante una amenaza contra su cultura y su derecho al trabajo. Más bien, debe aceptarse que la inmigración es una consecuencia natural de la globalización, que implica múltiples oportunidades de crecimiento para los países de acogida y representa una vía para la protección de las facultades básicas de un sinnúmero de individuos que no encuentran en sus propios países las condiciones políticas o económicas para llevar una existencia digna. La actitud frente al inmigrante debe ser de empatía, solidaridad y confianza, en vez de rechazo y menosprecio.

Asimismo, la política de migración debe dejar de ser un asunto interno de los países de acogida. Por el contrario, debe comenzar a ocupar la agenda de la discusión democrática en los encuentros bilaterales entre Estados y, sobre todo, en los foros internacionales y multilaterales. Ante el rotundo fracaso de las políticas represivas, lo idóneo es crear planes internacionales de mejoramiento de las condiciones económicas y sociales en los países pobres y programas de migración legal concertados por todos los afectados.

Por último, tanto en los países de partida como en los de acogida, es indispensable implementar políticas de reajuste económico y cultural para paliar los efectos de la migración. La integración del inmigrante en los países de acogida es uno de los mayores desafíos del milenio que ha comenzado. Las políticas que intentan paliar la discriminación —y las medidas jurídicas—[44] son, desde luego, la piedra angular de cualquier respuesta a este desafío. Sin embargo, esta también exige entablar un diálogo cultural entre los valores de la sociedad originaria del inmigrante y la sociedad de acogida. La integración necesita que esta última se interese por conocer los valores

---

[43] *Ib., pp. 2 y 17.*

[44] *Téngase como ejemplo la línea jurisprudencial norteamericana, que conoció su inicio en la sentencia Plyler frente a Doe, según la cual las diferenciaciones fundadas en la calidad de inmigrante deben ser consideradas como clasificaciones sospechosas y deben ser enjuiciadas mediante el test estricto de la igualdad.*

imperantes en las sociedades de donde proceden los inmigrantes e intente encontrar puntos de diálogo y equilibrio con los propios. No hay integración sin simbiosis cultural.[45] La dictadura de los valores de la sociedad de acogida es únicamente una puerta abierta para la segregación, los guetos, la opresión y el rechazo.

[45] *Cfr., en este sentido,* HABERMAS, J. *«Die interkulturelle Diskurs über Menschenrechte». Op. cit., p. 219.*

Implicancias del Código Procesal Constitucional peruano: la consagración de un amparo residual y el nuevo escenario para la tutela de los derechos constitucionales laborales

Christian Donayre Montesinos*

I. Sobre la tutela de los derechos laborales por medio del amparo en el Perú

Uno de los principales cambios que trajo consigo la ley 28237, más conocida como el Código Procesal Constitucional, ha sido el de recoger un proceso constitucional de amparo que comúnmente es denominado «residual»,[1] a diferencia del carácter alternativo que ostentaba antes con la ley 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo, y la ley 25398, que complementaba las disposiciones de la anterior. Aquel carácter alternativo que, antes de la ley 28237, identificaba al amparo condujo a una «ordinarización» de este proceso constitucional. Este fenómeno, al que en su momento también se denominó «amparización», durante el gobierno de Alberto Fujimori, con la flexibilización y la precarización en el empleo a las que conllevaron sus políticas, se hizo patente sobre todo cuando se exigía la tutela de derechos laborales.

Y es que, contrario a lo que suele ocurrir con el amparo en general y los derechos fundamentales de índole laboral en particular, los canales procesales previstos ordinariamente a los cuales recurrir ante, por ejemplo, un despido arbitrario, no fueron seguidos por el común de la gente, sino que, por las supuestas ventajas que conllevaba,[2] fue más bien el proceso de amparo la

---

* *Profesor titular de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú.*

1 *Néstor Pedro Sagüés alude al carácter «heroico» del amparo para explicar la naturaleza subsidiaria que ostenta este proceso constitucional en la gran mayoría de ordenamientos jurídicos, a los cuales hoy, con el Código Procesal Constitucional, se suma el nuestro. En ese sentido, véase su trabajo Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo. Vol. III. Buenos Aires: Astrea, 1988, p. 166.*

2 *Decimos supuestas ventajas debido a que, si bien en algunos casos el amparo se erigió*

vía más frecuentemente utilizada por aquellas personas que consideraban que se les había amenazado o lesionado algún derecho laboral constitucionalmente protegido, como puede ser la libertad de trabajo, el derecho al trabajo y el derecho a la estabilidad en el trabajo.

En efecto, tal como sostiene un sector de la doctrina,[3] la derogada ley 23506 contemplaba, en el primer inciso de su artículo seis, una disposición que, de acuerdo con la jurisprudencia sobre la materia, suponía un derecho de opción del cual gozaba el afectado. En virtud de dicho derecho de opción, él podía elegir entre la vía laboral, es decir, el proceso ordinario, o el amparo, esto es, el proceso constitucional. Fue este último el más utilizado, al parecer por su supuesta rapidez, pese a que no cuenta con actividad probatoria, motivo por el cual muchas demandas también fueron desestimadas.

Como bien puso de relieve el supremo intérprete de nuestra Constitución en el caso Eusebio Llanos Huayco (expediente 976-2001-AA/TC),[4]

> [...] en nuestro ordenamiento jurídico, el afectado en sus derechos constitucionales laborales no está obligado a acudir previamente a las instancias judiciales ordinarias, y sólo si en ellas no se hubiera obtenido una tutela judicial adecuada, acudir al amparo. En nuestro país, en efecto, el amparo constitucional no es una vía excepcional, residual o extraordinaria, a la cual el justiciable debe recurrir cuando ha agotado todas las vías judiciales idóneas para tutelar los derechos constitucionales.

Ahora bien, frente al nuevo escenario previsto por el Código Procesal Constitucional en el que se pone al amparo en su justo lugar, una interrogante que indudablemente saltará de inmediato será la siguiente: y ahora a qué vía debo recurrir si se me amenaza o lesiona un derecho laboral constitucionalmente protegido. Será el proceso ordinario si este se presenta, según el texto del

---

como el remedio frente a diversas violaciones de ciertos derechos laborales, en otros ello no fue así. Y es que, por ejemplo, en la medida en que el proceso de amparo carece de actividad probatoria, toda vez que lo que busca es la tutela urgente de los derechos que caen dentro de su ámbito de protección, el Tribunal Constitucional peruano ha desestimado algunas demandas por considerar que «la pretensión invocada sólo puede ventilarse dentro de un procedimiento provisto de los elementos probatorios necesarios para determinar con exactitud el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos exigidos por la ley; por lo que no habiéndose probado los hechos que se alegan no se puede amparar la presente acción dejándose a salvo el derecho del demandante para hacerlo valer en la vía correspondiente». Esta cita puede apreciarse en su sentencia del caso Augusto Negreiros Valdez (expediente 882-2000-AA/TC), de fecha 25 de julio de 2002 y publicada el 3 de junio de 2003.

[3] *En este sentido, BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. El despido en el Derecho Laboral peruano. Lima: Ara Editores, 2002, p. 324; ABAD YUPANQUI, Samuel. El Proceso Constitucional de Amparo. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, pp. 402-403; entre otros.*

[4] *Sentencia de fecha 13 de marzo de 2003, publicada el 13 de mayo del mismo año.*

segundo inciso del artículo cinco del Código Procesal Constitucional, como la vía igualmente satisfactoria para aquel derecho cuya amenaza o vulneración venimos sosteniendo, cuestión que deberá ser dilucidada en cada caso concreto sobre la base de algunos criterios que desarrollaremos en este texto.

Trataremos, entonces, de brindarle al lector algunas pautas que debiera tomar en consideración si en este contexto lo que pretende alegar es la amenaza o lesión de la libertad de trabajo, el derecho al trabajo o el derecho a la estabilidad laboral (algunos de los derechos fundamentales de índole laboral más frecuentemente invocados en sede constitucional). Para tal efecto, será necesario precisar cada una de las dimensiones que a cada derecho que hemos mencionado le corresponde; así podrá conocerse cuándo, en efecto, están siendo amenazados o vulnerados. Hemos procurado, además, recoger algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional peruano sobre el particular para hacer la explicación un tanto más ilustrativa.[5] Posteriormente, intentaremos precisar las vías a las cuales, en principio, debiera acudirse para exigir su tutela.

II. Algunos de los derechos laborales más frecuentemente invocados por los demandantes en un proceso constitucional de amparo: la libertad de trabajo, el derecho al trabajo y el derecho a la estabilidad en el trabajo

Usualmente, podemos encontrar, entre los derechos constitucionales laborales más frecuentemente invocados por los demandantes en un proceso de amparo, a la libertad de trabajo, el derecho al trabajo y el derecho a la estabilidad en el trabajo, cuyos alcances los veremos de inmediato.

Cabe precisar que, si bien es cierto que existen otros derechos laborales constitucionalmente protegidos y, por lo tanto, susceptibles de ser tutelados por este proceso constitucional, la intención de este texto no es la de ocuparnos de todos ellos, sino básicamente la de ofrecerle al lector una serie de precisiones en torno a los derechos más frecuentemente invocados en sede constitucional y una mirada al nuevo escenario que, como consecuencia de la entrada en vigor del Código Procesal Constitucional, hoy existe para la protección de los derechos fundamentales de índole laboral.

---

[5] *Sobre la necesidad de tener claros los márgenes que corresponden a cada uno de los derechos que hemos mencionado y su contraste con lo desarrollado por el supremo intérprete de nuestra Constitución al respecto, puede revisarse nuestro trabajo «Libertad de trabajo, derecho al trabajo y derecho a la estabilidad en el trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano». Revista Peruana de Jurisprudencia, año 6, n.º 35, enero, 2004, p. 21 y ss., Trujillo.*

1. Los ámbitos de protección de la libertad de trabajo y las conductas que pueden amenazarla o lesionarla

Al interior del Título I de la Constitución peruana de 1993 ha sido recogida la libertad de trabajo. En el inciso 15 del artículo 2, dentro del capítulo primero que lleva por título «Derechos fundamentales de la persona», encontramos una referencia a ella, así como en el artículo 59, en donde se regula el rol económico del Estado.

Básicamente, podemos afirmar que la libertad de trabajo involucra una serie de decisiones que pasamos a reseñar muy brevemente.

1.1. La decisión de trabajar o no como parte del contenido de la libertad de trabajo y sus implicancias frente al deber de trabajar recogido en la Constitución vigente

En primer lugar, la libertad de trabajo supone la decisión de trabajar o no, la cual, en múltiples oportunidades, ha generado la confrontación de esta dimensión de la libertad de trabajo con el deber de trabajar reconocido también constitucionalmente.

Creemos que el deber de trabajar si bien tiene un reconocimiento jurídico, incluso en el marco constitucional,[6] las consecuencias de su incumplimiento repercuten tan solo en el ámbito moral o social, mas no en el plano jurídico.[7] Es más, en nuestra modesta opinión, el sostener lo contrario bien puede suscitar serias afectaciones a la libertad de la persona. Por ello, aun cuando existen ciertas obligaciones particulares de trabajar reconocidas incluso en los tratados internacionales,[8] como es el caso del servicio militar obligatorio,[9] el trabajo penitenciario y las comunes obligaciones cívicas o como puede ser la de colaborar durante los comicios, estas deben interpretarse restrictivamente.

Ahora bien, la perspectiva de la libertad de trabajo que venimos analizando, es decir, aquella posibilidad de decidir si se despliega o no la energía laboral, puede verse afectada por la existencia de trabajos forzosos no previstos, en todo caso, en la Constitución o en la ley o por la de trabajos que no

---

[6] *En este tenor, véase el artículo 22 de la Constitución de 1993.*

[7] *MARTÍN VALVERDE, Antonio. «Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución Española». En Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980, pp. 194-195.*

[8] *Léase a este respecto el artículo 8, numeral 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por citar un caso.*

[9] *Hoy en el Perú con la ley 27178 se encuentra vigente más bien un servicio militar voluntario.*

respeten pautas de razonabilidad que buscan evitar restricciones abusivas a esta libertad.[10]

1.2. La facultad de decidir en qué actividad se despliega la energía laboral como parte del contenido de la libertad de trabajo

Luego, la libertad de trabajo comprende, a su vez, la facultad de decidir en qué actividad el sujeto va a desplegar su energía laboral, decisión que, por cierto, bien puede relacionarse con la libertad de elección de alguna profesión en específico. Es más, en muchas ocasiones, el inclinarse por el desarrollo de una determinada actividad laboral se encuentra íntimamente vinculado con el proyecto de vida del individuo,[11] por lo que su afectación no solo genera consecuencias que escapan a una mera restricción laboral, sino que, además, implica un obstáculo para el desarrollo de la persona y, como su nombre lo indica, su plan de vida. Por lo dicho entonces, tales restricciones deben estar conformes con el ordenamiento jurídico y ser razonables.

Esta perspectiva de la libertad de trabajo, esto es, aquella que se enmarca dentro de la elección de en qué actividad se encuentra uno dispuesto a depositar su energía, puede ser susceptible de verse conculcada por impedimentos, obstáculos o la exigencia de cumplir con ciertos requisitos irrazonables antes de desarrollar una actividad laboral específica. Así, por ejemplo, en el caso René Arturo Díaz Tavera (expediente 1290-1999-AA/TC),[12] el demandante solicitó, por medio de un proceso de amparo, que se disponga la emisión del carné que lo reconozca como miembro del Colegio Químico Farmacéutico del Perú (requisito ineludible para laborar como tal en nuestro país), ante la negativa de esta entidad de otorgárselo. En este caso, es de resaltar que, a pesar de que el demandante alegó la violación del

---

[10] *Sobre lo que implica este juicio de razonabilidad que debiera efectuarse cuando estamos ante la limitación o restricción del ejercicio de un derecho fundamental, recomendamos revisar* CIANCIARDO, *Juan. El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, p. 61 y ss.*

[11] *Si se quiere abundar sobre lo que involucra el proyecto de vida y las repercusiones de su afectación, recomendamos revisar* FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Carlos. «Daño al proyecto de vida». Derecho PUC, n.º 50, diciembre, 1996, p. 47 y ss.; id. «El daño al proyecto de vida en una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». Revista Peruana de Jurisprudencia, año 4, n.º 12, febrero, 2002, Trujillo; id. «Daño moral y daño al proyecto de vida». Revista Jurídica del Perú, año* LII, *n.° 31, febrero, 2002, p. 43 y ss., Trujillo; id. «Nuevas reflexiones sobre el daño al proyecto de vida» Revista Jurídica del Perú, año* LII, *n.° 38, septiembre, 2002, p. 59 y ss., Trujillo; id. «Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño al proyecto de vida" y "daño moral"». Revista de Derecho Foro Jurídico, año* I, *n.º 2, julio, 2003, p. 15 y ss.; entre otros trabajos del mismo autor.*

[12] *Sentencia de fecha de 16 de octubre de 2001, publicada el 18 de junio de 2002.*

derecho al trabajo, el Tribunal Constitucional, creemos nosotros con acierto, enmarcó la conculcación dentro de la libertad de trabajo. El Alto Tribunal dispuso sobre el particular lo siguiente:

> La Libertad de Trabajo consiste en la facultad libre de ejercer cualquier tipo de actividad productiva, sin impedimientos constitucionales, ilegales o irrazonables, por parte del Estado o de particulares. Se prohíbe entonces cualquier injerencia que limite o impida esta facultad irrestricta. En consecuencia, el no otorgamiento del carné limita ilegítimamente la libertad de trabajo del recurrente, enunciada en el inciso 15) del artículo 2º de la Constitución.

A pesar de encontrar decisiones de este tipo, aún son constantes las confusiones conceptuales a las que llegan, por ejemplo, los demandantes al momento de invocar el derecho afectado, sino véase el caso María Magdalena Ventura Casas (expediente 2321-2002-AA/TC),[13] en donde en una situación en la que se podría haber afectado el derecho al trabajo bajo los términos que explicaremos luego, es decir, como el derecho a acceder a un trabajo específico como consecuencia de haber obtenido el máximo puntaje en un concurso de méritos, se alegaba la libertad de trabajo como la supuestamente conculcada.

1.3. La libertad de decidir para quién uno está dispuesto a trabajar como parte del contenido de la libertad de trabajo: ¿trabajo por cuenta propia o trabajo por cuenta ajena?

Ahora bien, otra decisión que comporta la libertad de trabajo es para quién uno está dispuesto a trabajar, es decir, si se opta por ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia. Esta perspectiva de la libertad en comento podría verse conculcada si es que nos encontramos ante una situación en la que un individuo es obligado a desplegar su energía a favor de un tercero en contra de su propia voluntad, esto es, forzado a trabajar por cuenta ajena.

El caso de los trabajadores por cuenta propia es por demás interesante, ya que, en este supuesto, la libertad de trabajo entra a coincidir con la libertad de empresa. Todos los sujetos, como dijimos, son libres de decidir a favor de quién están dispuestos a trabajar, lo cual no obsta para que puedan trabajar también para su propio beneficio, esto es, siendo ellos mismos los titulares de los frutos de su desempeño laboral, de ahí que lo que hacen estos individuos es crear una empresa para dicho fin. Estas circunstancias

[13] *Sentencia de fecha 5 de diciembre de 2002, publicada el 12 de junio de 2003.*

conllevan, pues, a que la libertad de trabajo de ese sujeto coincida con el desarrollo de las labores de su empresa y, por lo tanto, si se impide u obstaculiza la realización de las actividades productivas de la misma, se podría estar afectando la libertad de trabajo del titular de esa empresa, lo que en rigor, como adelantamos, se entiende como libertad de empresa.

1.4. La renuncia como manifestación de la libertad de trabajo

Para terminar con lo que se refiere a la libertad de trabajo, debemos señalar que esta comprende también la decisión, por parte del sujeto, de renunciar a continuar desplegando su actividad laboral. Evidentemente, en este caso nos encontramos ante un supuesto de trabajo por cuenta ajena, pues, en el caso de un trabajo por cuenta propia, uno cesa simplemente de desarrollar la actividad empresarial en ejercicio de esa libertad, claro está con las responsabilidades que ello le genere frente a algunas obligaciones contraídas con anterioridad.

En el supuesto, entonces, de un trabajo por cuenta ajena, la afectación puede producirse como consecuencia de la prohibición impuesta por el empleador a fin de evitar que el sujeto que labora para él renuncie al puesto de trabajo. Esta última afirmación debe ser tomada con cuidado, pues existen casos en los que el empleador ha invertido en el propio trabajador, como, por ejemplo, en la adquisición de nuevos conocimientos y mejor preparación con el objeto del óptimo desempeño de este a favor de su empresa. Resulta que, en este último supuesto, el trabajador debiera continuar laborando para la empresa hasta que culmine el tiempo establecido en el contrato de trabajo o termine de cubrir aquellos costos en que incurrió el empleador en su beneficio; en caso contrario, deberá indemnizarlo.

1.5. La libertad en el trabajo y su diferencia con la libertad de trabajo

Ahora bien, cuando un sujeto pone a disposición su actividad laboral en favor de un tercero, ello no supone cesión absoluta de su libertad, sino tan solo de su energía de trabajo en las condiciones pactadas. En consecuencia, el individuo todavía mantiene un margen de su propia libertad que puede verse desplegada aun dentro de la relación laboral y que no debe ser conculcada.

Así, por ejemplo, el sujeto aún es libre de elegir qué opta por consumir dentro del centro de trabajo y como parte de su refrigerio en el horario pactado; así también decide con quiénes entablar una amistad dentro del centro de trabajo; y, a su vez, mantiene su libertad de expresión; entre otros

derechos.[14] Por lo tanto, no debe confundirse la libertad de trabajo con la libertad *en el* trabajo, al ser la segunda ejercitable incluso fuera del escenario laboral.

Una vez que hemos intentado establecer aquí en justos términos lo que supone la libertad de trabajo y la libertad en el trabajo, pasemos entonces ahora a analizar lo que en rigor comprende el derecho al trabajo para, así, precisar también sus distintas perspectivas de protección para evitar incurrir en errores conceptuales al momento de invocar su tutela o efectivamente otorgarla.

2. Los ámbitos de protección del derecho al trabajo y las conductas que pueden amenazarlo o lesionarlo

El derecho al trabajo comprende, al igual que la libertad de trabajo, distintas perspectivas de protección que es preciso entrar a definir aquí. Así, en un primer plano, comprende el derecho de acceso al empleo y, en un segundo plano, el de conservar el empleo. El derecho a la ocupación efectiva del puesto de trabajo es considerado por algunos también como parte del derecho al trabajo, tal como veremos luego.

Según lo dispuesto por el Tribunal Constitucional peruano en el caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S. A. y FETRATEL (expediente 1124-2001-AA/TC),[15] el contenido esencial del derecho al trabajo «implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa».

2.1. El derecho de acceso al empleo como parte del contenido del derecho al trabajo: la exigibilidad y eficacia de los derechos económicos, sociales y culturales

En torno al acceso al empleo es menester distinguir, a su vez, una modalidad general de una particular y específica. El derecho de acceso al empleo desde el punto de vista general, reconocido, por cierto, en el artículo 23 de la Constitución de 1993 vigente, se presenta cuando este es exigido frente

---

[14] *Es menester, entonces, distinguir entre aquellos derechos laborales específicos, que son los que tienen su razón de ser u origen en el ámbito de las relaciones laborales, por lo que su ejercicio no es posible fuera de las mismas, de aquellos otros llamados derechos laborales inespecíficos, los cuales no son en estricto laborales, sino más bien generales, pero cuyo ejercicio también es posible dentro de una relación de trabajo. Léase sobre el particular* PALOMEQUE LÓPEZ, *Manuel-Carlos y Manuel* ALVAREZ DE LA ROSA. *Derecho del Trabajo. 4.ª ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1996, p. 150 y ss.*

[15] *Sentencia de fecha 11 de julio de 2002, publicada el 11 de setiembre del mismo año.*

al Estado como parte de su obligación de procurar el desarrollo de todos los derechos fundamentales y el bienestar social. Sin embargo, como bien puede deducir el lector, esto puede generar algunos problemas y dificultades que es necesario entrar a reseñar aquí.

Como es de conocimiento general, los derechos laborales se encuentran dentro de lo que se conoce como los derechos económicos, sociales y culturales. La consagración constitucional de estos derechos es producto de la lucha por la reivindicación de los derechos de los trabajadores y existe el compromiso de los poderes públicos para consolidar progresivamente su plena eficacia.

Los derechos económicos, sociales y culturales en general y los laborales en particular cuentan con especiales características, las que, desde ningún punto de vista, deben llevarnos a desconocer su calidad de derechos fundamentales ni tampoco a negar su exigibilidad frente al Estado. Precisamente es en este punto en el que queremos hacer especial incidencia.

Los derechos económicos, sociales y culturales son considerados como derechos de segunda generación en razón de que su aparición dentro del escenario del Estado se da luego de que se hiciera evidente que el reconocimiento de las libertades fundamentales, incluidas las que se conocen como derechos civiles y políticos, era insuficiente. Así pues, estos últimos derechos reconocidos en un principio son denominados derechos de primera generación, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales son los llamados de segunda generación. Se trata naturalmente de una constatación histórica, de cómo se dieron los hechos en el transcurrir del tiempo a efectos de lograr su reconocimiento. Esta clasificación nos llevará luego a denominar a una nueva categoría de derechos que involucran facultades y potestades del hombre directamente relacionadas con el desarrollo industrial, tecnológico e informático de la sociedad actual como los derechos de tercera generación, dentro de los cuales encontramos, por ejemplo, el derecho a un medio ambiente adecuado; el derecho de la humanidad a que se respete el patrimonio genético de cada individuo y la dignidad del ser humano, tanto presente como futuro;[16] entre otros.

Los derechos económicos, sociales y culturales presentan ciertos rasgos que implican, a su vez, una actitud diferente del Estado frente a estos, sin

---

[16] *Así lo ha sostenido* ANDORNO, *Roberto. «La dignidad humana como noción clave en la Declaración de la UNESCO sobre el genoma humano». Revista de Derecho y Genoma Humano, n.º 14, 2001, p. 41 y ss.; sobre este tema en específico, p. 44-45. Nosotros también tuvimos oportunidad de pronunciarnos en este sentido en nuestro trabajo escrito en coautoría con Abraham García Chávarri intitulado «Algunas consideraciones acerca de la clonación con fines reproductivos, sus límites e implicancias jurídicas. A propósito de la dimensión ontológica del ser humano y la libertad de las generaciones futuras». En Normas Legales, t. 341, vol.* II, *octubre, 2004, p. 3 y ss., Trujillo.*

perjuicio de la exigibilidad que les corresponde por el solo hecho de ser derechos fundamentales. Estos rasgos a los que hacemos referencia serán tratados muy resumidamente en seguida.

El primer rasgo, que debe quedar claramente establecido desde un inicio, es, insistimos, su exigibilidad.[17] A diferencia de ciertas opiniones en la doctrina que consideran que los derechos económicos, sociales y culturales, en la medida en que no pueden materializarse solos, es decir, sin la intervención del Estado, no son en estricto derechos fundamentales, nosotros somos de la opinión de que ello no puede ni debe conllevarnos a efectuar una afirmación de esa naturaleza.

Aquellos argumentos que buscan desestimar el carácter de derecho fundamental de los derechos económicos, sociales y culturales a partir de las dificultades para su exigibilidad frente al Estado no deben perder de vista que estos se encuentran consagrados en el texto constitucional, el cual no es solo una carta política, sino también norma jurídica; por lo tanto, todos los poderes públicos, e incluso los privados, se encuentran directamente vinculados a ella y deben orientar su accionar con miras a lograr consolidar los principios y pautas allí recogidas en la realidad. El carácter normativo de la Constitución les garantiza, entonces, su propia eficacia en la actuación estatal —en tanto poderes constituidos— e, inclusive, en las relaciones entre privados. Esto es lo que Ihering calificó como la «fuerza vinculante bilateral de la norma».

De lo dicho, entonces, bien se puede deducir que tanto el Estado como los particulares[18] se encuentran obligados a respetar los derechos económicos,

---

[17] *Véase* ABRAMOVICH, *Víctor y Christian* COURTIS. *«Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales». Contextos. Revista Crítica de Derecho Social, n.° 1, 1997, p. 3 y ss., Buenos Aires; así como* ABRAMOVICH, *Víctor. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Trotta, 2002; entre otros trabajos sobre el particular.*

[18] *Léase respecto de las distintas posiciones existentes en relación con la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, es decir, respecto de la doctrina norteamericana de la State Action, la alemana de la Drittwirkung der Grundechte y aquella otra que pregona a todas luces la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares* NARANJO DE LA CRUZ, *Rafael. Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe. Madrid: Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000;* BILBAO UBILLOS, *Juan María. La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid: Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997;* BLACK, *Charles. «State Action». En Leonard Levy et. al. (eds.). Civil rights and equalitiy. Selections from the Encyclopedia of the American Constitution. Nueva York: Macmillan Publishing Company, 1989;* BILBAO UBILLÓS, *Juan María. Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado. La noción de State Action en la jurisprudencia norteamericana. Madrid: Mc Graw-Hill, 1997;* GARCÍA TORRES, *Jesús y Antonio* JIMENEZ-BLANCO. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional). Madrid: Civitas, 1986;* VERDA Y BEAMONTE, *José de. «El respeto a los*

sociales y culturales y, a su vez, a destinar recursos, dentro de sus posibilidades y del marco constitucional, con el objetivo de lograr su eficacia, como todo derecho fundamental que se precie de serlo.

En segundo lugar, tienen un carácter prestacional, pues involucran necesariamente la actuación del Estado, en el que recae la obligación de crear los mecanismos e la infraestructura necesarios para su ejercicio.[19] Su eficacia se encuentra sujeta, entonces, a una actitud prestacional por parte del Estado y no solo a una mera actitud garantista.

Ahora bien, y sin perjuicio de su exigibilidad, no podemos desconocer el carácter programático de los derechos económicos, sociales y culturales. Nos explicamos: en la medida en que el ejercicio de estos derechos involucra una peculiar relación individuo-Estado y en la medida en que este último se encuentra obligado a dirigir su aparato con miras a lograr su eficacia y, para tal efecto entonces, a destinar recursos, el Estado debe realizar un programa de acción hacia ese objetivo. No se trata de que la organización estatal pretenda, con miras a conseguir que todos los ciudadanos ejerzan estos derechos plenamente, quedarse sin recursos para atender otras necesidades básicas del individuo. Por el contrario, debido a que se requiere una actitud prestacional del Estado, este debe realizar un programa de acción que le permita atender los derechos económicos, sociales y culturales sin descuidar otras obligaciones que también le son inherentes y, por lo tanto, exigibles. Esta última característica es la que ha llevado a algunos autores[20] a llamar a estos derechos los «derechos de desarrollo», precisamente porque será la maquinaria del Estado la que se encargará de lograr su concreción y porque contribuyen, además, a que el individuo desenvuelva sus potencialidades.

En cuarto y último término, y como ha enfatizado algún sector de la doctrina,[21] los derechos económicos, sociales y culturales contribuyen al ejercicio

---

derechos fundamentales como límite a la autonomía privada». Actualidad Jurídica, t. 93, agosto, 2001, p. 47 y ss., Lima; CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. «La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares». Revista Jurídica del Perú, año XLVII, n.° 13, octubre-diciembre, 1997, p. 153 y ss., Lima; GARCÍA CHÁVARRI, Abraham. «Apuntes sobre la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares». En Normas Legales, t. 324, mayo, 2003, p. 11 y ss., Trujillo; entre otras interesantes investigaciones sobre la materia.

[19] *Lo señalado no supone desconocer que, incluso en el caso de los derechos civiles y políticos, de los cuales se predicaba una actitud abstencionista por parte del Estado, este último ostenta una actitud también positiva en tanto está obligado a garantizar su libre ejercicio, para lo cual debe, a su vez, destinar recursos con miras a consolidar, por ejemplo, una judicatura autónoma, seguridad jurídica, entre otros.*

[20] *Véase CASTRO CID, Benito de. Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos. León: Universidad de León, Secretariado de Publicaciones, 1993, p. 172 y ss.*

[21] *Así, por ejemplo, CASCAJO, José Luis. «La tutela constitucional de los Derechos Sociales». Cuadernos y Debates, n.º 5, 1988, p. 439 y ss., Madrid.*

de otros derechos fundamentales. Esto último requiere una explicación: no tuvo que pasar mucho tiempo para que la población se percatase de que el reconocimiento de las libertades civiles y políticas no garantizaba necesariamente su ejercicio; ¿de qué servía, por ejemplo, que se reconozca a los individuos el derecho de sufragio si se excluía a su vez del ejercicio de este derecho a los analfabetos y el Estado no implantaba políticas educativas con miras a revertir esta deficiencia?. El derecho a la educación es justamente uno de aquellos derechos que se ubican dentro de los llamados derechos económicos, sociales y culturales.

La perspectiva, entonces, del derecho al trabajo como acceso al empleo en su modalidad general encuentra algunas dificultades para que su tutela sea invocada a nivel judicial, toda vez que se encuentra supeditada al desarrollo económico de cada país y a los recursos con que se disponga para tal efecto. Por ello, para los jueces es sumamente complejo decidir cuándo se les presenta un caso de esta naturaleza.[22]

Empero, como se dijo líneas atrás, si bien se trata de un derecho programático, el Estado se encuentra obligado a crear la infraestructura y los

---

[22] *Léase a este respecto* ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, *Eloy. «Apuntes sobre la protección jurisdiccional de los derechos sociales prevista en el ordenamiento jurídico español». Revista Jurídica del Perú, n.° 15, abril-junio, 1998;* GONZÁLES MORENO, *Beatriz. El Estado social: naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales. Madrid: Civitas, 2002.*

Necesario es señalar qué posiciones en la doctrina vienen reconociendo la efectividad de un mecanismo procesal cuya naturaleza ameritaría ser abordada en un trabajo posterior, pero que, sin duda, viene adquiriendo cada vez más aceptación como medio para hacer frente a la inactividad del legislador, sobre todo en lo que se refiere a la regulación de los denominados derechos económicos, sociales y culturales; asi, se facilita su ejercicio en favor de los ciudadanos. La herramienta a la que hacemos alusión es la de la inconstitucionalidad por omisión.

Como dijimos, este no es el espacio para desarrollar ampliamente esta figura; no obstante, si se quiere investigar más sobre el particular bien puede revisarse FERNÁNDEZ SEGADO, *Francisco. «La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?». En Víctor Bazán (coord.). Inconstitucionalidad por omisión. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1997, pp. 7 y ss; también en Themis. Revista de Derecho, 2.ª Época, n.º 31, 1995, p. 153 y ss; del mismo autor también recomendamos «La dinamización de los mecanismos de garantía de los derechos y de los intereses difusos en el Estado social». Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva Serie, año* XXVII, *n.° 83, mayo-agosto, 1995, p. 563 y ss., México; y «Los nuevos desafíos para la protección jurisdiccional de los derechos». En La Justicia Constitucional a finales del siglo* XX. *Revista del Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional. Huancayo: Palestra Editores, 1998, p. 53 y ss.;* BAZÁN, *Víctor. «Omisiones inconstitucionales y justiciabilidad de los derechos». Revista Jurídica del Perú, año* LI, *n.º 25, agosto, 2001, p. 1 y ss., Trujillo;* GÓMEZ PUENTE, *Marcos. La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control. Monografía, Ciencias Jurídicas. Madrid: McGraw-Hill, 1997, p. 39 y ss.;* CARPIO MARCOS, *Edgar y Gerardo* ETO CRUZ. *El Control de las omisiones inconstitucionales e ilegales en el Derecho Comparado. (Reflexiones a propósito del caso peruano). México: Fundap, 2004, p. 91 y ss.; entre otros textos.*

mecanismos necesarios para lograr su progresiva consolidación; finalmente, es la Constitución, en tanto norma, la que así se lo manda. Dentro de dicha infraestructura se encuentra la legislación que facilite el acceso al empleo, así como su debida protección. Es aquí donde los jueces podrán entrar a evaluar si la referida normatividad respeta el contenido esencial[23] de este tipo de derechos, salvo mejor parecer.

Es, pues, recurrente en las decisiones del Tribunal Constitucional peruano, dadas las dificultades para otorgar la tutela particular de este derecho en su modalidad general, la presencia de argumentos como «ha visto éste como un deber y un derecho, base del bienestar social y medio de realización de la persona (artículo 22°) y, además como un objetivo de atención prioritaria del Estado (artículo 23°)», es decir, la obligación del Estado de satisfacer este derecho, pero no a título particular. En este último sentido fue el pronunciamiento de nuestro supremo intérprete de la Constitución en el caso José Luis Tuesta Reátegui y otros (expediente 731-99-AA/TC).[24]

El Tribunal Constitucional peruano, en el caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL (expediente 1124-2001-AA/TC),[25] señaló que el derecho al trabajo «supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo, si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado».

No sucede lo mismo cuando estamos frente al acceso al empleo, pero en su perspectiva específica. Esta se presenta cuando, por ejemplo, el trabajador ha postulado a un puesto de trabajo, sea por concurso público o interno, y logra el mayor puntaje exigido. En ese caso, es evidente que el trabajador tendrá derecho a acceder a ese puesto de trabajo, ya que ha demostrado sus habilidades para ello y ha cumplido con los requerimientos planteados para tal efecto.

Un supuesto como al que hacemos referencia es el que se presentó en el caso Hidalgo Vicente Salazar Montenegro (expediente 576-2001-AA/TC),[26] en el que el accionante exige se deje sin efecto una resolución rectoral por

---

[23] *Sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales y las teorías existentes al respecto, véase, entre otros,* GAVARA DE CARA, *Juan Carlos. Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.*

[24] *Sentencia de fecha 5 de mayo de 2000, publicada el 26 de octubre del mismo año.*

[25] *Sentencia de fecha 11 de julio de 2002, publicada el 11 de setiembre del mismo año.*

[26] *Sentencia de fecha 10 de julio de 2002, publicada el 25 de noviembre del mismo año.*

medio de la cual se nombró docente a un sujeto que no había logrado el más alto puntaje en el concurso de méritos y oposición, mientras que sí había sido obtenido por el demandante. En este caso, con acierto, el Tribunal Constitucional, al momento de delimitar la controversia, señala que esta radica en el derecho a acceder en igualdad de condiciones a los cargos y empleos públicos, para lo que cita incluso los artículos 1 y 3 del Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Así, en este supuesto declara fundada la demanda por considerar que la decisión de la Comisión Central del Concurso de Docentes había sido arbitraria.

Por lo expuesto se afirma que la perspectiva general del derecho al trabajo en lo que al acceso al empleo se refiere goza de eficacia diferida,[27] mientras que, en su perspectiva más bien específica, cuenta con eficacia inmediata.

2.2. El derecho a conservar el empleo y a la ocupación efectiva del puesto de trabajo como parte del contenido del derecho al trabajo

Ahora bien, la otra perspectiva del derecho al trabajo que venimos comentando, y que ya adelantamos, viene a ser la de conservar el empleo que ya se ha obtenido. Según se dice, esta coincidiría parcialmente con lo que en doctrina se ha reconocido como la prohibición del despido arbitrario.[28] Esta coincidencia parcial se debería a que el derecho al trabajo no solo comprendería el derecho a no ser despedido arbitrariamente, sino tampoco por cualquier otra causal no surgida por voluntad del trabajador. Así, y dentro de esta última posibilidad, podemos encontrar, por ejemplo, la jubilación obligatoria. Sobre el particular, según jurisprudencia constitucional española,[29] no podría sostenerse que tal jubilación viola el derecho al trabajo, si lo que se busca con dicha medida es que los jóvenes accedan a puestos de trabajo.

Un supuesto distinto del antes citado se presentó en el caso José Leoncio Matos Sotelo (expediente 1485-2001-A/TC).[30] En esta oportunidad, el trabajador, que se desempeñaba como docente universitario, había adquirido el derecho a la jubilación, lo cual supone, a diferencia de la jubilación obligatoria, que se retirará de la actividad laboral, en este caso de la docencia, cuando

---

[27] *NEVES MUJICA, Javier. «Libertad de trabajo, derecho al trabajo y derecho de estabilidad en el trabajo.». En Derecho & Sociedad, n.º 17, diciembre, 2001, p. 24 y ss., Lima; aunque en dicha publicación no se consignó por completo el trabajo citado, sino seriamente recortado. Por ello, agradecemos, mediante estas líneas al profesor Javier Neves por habernos facilitado el acceso al texto original.*

[28] *Ib., loc. cit.*

[29] *Véase la sentencia del Tribunal Constitucional español 22/1981, de 2 de julio.*

[30] *Sentencia de fecha 11 de setiembre de 2002, publicada el 3 de junio de 2003.*

él así lo decida, sea porque no puede o porque no desea continuar trabajando. No obstante ello, el demandante había sido pasado a la jubilación por parte de la demandada por el solo hecho de haber cumplido los setenta años de edad. El Tribunal Constitucional peruano declaró fundada la demanda, entre otras razones, porque

> [...] habiéndose acreditado en autos la decisión de cesar al demandante, se han vulnerado sus derechos constitucionales relativos al trabajo y a la protección adecuada contra el despido arbitrario, ya que por razones de edad se estaría privando a un docente de ejercer la cátedra universitaria, cuando es evidente que el sólo hecho de llegar a una edad determinada no disminuye necesariamente las aptitudes que se requieren para el ejercicio de las labores académicas, de funciones administrativas o de alta dirección, que por ley le corresponde en el ámbito de sus responsabilidades.

Esta perspectiva del derecho al trabajo está, pues, relacionada con el despido arbitrario y guarda, entonces, relación con lo que conocemos como el derecho a la estabilidad en el trabajo, derecho que abordaremos posteriormente.

Necesario es anotar también que el derecho al trabajo comprende, además de los dos sentidos reseñados (es decir, el de acceso al trabajo en su modalidad general y específica y el de conservar el empleo), el derecho a la ocupación efectiva del puesto de trabajo. Esto último requiere una explicación: el realizar un trabajo supone un medio por el cual el individuo no solo logra obtener un sustento económico, sino también, como dijimos, consigue desarrollar su persona, su propio profesionalismo o, como ya indicamos, su proyecto de vida. Lo señalado adquiere singular relevancia, además, si constatamos que, para efectos del ascenso o promoción al interior de la institución o empresa en la cual se trabaja, los méritos obtenidos en el desarrollo de las labores constituyen un elemento gravitante.

Por lo expuesto entonces, es sumamente importante reconocer también como digno de tutela la ocupación efectiva, esto es, el desarrollo de la prestación laboral de forma ordinaria.

Según algún sector de la doctrina, este derecho puede considerarse como una tercera perspectiva del derecho al trabajo, además del derecho de acceso y el de conservación del empleo.[31] Sin embargo, se ha dicho también que es posible subsumir esta perspectiva dentro de la de conservación del empleo, ya que, según se ha afirmado en precedentes jurisprudenciales, el no utilizar al trabajador o emplearlo en tareas fútiles que no contribuyen a su desarrollo, o que no se condicen con las labores para las cuales fue contratado

---

[31] *Léase sobre el particular* GORELLI HERNÁNDEZ, *Juan. El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria. Madrid: Civitas, 1995, p. 35 y ss.*

y se encuentra calificado, equivaldría a un despido arbitrario. En todo caso, lo relevante es rescatar que el derecho al trabajo no se agota en el derecho de acceso al empleo ni en el de conservarlo, sino que también comprende la ocupación efectiva del mismo.

Sobre este último punto encontramos pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional, sobre todo en lo que al personal militar y policial se refiere. Y es que, como se sabe, tanto los militares como los policías son susceptibles de ser desplazados a una situación de disponibilidad. En este caso, no se encuentran separados de la institución en la cual trabajan, sino solo trasladados a una situación transitoria en la que se encuentran apartados de la situación de actividad, pero pueden volver a ella desparecidos los motivos que originaron su separación del servicio activo.

Durante el lapso de tiempo que dura esta medida, no pueden ejercer labor alguna vinculada con su carrera. Dadas las consecuencias de semejante situación, resulta sumamente relevante y necesario establecer algún plazo específico de conclusión para evitar una afectación irrazonable y desproporcional del derecho al trabajo al que puede conducirnos no contar con él.

Así, en el caso Hernán Vivanco Paz (expediente 246-2001-AA/TC),[32] el Alto Tribunal reconoce la afectación del derecho al trabajo, debido a que un sujeto de la Policía nacional se encontraba en situación de disponibilidad más allá del plazo establecido en la legislación correspondiente.

De lo dicho hasta aquí podemos afirmar que el derecho de acceso al empleo a nivel específico (no general, pues ya hemos visto los problemas a los que nos enfrentamos en este ámbito, en donde el papel del Estado y los recursos con que se cuenta son elementos que no pueden dejarse de lado para su plena eficacia, lo que no impide, insistimos, su respeto y exigibilidad en cierta medida para lograr progresivamente su consolidación) es un derecho de eficacia inmediata, al igual que el de conservación del puesto de trabajo. Por otro lado, también la ocupación efectiva del empleo, reconocida como parte del derecho al trabajo, cuenta con eficacia inmediata.

A continuación, abordaremos el otro derecho que había quedado pendiente según las líneas precedentes: el derecho a la estabilidad en el trabajo.

3. El derecho a la estabilidad en el trabajo: breve referencia a sus alcances

El derecho a la estabilidad laboral comprende dos aspectos, uno referido a la estabilidad de entrada y otro a la estabilidad de salida. La primera alude a la preferencia por la contratación de duración indefinida sobre la definida, mientras que la segunda a la proscripción del despido arbitrario.

---

[32] *Sentencia de fecha 14 de junio de 2001 y publicada el 18 de junio de 2002.*

En lo que se refiere al primer aspecto aquí señalado del derecho a la estabilidad laboral, es decir, el de favorecer los contratos de duración indeterminada, frente a aquellos llamados contratos temporales, debe tenerse en cuenta que la celebración de estos últimos debiera darse solo cuando se trate de actividades de esa naturaleza. Así, por ejemplo, en el caso José Luis Tuesta Reátegui y otros (expediente 731-1999-AA/TC),[33] el Tribunal Constitucional peruano, ante un supuesto de despido arbitrario, estimó que los codemandantes realizaban labores de naturaleza permanente, a pesar de que pareciera que habían suscrito contratos temporales de trabajo, por lo que, en virtud del principio de primacía de la realidad, no podían ser cesados ni destituidos sino por las causas previstas en el capítulo V del decreto legislativo 276, con sujeción al procedimiento en él establecido.

En este caso, claramente el supremo intérprete de nuestra Constitución ha optado no solo por la estabilidad de entrada, toda vez que, dada la naturaleza de las labores que realizaban los accionantes, reconoció que sus contratos de trabajo no eran temporales, sino también por la estabilidad de salida, ya que le exige, finalmente, al demandado que siga el procedimiento previsto para proceder al despido en esos supuestos.

En similar sentido se pronunció el Tribunal Constitucional peruano en el caso Maruja Miriam Montoya Mestanza (expediente 1140-2000-AA/TC).[34] Allí sostuvo, pues, que

> [...] la demandante desempeñó una labor de naturaleza permanente, que se prolongó por más de 8 años, por ello no resiste el menor análisis sostener que una labor que ha tenido tan extenso periodo de duración pueda considerarse razonablemente como «temporal», pues la temporalidad significa lo circunstancial, lo fugaz o perentorio en el tiempo; por el contrario, ese periodo tan dilatado demuestra la naturaleza permanente de la labor desarrollada por la demandante.

Declaró, entonces, fundada la demanda, como quiera que el demandado no había seguido el procedimiento previsto para tales supuestos.

Ahora bien, la estabilidad de salida tiene, pues, en nuestro país, sus problemas particulares y será abordada a continuación con más detalle. Y es que es respecto de la estabilidad de salida en en que el escenario peruano no se muestra muy garantista. Esto último ocurre muy a despecho de algunos autores que afirman, en relación con la actual fórmula peruana, en la que la Constitución ha habilitado al legislador para que sea este quien

---

[33] *Sentencia de fecha 5 de mayo de 2000, publicada el 26 de octubre del mismo año.*

[34] *Sentencia de fecha 5 de agosto de 2002, publicada el 6 de mayo de 2003.*

determine la debida protección frente al despido arbitrario,[35] el cual opta por la indemnización para la gran mayoría de casos, lo siguiente: «Si algún mérito tiene el nuevo texto es su flexibilidad, ya que permite que el legislador adopte, dentro de las cambiantes exigencias de una sociedad en constante mutación, las reglas que mejor reflejen las necesidades de un momento dado».[36]

Según lo sostenido por el Tribunal Constitucional peruano en el caso Eusebio Llanos Huayco (expediente 976-2001-AA/TC),[37] la indemnización prevista como protección «reparadora» contra el despido arbitrario

> [...] es compatible con los principios y valores constitucionales en aquellos casos en los que, o bien el trabajador, una vez fue despedido arbitrariamente, cobra la indemnización correspondiente o, en su defecto, inicia una acción judicial ordinaria con el objeto de que se califique el despido como injustificado, con el propósito de exigir del empleador el pago compulsivo de la referida indemnización.

Nosotros coincidimos más bien con quienes sostienen que

> [...] la exigencia de una causa deja de tener efectividad si ante su incumplimiento no le sigue, como consecuencia lógica, el reingreso del trabajador en su puesto de trabajo. De lo contrario, será fácilmente soslayable pues en un sistema de despido sin causa indemnizado, siempre es posible la extinción, reduciéndose todo a un simple problema de coste económico.[38]

Ahora bien, como se sabe, la conducta que afecta el derecho a la estabilidad en el trabajo y que ha sido en múltiples ocasiones cuestionada por

---

[35] *Así, el artículo 27 de la Constitución de 1993 señala: «La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario».*

[36] *Véase* PASCO COSMÓPOLIS, *Mario. «El trabajo en la Constitución». Ius et Veritas, año* IV, *n.º 7, p. 31.*

El profesor Pasco alude, en la cita que figura en el texto, a la flexibilidad como una de las virtudes del actual texto constitucional. Sin embargo, necesario es señalar que esa flexibilidad también ha generado graves consecuencias en materia de protección de los derechos laborales de los trabajadores, sobre todo ante una situación de despido arbitrario, frente al cual, en la gran mayoría de casos, no queda otro remedio que la indemnización. Entre los críticos de la flexibilización laboral puede revisarse CAMPANA ZEGARRA, *David y Herbert* PRELLE MAYURI. *«La reforma de la contratación laboral durante los noventa: ¿flexibilidad o precarización?». En Estudios sobre flexibilidad en el Perú. Documento de trabajo, n.º 124. Lima: OIT, 2000, p. 51 y ss; de igual forma* VILLAVICENCIO RÍOS, *Alfredo. «La flexibilidad y los mecanismos de subcontratación laboral: el caso de la intermediación». En Estudios sobre flexibilidad en el Perú. Op. cit., p. 81 y ss; entre otros.*

[37] *Sentencia de fecha 13 de marzo de 2003, publicada el 13 de mayo del mismo año.*

[38] GORELLI HERNÁNDEZ, *Juan. Op. cit., p. 37 y ss.*

medio del proceso de amparo es el despido. Necesario es señalar, sin embargo, que no cualquier despido resulta lesivo de un derecho constitucional. Evidentemente, existen oportunidades en las que despedir a un trabajador resulta plenamente justificado y se da de conformidad con el marco jurídico, y, en consecuencia, la demanda que se interponga para exigir la tutela de aquel derecho que se considera vulnerado será desestimada. Así, el Tribunal Constitucional peruano, en el tantas veces aquí citado caso Eusebio Llanos Huayco (expediente 976-2001-AA/TC),[39] ha entrado a precisar los diferentes tipos de despido que pueden resultar lesivos al derecho a la estabilidad en el trabajo y demás derechos constitucionalmente protegidos.[40]

En ese orden de ideas, un *despido* será *nulo* cuando

- se despide al trabajador por su mera condición de afiliado a un sindicato o por su participación en actividades sindicales;
- se despide al trabajador por su mera condición de representante o candidato de los trabajadores (o por haber actuado en esa condición);
- se despide al trabajador por razones de discriminación derivados de su sexo, raza, religión, opinión política, etc.;
- se despide a la trabajadora por su estado de embarazo (siempre que se produzca en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los noventa días posteriores al parto);
- se despide al trabajador por razones de ser portador de sida; y
- se despide al trabajador por razones de discapacidad.

Por otro lado, estaremos ante un *despido incausado* cuando se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique.

El *despido* será *fraudulento* cuando se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño; por consiguiente, de forma contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales. Este tipo de despido se presentará pese a que se cumpla con la imputación de una causal y los cánones procedimentales. Esto último ocurre cuando se le imputan al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios.

---

[39] *Sentencia de fecha 13 de marzo de 2003, publicada el 13 de mayo del mismo año.*

[40] *Algunos autores nacionales han manifestado que la ruptura del vínculo laboral de forma arbitraria trae como consecuencia no solo la violación del derecho del trabajador de conservar el empleo, sino también de otros derechos que exigen semejante protección por parte del ordenamiento jurídico, como es el caso del derecho al honor, a realizar legítimamente actividades sindicales, a la dignidad, entre otros. Léase, sobre el particular,* ARCE ORTIZ, *Elmer. La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 108 y ss.*

Cuando se le atribuye al trabajador una falta no prevista legalmente, contraviniendo de esa forma el principio de tipicidad, también se tratará de un despido fraudulento. Eso fue lo que sucedió en casos como el Larry Gómez Sandoval y otros (expediente 150-2000-AA/TC),[41] el Rose Marie Ríos Vivanco (expediente 555-99-AA/TC),[42] entre otros. En el primero de los casos mencionados, el Tribunal Constitucional peruano, bajo argumentos que antes ya había consignado en líneas generales en el segundo, sostuvo que,

> [...] conforme al artículo 2º, inciso 24) literal «d» de la Constitución Política del Estado, el principio de tipicidad impone que los hechos (actos u omisiones) tipificados como infracciones punibles deben ser establecidos en forma expresa e inequívoca, lo cual no se ha cumplido, conforme se advierte del texto de la carta de imputación de cargos, mediante la cual la demandada atribuye a los demandantes la comisión de falta grave. En efecto, la falta imputada carece de tipicidad, pues, en el caso concreto, las cartas de imputación que se les atribuye a los demandantes por supuesta falta grave de «injuria y falta de la palabra escrita» en agravio de la institución y de sus directivos se limita simplemente a citar la norma legal que considera pertinente, sin preocuparle en absoluto establecer la relación de causalidad entre las características del tipo normativo con la conducta supuestamente infractora, máxime si la supuesta falta grave de injuria y faltamiento de palabra, representaba la publicación en el diario La República, de fojas setenta y uno de autos, con el título «Despedidos reclaman pago de sus sueldos al Banco de la Nación», no acreditándose en autos que los demandantes hayan sido los que contrataron dicho aviso periodístico.

Cuando la extinción de la relación laboral se da con vicio de voluntad, como en el caso Elba Graciela Rojas Huamán (expediente 628-2001-AA/TC),[43] o mediante la «fabricación de pruebas», también estaremos ante un despido fraudulento.

En efecto, en el caso Elba Graciela Rojas Huamán, que hemos mencionado, el Tribunal Constitucional peruano señaló:

> Los hechos descritos en la demanda, llevados a cabo para dar cumplimiento a una disposición de la Oficina Principal de Telefónica del Perú S. A. A., con el mecanismo de trasladar a la recurrente en horas de la noche a una localidad distinta a la de su centro de trabajo habitual, contrastan con cualquier presunción de que el propio

[41] *Sentencia de fecha 12 de julio de 2000, publicada el 16 de diciembre del mismo año.*

[42] *Sentencia de fecha 4 de noviembre de 1999, publicada el 13 de febrero de 2000.*

[43] *Sentencia de fecha 10 de julio de 2002, publicada el 17 de setiembre del mismo año.*

> trabajador, haya sido quien voluntariamente optó por extinguir su vínculo laboral. Por el contrario, aparece una declaración de voluntad cuyo instrumento es presentado en la mesa del funcionario indicado, pero bajo un cargo de recepción, que en este caso no existe, como tampoco aparece en dicha carta el lugar o ciudad donde se giró, actos éstos que ponen de manifiesto la ventaja numérica y funcional con que ha actuado la empresa demandada para la obtención de su propósito.

De presentarse, entonces, alguno de los supuestos antes descritos estaremos, según el criterio del Tribunal Constitucional peruano, ante un despido susceptible de ser cuestionado por medio de un amparo. En cambio, en el caso de que se trate de un *despido injustificado*, es decir, aquel en el cual se despide al trabajador invocando alguna de las causas que permitirían tal accionar, pero no se acredita o prueba de forma fehaciente, debiera acudirse más bien al proceso ordinario, toda vez que, como se indicó anteriormente, el proceso constitucional de amparo carece de actividad probatoria.

Ahora bien, lo poco garantista que, en nuestra opinión, se muestra el escenario peruano para la tutela del derecho a la estabilidad laboral en algunos casos, va a tener serias implicancias en lo que a la utilización del amparo se refiere, sobre todo frente al carácter residual que quiere atribuírsele actualmente a este proceso constitucional. Veamos entonces con detalle el sustento de esta nuestra última afirmación y cuáles serían las vías a las cuales ahora, en principio, debiera acudirse para exigir la tutela de los derechos constitucionalmente protegidos de índole laboral en general.

III. ¿A qué proceso debe ahora acudirse para exigir la tutela de la libertad de trabajo, el derecho al trabajo y el derecho a la estabilidad en el empleo?

Como señalamos al inicio de este trabajo, uno de los principales cambios que ha traído consigo la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional peruano ha sido el de circunscribir el proceso de amparo a un carácter residual, valga decir, ha pasado a ser la última vía a la cual, en principio, debiera acudirse para exigir la protección de los derechos fundamentales que caen dentro de su ámbito de tutela. Y es que la ley 28237 ha previsto, en el inciso dos del artículo cinco, como causal de improcedencia de los procesos constitucionales de la libertad (como es el caso del hábeas corpus, el amparo, el *habeas data* y, mientras la Constitución así lo prevea, el proceso de cumplimiento), la existencia de vías específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, causal que no resulta aplicable al proceso de hábeas corpus, pues, como

señalamos en anterior ocasión,[44] se parte de la premisa de que no existe otra vía específica igualmente satisfactoria para los derechos que este proceso constitucional busca proteger.

Siendo antes el proceso de amparo el medio más empleado por aquellas personas que veían conculcado(s) alguno(s) de sus derechos laborales constitucionalmente protegidos, qué duda cabe que hoy el escenario pasa a ser muy distinto, pues, como ya hemos adelantado, actualmente, antes de acudir al amparo, debiera recurrirse a los procesos ordinarios, siempre que resulten, eso sí, igualmente satisfactorios, tal como lo exige el Código Procesal Constitucional.

1. Algunos criterios que deben considerarse para calificar a una vía específica como igualmente satisfactoria[45]

La determinación de una vía como igualmente satisfactoria pasa, primero, por precisar la pretensión del demandante, esto es, qué busca o espera obtener al iniciar el proceso. Una vez que se tiene clara la aspiración de la persona que interpone la demanda respecto de la decisión final de la autoridad que viene conociendo su causa, se entrará a evaluar, en función de cada caso concreto, si dicho proceso resulta idóneo, suficiente y efectivo para la pretensión. Indudablemente, no estamos ante una materia fácil y serán las circunstancias particulares que revisten y rodean al asunto en litis al momento que se exige la actuación del Estado las que contribuyan a dilucidar esta cuestión. No obstante ello, podemos señalar algunos elementos que pueden, de alguna forma, hacer menos compleja la determinación de una vía como igualmente satisfactoria.

Debe tenerse presente que el recurrir al proceso constitucional de amparo presupone el desamparo, esto es, implica que el individuo se encuentra en una situación de desprotección o indefensión, si se quiere, al no tener a mano un mecanismo procesal que atienda los requerimientos de su caso en concreto.

Así, por ejemplo, será procedente el amparo si, a pesar de tener a disposición un proceso ordinario para la tutela del derecho que se invoca como amenazado o lesionado, el seguirlo, por el tiempo que puede demandar su tramitación

---

[44] *En ese sentido, lo recogido en nuestro libro El Hábeas Corpus en el Código Procesal Constitucional. Una aproximación con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Lima: Jurista Editores, 2005, pp. 142-143.*

[45] *Para el desarrollo de este apartado de nuestro trabajo, nos hemos servido, fundamentalmente, de lo expuesto por Néstor Pedro Sagüés en su libro Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo. Op. cit., p. 165 y ss, y los alcances de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la nación argentina que recoge en dicha obra.*

hasta la decisión final o por otras razones en función del caso en específico, puede conducir a un agravio irreparable. El carácter inminente de un perjuicio grave e irremediable y la necesidad de otorgar una tutela urgente al (o los) derecho(s) involucrado(s) obligan, en estos casos, a acudir al amparo.

Respecto de quién debiera acreditar o probar la inexistencia de otra vía igualmente satisfactoria, pues, en estos casos, la carga de la prueba recae en el demandante, es él quien se encargará de demostrar tal situación. Ahora bien, no debería exigirse, en nuestra opinión, una prueba concluyente para tal efecto, sino prima facie. En otros términos, no es suficiente con alegar la situación de desamparo, sino que hay que acreditarla, pero esta acreditación debe darse con medios probatorios que permitan deducir que, para el caso en concreto, no existe otra vía igualmente satisfactoria, sino solo el amparo. Exigirle al demandante pruebas concluyentes en esta materia puede conducir, en muchos casos, a situaciones de indefensión o desamparo y, en buena cuenta, a la inutilización de este proceso constitucional por parte de los justiciables que legítimamente invocan su procedencia. Corresponderá, finalmente, al juez decidir objetivamente este asunto.

Por otro lado, si estamos ante una circunstancia de conocimiento público o evidente que impide calificar a una vía como igualmente satisfactoria, en nuestra modesta opinión, debiera aplicarse la exención de prueba.

En caso de que el proceso ordinario previsto para la protección del derecho que se alega como amenazado o vulnerado haya pasado a dejar de ser igualmente satisfactorio como consecuencia de la conducta del agraviado, el amparo debiera ser, en principio, declarado improcedente.

El juez que conozca de una demanda de amparo y tiene una duda razonable en torno a su procedencia por considerar que puede o no existir una vía igualmente satisfactoria para el derecho que se aduce como amenazado o lesionado, debiera, a nuestro juicio, en aplicación del principio *favor processum* o *pro actione*, admitirla, de conformidad con lo establecido en el artículo III del Título Preliminar de la ley 28237, más conocida como Código Procesal Constitucional.

Los criterios mencionados anteriormente intentan, de alguna manera, contribuir a dilucidar, ante un caso concreto, si resulta realmente procedente acudir al amparo para exigir la tutela del (o los) derecho(s) fundamental(es) que se invoca(n), en este caso de índole laboral.

2. Las vías, en principio, específicas e igualmente satisfactorias para la tutela de los derechos constitucionales laborales en el Perú

Ahora bien, en el caso de la tutela de los derechos laborales como los descritos en este texto, para determinar cuál es el proceso ordinario que debiera,

en principio, seguirse, es menester precisar el régimen al cual se encuentra adscrito el trabajador. Así, si el trabajador está sujeto al régimen público (decreto legislativo 276), será el proceso laboral público el que le resultará aplicable, mientras que, si el trabajador se encuentra, más bien, sujeto al régimen privado (decreto legislativo 728), sería el proceso laboral privado. Esto sucede, en ambos casos, siempre que, e insistimos con este tema, aquellos procesos se presenten como igualmente satisfactorios.

Necesario es señalar que, actualmente, no todas las personas que laboran en el sector público están sujetas a dicho régimen; por lo tanto, existen diversos procesos en función justamente del régimen al cual se encuentra adscrita cada una de ellas. Así, por ejemplo, hay quienes laboran en el sector público, pero están sujetos al régimen privado y, por consiguiente, seguirían, en principio, el proceso laboral privado y no el público. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la ley 28175, conocida como la Ley Marco del Empleo Público, y las demás leyes de desarrollo, la existencia de diversos procesos, en función del régimen al cual se encuentra sujeto el trabajador, sería dejada de lado; de esta manera, el proceso ordinario laboral pasaría a ser uno solo, el cual debiera, en principio, seguirse en ese caso.

3. El carácter residual del amparo en cuestión frente a la protección contra el despido lesivo de derechos constitucionalmente protegidos prevista en el ordenamiento jurídico peruano

Dada la importancia que reviste para el asunto del cual nos venimos ocupando, no queremos dejar pasar la oportunidad para comentar la particular situación que se presenta, a nuestro modesto parecer, en el caso peruano respecto del carácter residual que hoy se le atribuye al amparo y la debida protección contra el despido lesivo de derechos constitucionalmente protegidos.

El supremo intérprete de nuestra Constitución, en casos como el ya antes mencionado Eusebio Llanos Huayco (expediente 976-2001-AA/TC),[46] ha identificado dos tipos de protección contra el despido arbitrario: una «preventiva» y otra «reparadora».

La protección «preventiva» del despido arbitrario supone que el legislador «prevea», «impida» o «evite» que un trabajador pueda ser despedido de forma arbitraria. Para tal efecto, será por medio de la ley que establecerá las causales y, una vez acreditada(s) alguna(s) de estas, el previo procedimiento disciplinario, si fuera el caso. Para el Tribunal Constitucional peruano, ello se deriva del artículo 27 de la Constitución vigente. Aquella protección

[46] *Sentencia de fecha 13 de marzo de 2003, publicada el 13 de mayo del mismo año.*

recibe la calificación de «preventiva», toda vez que, a su criterio, la protección adecuada que enuncia dicho precepto constitucional radica en evitar el despido arbitrario.

La protección «reparadora», por su parte, ha sido desarrollada por el legislador y establece, en algunos casos, como dijimos, la indemnización; esto significa que, de producirse un despido arbitrario, la ley busca reparar el daño al trabajador que ha visto lesionado su derecho a la estabilidad laboral mediante una compensación económica.

Sin embargo, y aquí la particularidad que se presenta en el caso peruano, al no ser una reparación patrimonial un mecanismo suficiente para paliar la violación del derecho a la estabilidad en el empleo como consecuencia de un despido lesivo de derechos constitucionalmente protegidos, el proceso de amparo se presenta, a diferencia de la indemnización, como un mecanismo procesal con efectos no precisamente resarcitorios, como ocurre con la compensación económica, sino fundamentalmente restitutorios.

Como es de conocimiento general, en principio,[47] la consecuencia de declarar fundada una demanda de un proceso constitucional como el amparo es

---

[47] *Decimos en principio, pues, en la realidad, pueden presentarse diversas situaciones en torno a la interposición de una demanda de un proceso constitucional de la libertad (nos referimos al hábeas corpus, amparo, hábeas data y, mientras la Constitución lo prevea como proceso constitucional, el proceso de cumplimiento) y sus consecuencias en caso de declararse fundada.*

Primero, es posible que se logre restituir el derecho amenazado o vulnerado en su totalidad, como ocurre cuando uno, por ejemplo, plantea una demanda de hábeas corpus ante la privación arbitraria de la libertad personal, en cuyo caso, de declararse fundada dicha demanda, se dispondrá la inmediata libertad del agraviado.

En segundo lugar, puede que el derecho amenazado o vulnerado pueda restituirse solo parcialmente. Un ejemplo, por demás ilustrativo al respecto, es el señalado por Alberto Borea Odría y referido al derecho de reunión. Supongamos que un partido político determinado ha planeado realizar un mitin para una fecha específica, fecha que puede ser clave para los intereses de dicho partido. Sin embargo, dicho mitin no se realizó en virtud de una actuación u omisión arbitraria de una autoridad administrativa. El proceso constitucional que se interpone como consecuencia de tal agravio es declarado fundado, pero la oportunidad precisa para que la reunión tenga lugar ya pasó, por lo que, tal vez, el realizarla tiempo después no va a generar para los agraviados el mismo efecto esperado si ella tenía lugar justamente cuando pretendían. No obstante lo injusto que puede parecer la situación, en estos casos el juez indicará que dicho mitin podrá realizarse cuando los demandantes lo consideren conveniente (BOREA ODRÍA, Alberto. Evolución de las Garantías Constitucionales. Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data, Acción de Cumplimiento. Lima: Fe de Erratas, 2000, p. 52).

Por último, también puede suceder que el derecho que venía siendo amenazado o lesionado no pueda ya ser restituido, es decir, luego de interpuesta la demanda, la situación devino en irreparable. Ante estos casos, según lo previsto en el artículo 1 del Código Procesal Constitucional, el juez deberá declararla fundada y ordenarle al responsable que no vuelva a incurrir en las conductas que practicó en perjuicio del agraviado y que dieron origen a la demanda.

reponer las cosas al estado anterior a la violación del (o los) derecho(s) constitucionalmente protegido(s). Esto último quiere decir que, aun cuando existen supuestos para los cuales el proceso ordinario en caso de culminar de forma favorable al demandante conlleva a la restitución en su puesto de trabajo, si yo busco que, ante cualquier despido que considero que vulnera uno (o algunos) de mis derecho(s) protegido(s) constitucionalmente, se me restituya en el empleo, indudablemente recurriré al amparo en lugar del proceso ordinario,[48] ya que solo por medio de aquel podré encontrar satisfecha mi pretensión, cosa que no ocurriría si optara por la vía ordinaria, como quiera que, en la gran mayoría de casos, la consecuencia de que en este proceso se declare fundada la demanda será una compensación económica.

Así ha tenido oportunidad de reconocerlo el propio Tribunal Constitucional peruano en el caso Eusebio Llanos Huayco (expediente 976-2001-AA/TC)[49] cuando, al referirse a los mecanismos de protección adecuada contra el despido arbitrario, señala que, si bien se cuenta con la indemnización,

> [...] al lado de ella, puede establecerse un sistema o régimen de protección jurisdiccional con alcances diferentes. Es decir, que en vez de prever una eficacia resarcitoria, pueda establecerse una vía procesal de eficacia restitutoria. Es lo que sucede con el régimen de protección procesal previsto a través del proceso de amparo constitucional.

Agrega, pues, que «en el ámbito del amparo, en efecto, ese estado anterior al cual debe reponerse las cosas no es el pago de una indemnización. Es la restitución del trabajador a su centro de trabajo, del cual fue precisamente despedido arbitrariamente».

IV. Una breve recapitulación a modo de conclusión

Como hemos visto, la nueva configuración del amparo en el Perú trae consigo importantes consecuencias en lo que a la tutela de los derechos fundamentales de índole laboral se refiere. A diferencia de lo que venía ocurriendo antes del Código Procesal Constitucional, hoy, si se considera amenazada o

---

[48] *Eso sí: siempre que no estemos ante lo que el Tribunal Constitucional ha calificado como un despido injustificado, ya que, como tuvimos oportunidad de precisarlo anteriormente, en este supuesto sería necesario actuar pruebas, lo cual no es posible en el escenario del proceso de amparo.*

[49] *Sentencia de fecha 13 de marzo de 2003, publicada el 13 de mayo del mismo año.*

vulnerada la libertad de trabajo, el derecho al trabajo[50] o el derecho a la estabilidad en el empleo (algunos de los más frecuentemente invocados en sede constitucional), deberá acudirse, en principio, a los procesos ordinarios que se tiene a disposición, siempre que estos, de conformidad con el segundo inciso del artículo cinco de la ley 28237, se presenten como igualmente satisfactorios para la pretensión.

Siendo, como dijimos, la libertad de trabajo, el derecho al trabajo y el derecho a la estabilidad en el empleo los derechos que más usualmente son invocados por los demandantes al iniciar un proceso de amparo, se hacía también necesario precisar las dimensiones o perspectivas de protección que corresponden a cada uno de ellos, así como las conductas que pueden eventualmente amenazarlos o lesionarlos. Esperamos que estas precisiones puedan contribuir a evitar las aún recurrentes confusiones entre estos derechos que se suelen presentar en la realidad.

Ahora bien, debe tenerse presente que aquel carácter residual o subsidiario que hoy el Código Procesal Constitucional le atribuye al amparo genera en los juzgadores la responsabilidad y obligación de ser prudentes al momento de conocer un caso en concreto y no declarar improcedente sin más la demanda interpuesta por el simple hecho de que existe un proceso ordinario que puede eventualmente atender el (o los) derecho(s) invocado(s). Como hemos tratado de señalar aquí muy sucintamente, la existencia de una vía ordinaria no es suficiente para inclinarse por la improcedencia de este proceso constitucional, sino que aquella deberá resultar igualmente satisfactoria.

La determinación de una vía como igualmente satisfactoria no es tarea fácil, aunque existen ciertos criterios que, aplicados al asunto en cuestión, pueden eventualmente contribuir a su precisión. Algunos de dichos criterios los hemos tratado de desarrollar aquí.

Serán los demandantes los que tendrán que probar que no existe otra vía igualmente satisfactoria para su pretensión que el proceso de amparo. Indudablemente, estamos ante una gran responsabilidad que recae sobre los accionantes; por ello, para tal efecto, debe requerirse, según nuestro entender, no

---

[50] *Aun cuando va ser en el inciso diez del artículo 37 de la ley 28237, también conocida como el Código Procesal Constitucional, en el que vamos a encontrar recogido expresamente el derecho al trabajo como parte del ámbito de protección del proceso de amparo, ello no quiere decir que solo él sea susceptible de ser tutelado por este proceso constitucional. El inciso 25 del mismo artículo nos dice que se encuentran en la misma situación los demás derechos que la Constitución reconoce. Por consiguiente, de allí y de los tratados internacionales de derechos humanos de los cuales nuestro país es parte y de los que se deriven de la dignidad de la persona, podemos deducir una gama más amplia de derechos laborales que, si no existe otra vía igualmente satisfactoria, bien pueden ser protegidos por el amparo.*

una prueba concluyente sino prima facie. Y será el juzgador el que determinará de forma objetiva si ello efectivamente es así. De existir una duda razonable en esta materia, el juez debiera inclinarse por admitir la demanda de amparo.

Finalmente, debemos señalar que, a nuestro juicio, si se presenta un caso de despido conculcatorio de un (o algunos) derecho(s) constitucionalmente protegido(s) y el sujeto agraviado busca ser repuesto en el empleo, pero no se encuentra en ninguno de los supuestos para los cuales la legislación ha previsto dicha consecuencia en el supuesto de que la demanda sea declarada fundada en el proceso ordinario, bien podrá acudir al proceso constitucional de amparo. La compensación económica prevista para la gran mayoría de casos de despido arbitrario, si se sigue la vía ordinaria, no resulta, pues, en nuestra opinión, una medida satisfactoria, en este caso, para la pretensión del demandante, mientras que el amparo sí, ya que busca reponer las cosas al estado anterior de la violación (ser repuesto en el empleo), salvo mejor parecer.

Sobre la constitucionalización de elementos de la carrera judicial: qué incluir y bajo qué consideraciones

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera*

I. A modo de introducción

Como es de conocimiento general, resulta un elemento esencial e inherente a todo Estado constitucional la protección efectiva de los diferentes derechos fundamentales, entre ellos, la tutela jurisdiccional efectiva en la mayor igualdad de condiciones posible. Encontrándonos, además, en un contexto en donde la búsqueda de la tutela judicial se justifica en tanto y cuanto se quiere que los juzgadores resuelvan en clave jurídica los más relevantes problemas sociales, económicos o políticos de una sociedad determinada, bien puede comprenderse la relevancia de la función jurisdiccional en el Estado constitucional en abstracto, así como la de la labor de cualquier juez individualmente considerado al impartir justicia en una situación sometida a su competencia.

Por otro lado, siendo múltiples las expectativas que en los escenarios antes descritos generan las labores de corte jurisdiccional, pero también existiendo muchas dudas y cuestionamientos a nivel mundial sobre si los jueces vienen desempeñando debidamente su delicada labor, fácilmente puede entenderse cómo en el Perú, al igual que en otros países europeos y latinoamericanos, existen importantes sectores sociales y políticos que, por lo menos en el discurso, reclaman poner en práctica un proceso de modernización y replanteamiento de las labores de impartir justicia. Este proceso implicaría el fortalecimiento institucional tanto de la judicatura ordinaria como de la constitucional (si ella existiese en forma autónoma), situación que, además, demanda, fundamentalmente, dejar de lado aquella concepción

* *Profesor titular de pregrado y posgrado de Derecho Constitucional de las universidades Pontificia Universidad Católica del Perú, Nacional Mayor de San Marcos y de Lima. Profesor principal y ex director general de la Academia de la Magistratura.*

tradicional que, en forma equívoca, concibe al juez como un órgano auxiliar en la tarea de impartición de justicia, para pasar a darle al juzgador el papel principal que verdaderamente le corresponde.

En esa misma línea de pensamiento, diversos Estados no solamente han otorgado a sus jueces la responsabilidad de resolver conflictos de intereses y situaciones de incertidumbre jurídica, sino también creado una serie de disposiciones que regulan aquello que habitualmente se denomina la carrera judicial. En este contexto, hablar de carrera judicial es referirse al conjunto de elementos articulados entre sí, destinados a regular el ingreso, ascenso, régimen disciplinario, régimen laboral, prerrogativas, incompatibilidades, especialidad y retiro de quien ejerce función jurisdiccional, elementos con los cuales se busca asegurar la independencia e idoneidad de los juzgadores y la autonomía de la institución a la cual pertenecen.[1] Estas disposiciones se encuentran contenidas en diversas normas como, por ejemplo, en las diferentes leyes orgánicas de las judicaturas ordinarias de Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador, España, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Perú, así como en otras leyes relacionadas con estos temas, como aquellas destinadas a regular el funcionamiento de los Consejos de la Magistratura o de la Judicatura, allí donde existen esas instituciones.

Sin desmerecer este tratamiento normativo, otros Estados, con la finalidad de coadyuvar al fortalecimiento de la independencia del juez y la autonomía de la institución o instituciones con atribuciones jurisdiccionales, y como medida de revalorización, protección y mayor garantía para quienes se encuentran comprendidos dentro de la carrera judicial, han optado por la dación de una ley especial, mas no en esos casos necesariamente de carácter orgánico, sobre materias propias o íntimamente relacionadas con la carrera judicial; así, buscan alcanzar un adecuado tratamiento sobre la materia. Bajo este supuesto se ha abordado este tema en países como Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras o Venezuela. En otros casos, se han expedido reglamentos destinados a abordar estos asuntos en forma más bien pormenorizada: ello es lo que ha ocurrido en países como Ecuador, España, Panamá o México.

Ahora bien, toda esta normativa debe manejarse sobre la base de ciertas pautas, las cuales, en la línea de fenómenos como el de la «constitucionalización del Derecho»[2] o el de asumir a la Constitución como parámetro de

---

[1] *Asumimos así, en líneas generales, la definición esbozada por* BIELSA, *Rafael y Eduardo* GRAÑA. *Justicia y Estado: A propósito del Consejo de la Magistratura. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.*

[2] *Nos referimos aquí al fenómeno por el cual las diferentes instituciones del ordenamiento jurídico de un Estado en particular deben tener como base para su comprensión e*

validez formal y material de todo el ordenamiento jurídico de un Estado en particular,[3] comienzan a ser expresamente recogidas en los diferentes textos constitucionales a nivel mundial.

Hay quien podrá discutir si la inclusión de algunos de los elementos centrales de la denominada «carrera judicial» en los diversos textos constitucionales es realmente indispensable o pertinente. Lo cierto es que, independientemente de si esta es o no una buena técnica del constituyente, es algo que viene dándose. Es más, el problema progresivamente comienza a ser si lo consignado en las distintas Constituciones cumple con los objetivos que a nivel doctrinario se han esgrimido para justificar su incorporación o, por lo menos, si proporciona elementos que apuntan a la consecución de esos mismos objetivos.

Ese es hoy justamente el escenario que, en nuestra modesta opinión, viene dándose en el caso peruano. Basta solamente con efectuar una mirada a lo previsto en los capítulos VIII y IX del Título IV de la Constitución de 1993 —dedicados en principio a regular lo referente al Poder Judicial[4] y al Consejo Nacional de la Magistratura, respectivamente— para comprobar como allí se incluyen elementos que están relacionados con aspectos propios de la llamada «carrera judicial». Sin embargo, necesario es reconocer que lo dispuesto en el texto constitucional peruano ahora vigente lamentablemente no parece sostenerse o basarse en un modelo de carrera judicial propio o, por lo menos, reflejo de los ya existentes en el derecho comparado; y, además, se incurre en errores e imprecisiones conceptuales, deficiencias y ambigüedades con algunas repercusiones prácticas realmente preocupantes.

El presente trabajo buscará entonces explicar y explicitar con mayor detalle los alcances de la aseveración que acabamos de formular, para luego hacer puntual referencia a aquello que a nuestro parecer debería, según sea

interpretación lo prescrito en la Constitución de dicho Estado. Estamos aquí ante un tema que hemos desarrollado con detalle en varios otros trabajos, entre ellos, en nuestro libro Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso. Lima: Ara, 2003, especialmente p. 55 y ss.

[3] *Con ello se dice que en la Constitución de un Estado es donde encontramos las pautas básicas de procedimiento para generar normas jurídicas, así como la determinación sobre cuáles contenidos se reputan como conforme a derecho. Estas materias se encuentran también desarrolladas en nuestro libro anteriormente citado.*

[4] *Como bien se sabe, la denominación «Poder Judicial» es una convención, pues, en rigor, no existen «poderes del Estado». El poder del Estado es uno y sus diversas funciones se ejercen por medio de distintos órganos u organismos. Lo que se conoce habitualmente como «Poder Judicial» debiera, en principio, ser conocido como judicatura ordinaria, tal como se hace en otros países. Sin embargo, al ser una denominación habitualmente utilizada y, además, recogida por el texto constitucional vigente, en el presente trabajo no podemos dejar de hacer mención a la misma.*

el caso, incluirse o modificarse. Pasemos entonces a realizar ese análisis de inmediato.

II. Lo prescrito en el texto constitucional peruano al respecto

1. Una gran confusión en la plasmación de conceptos y sus repercusiones

Luego de señalarse que la potestad de «administrar» (en rigor debiera decir impartir) justicia emana del pueblo y la ejerce el Poder Judicial por medio de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes, aseveración que, muy independientemente de sus buenas intenciones, tiene en su misma formulación una serie de aspectos por lo menos discutibles,[5] la carta de 1993, y más específicamente su artículo 139, dice hablar de principios y derechos de la función jurisdiccional, incluyendo en sus diversos incisos una serie de derechos ciudadanos (aunque básicamente exigibles en favor del justiciable), principios destinados a orientar el ejercicio de la función jurisdiccional, y obligaciones de ineludible cumplimiento por el juez.

Allí ya encontramos una mención a la independencia, presupuesto y objetivo central de la configuración de una verdadera carrera judicial. Sin embargo, luego encontramos más referencias vinculadas a la carrera judicial, aunque justo es reconocer que en forma asistemática, incompleta y, además, incurriendo en confusiones y errores.

Entramos aquí a un tema que, muy a despecho de su enorme relevancia, desafortunadamente no ha sido abordado hasta hoy con el cuidado que el mismo reclama. Basta con dar un rápido vistazo al texto de 1993 para darse cuenta de que no existe claridad sobre los alcances de los conceptos utilizados ni un tratamiento sistemático de los mismos. El presente comentario

---

[5] *En este sentido, se plantea el artículo 138 de la Constitución de 1993. Las deficiencias de su formulación saltan a la vista: hablar de una administración de justicia que emana del pueblo nos remite a una concepción del juzgador como mera boca o ejecutor de la ley, expresión jurídica por excelencia de la voluntad general. Hoy esta lógica ha sido, en algunos lugares en los hechos y en otros solamente en el discurso, dejada de lado o, por lo menos, puesta en entredicho. Reconocida la fuerza normativa de la Constitución, a la cual, al igual que en los Estados Unidos desde el célebre Marbury frente a Madison, se le reconocerá el carácter de norma jurídica con prescripciones que se plantean como de obligatorio cumplimiento incluso a los congresistas, se fortalece la relevancia del rol de los juzgadores, cuyo quehacer va ahora bastante más allá que de una mera aplicación de leyes. Actualmente, son los jueces los intérpretes jurídicos vinculantes por excelencia y los que, con el objetivo de potenciar una lógica favor libertatis o de comprender todo aquello considerado dentro de lo jurídico conforme a la Constitución, cada vez suelen encontrarse más lejos de aplicaciones mecánicas o lecturas literales de la normativa vigente.*

intentará, entonces, dar algún orden y claridad a lo previsto actualmente; así se deja abierta la puerta para pasar a efectuar un análisis de lo prescrito y anotar, de ser el caso, si convendría modificar lo actualmente vigente y/o añadirle algunas disposiciones adicionales.

Intentando establecer una comprensión uniforme de los conceptos empleados, señalaremos, en primer lugar, que hablar de «derecho» implica contar con una posibilidad de hacer o no hacer algo, potestad cuyo ejercicio debe ser exigible y respetado tanto por las diversas instancias estatales como los particulares, siempre y cuando esa decisión no vaya en contra o más allá de lo permitido por el ordenamiento jurídico de un Estado en particular. Una función del Estado no tiene, entonces, derechos sino principios, prerrogativas o límites que enmarcan lo que puede hacerse a su amparo.

Cuando hablamos de beneficios, en cambio, nos referimos a aquello que se le otorga o reconoce a alguien por estar en una determinada situación o cumplir ciertos requisitos. Garantía, por su parte, es la pauta prevista para lícitamente proteger a algo o a alguien. Obligación apela a la exigencia de asumir y/o respetar ciertas conductas como presupuesto de indispensable cumplimiento para asegurar, entre otras cosas, condiciones mínimas de pacífica convivencia ciudadana. Por último, incompatibilidad apela a la imposibilidad jurídica inherente a la persona que ejerce un cargo de, según sea el caso, acumular determinadas funciones públicas o ciertos mandatos electivos, o una función pública o mandato electivo con algunas ocupaciones privadas.

El establecer estas precisiones conceptuales no es un asunto menor, pues, en función de como se considera cada situación, deberá configurarse el tipo de responsabilidad en que se hubiera incurrido y los mecanismos a los cuales eventualmente acudir para hacer el deslinde correspondiente, aplicar sanciones y permitir la impugnación de dichas sanciones.

Mientras no se realicen urgentes precisiones al respecto, seguramente seguiremos teniendo que hacer frente a una serie de dificultades, pues la sola y escueta mención de estos conceptos que aquí hemos hecho demuestra cómo la carta de 1993 incurre en este tema en abiertas confusiones de planos. Así, por ejemplo, en su artículo 146, comienza hablándose de una incompatibilidad de la función jurisdiccional cuando en rigor, por el mismo alcance de cada concepto, debiera hablarse de una eventual incompatibilidad de la persona que se desempeña como juez. A continuación, en el párrafo siguiente, se establece una prohibición (entendida en rigor como una conducta que no puede realizarse en el ejercicio de un cargo) y termina consignándose una obligación de que el Estado garantice a todos los jueces una serie de situaciones, entre las cuales se mezclan derechos del juzgador (remuneración) con otros conceptos que, sin entrar aquí en la discusión

sobre si son o no derechos de un juez, involucran más bien una garantía a la función jurisdiccional antes que a la persona que desempeña estas tareas.

Las consecuencias en el ámbito de la determinación de responsabilidades y los mecanismos a los cuales recurrir para conseguir esa determinación son muchas y muy complejas, máxime si estamos ante un precepto con un tratamiento de los conceptos que aborda tan confuso como aquel que acabamos de reseñar. Estamos, pues, ante deficiencias de manejo conceptual que desafortunadamente se encuentran muy lejos de ser algo excepcional en el texto peruano actualmente vigente. Nos encontramos, por tanto, indudablemente ante materias que demandan importantes precisiones en su formulación, ya sea por medio de una eventual reforma constitucional o estableciendo pautas de interpretación mediante sentencias del Tribunal Constitucional, sentencias de la judicatura ordinaria y precedentes administrativos, tareas que esperamos sean asumidas a cabalidad.

2. Los requisitos exigidos para ser vocal supremo o la conveniencia de establecer exigencias más bien objetivas

Inmediatamente luego de ello, el artículo 147 de la Constitución vigente se ocupa de los requisitos para ser juez de la Corte Suprema de Justicia de la República. Comprensible es que el acceso a un cargo de tanta relevancia solamente debiera conseguirse si se reúnen ciertas condiciones básicas. En ese contexto, se entiende el establecimiento de algunos requisitos, aunque desde ahora adelantamos nuestra preocupación por la real utilidad que puedan tener algunos de los previstos en la carta de 1993 si lo que en rigor se quiere es apuntalar mejor el perfil del juez de la Corte Suprema que se desea tener, tema que retomaremos después.

Nos explicamos: frente a cargos tan relevantes como son los de vocal supremo, fiscal supremo o integrante del Consejo Nacional de la Magistratura, la tendencia a nivel mundial es la de la exigencia de cumplir con ciertos requisitos que llamaremos objetivos: experiencia acumulada en labores similares, acreditaciones sobre la calidad del trabajo efectuado (felicitaciones, reconocimientos, demostración de no haber sido sancionado por inconducta funcional), etc. Y es que alguien podría tener 45 años o más, pero carecer de toda experiencia o vinculación con el cargo que quiere ejercer, o poseer unos antecedentes que más bien deberían descalificarle para esta o para cualquier otra función pública. En sentido contrario, podría existir quien, siendo a todas luces idóneo para asumir estas responsabilidades, no pueda desempeñarlas por no haber llegado a la edad constitucionalmente prescrita.

De otro lado, y aun cuando reconocemos que el tema aquí puede ser por demás polémico, también es posible plantearse la interrogante sobre si alguien

que no nació en el Perú, pero que ha vivido buena parte de su vida en nuestro país, se ha asimilado a nuestras costumbres y forma de ser y, finalmente, ha optado por tomar nacionalidad peruana, debe impedírsele asumir una labor con un perfil más bien técnico como el de ser integrante de la Corte Suprema de la República, la Junta de Fiscales Supremos o del Consejo Nacional de la Magistratura, máxime si este se encuentra dentro de los parámetros previstos en la misma carta de 1993.

Creemos que con estas explicaciones quedan claras las razones por las cuales la tendencia a nivel mundial es hoy, repetimos, la de suprimir exigencias como la de la edad, así como en no hacer distingos entre, consignando aquí el gentilicio aplicable en nuestro país, peruanos de nacimiento y peruanos por adopción en el acceso a la función pública, sino establecer únicamente excepciones muy puntuales al respecto, mayormente relacionadas con la Jefatura del Estado y la Jefatura del Gobierno. Lo que sí parece objetivo es que quienes asuman tan delicadas responsabilidades sean ciudadanos en ejercicio y, por ende, no incursos en los supuestos previstos en los artículos 33 y 34 de la Constitución vigente, así como en sus normas de desarrollo.

Ello se comprueba al abordarse otros temas relacionados con la materia que venimos analizando en el presente trabajo. El mismo reconocimiento de atribuciones jurisdiccionales a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas, cuyo nivel de coordinación con los juzgados de paz y las demás instancias de la judicatura ordinaria puede, al manejar un concepto laxo de jurisdicción,[6] generar también

---

[6] *Esta es, lamentablemente, una deficiencia también patente en otros preceptos de la Constitución peruana actualmente vigente. Ello explica que se considere al arbitraje una excepción al principio de unidad de la función jurisdiccional cuando en rigor allí no estamos ante tareas propias de quienes ejercen jurisdicción, sino ante un medio alternativo de composición de conflictos.*

Y es que, cuando hablamos de función jurisdiccional, nos estamos refiriendo al poder-deber del Estado de, dentro de ciertas condiciones de igualdad y en un plazo razonable, resolver un conflicto de derechos o una situación de incertidumbre con relevancia jurídica; para ello, se debe valer del imperium del Estado para hacer cumplir las decisiones que tome en cada caso en particular. Ello se traduce en el reconocimiento de ciertos atributos de todo juzgador, los cuales son, a saber, notio, vocatio, coertio, ejecutio y judicium. Asimismo, aquello permite discutir la idea de considerar como actividad jurisdiccional a respetables medios de composición de conflictos como los ejercidos en el ámbito comunal o el arbitraje.

No plantear esta necesaria distinción, desafortunadamente no acogida con claridad en el texto constitucional vigente, nos genera una serie de interrogantes y dificultades. En lo más directamente vinculado con la carrera judicial, las preocupaciones sin duda están relacionadas a si podemos considerar dentro de la carrera judicial a quienes componen conflictos por medio de mecanismos como los mencionados en el párrafo anterior o a algunos otros más. Ello implicaría reconocerles todos los derechos y beneficios que ello acarrea, pero también exigirles el cumplimiento de los deberes y el no

algunas complicaciones en el tratamiento del tema que ahora nos ocupa, el de la determinación de los alcances de la carrera judicial, pues podríamos estar ante casos de personas a las cuales se les reconoce función jurisdiccional con competencias que implican abordar las mismas materias habitualmente confiadas a la judicatura ordinaria, mas estarían fuera de la carrera judicial.

3. El consejo nacional de la magistratura y su importante vinculación con la configuración de una verdadera carrera judicial en el Perú

3.1 Anotaciones iniciales

Dejando el capítulo en principio dedicado al Poder Judicial, es necesario anotar cómo en el siguiente capítulo constitucional, el noveno de su título cuarto, previsto en líneas generales para regular todo lo referente al Consejo Nacional de la Magistratura, se desarrollan otros aspectos directamente vinculados con lo que en rigor debiera ser una carrera judicial. Se otorga entonces al Consejo Nacional de la Magistratura, organismo «independiente» (en puridad, debió decirse autónomo),[7] importantes responsabilidades, como la selección y nombramiento de jueces y fiscales, salvo que estos provengan de elección popular;[8] la ratificación o no ratificación de todos los jueces y fiscales del Perú cada siete años; la posibilidad de destituir a los vocales de la Corte Suprema y fiscales supremos y, a solicitud de la Corte Suprema o de la Junta de Fiscales Supremos, a los jueces y fiscales de todas las instancias, respectivamente; y, finalmente, extender a esos jueces y fiscales el título oficial que les acredita, requisito de indispensable cumplimiento para proceder al ejercicio de tan importantes cargos.[9]

---

incurrir en los impedimentos, prohibiciones e incompatibilidades relacionadas con el ejercicio de responsabilidades de tipo jurisdiccional.

[7] *Aunque algunos tienden a usar los conceptos «independencia» y «autonomía» como sinónimos, en rigor estamos hablando de cosas distintas: independencia implica autodeterminación, capacidad de decidir por uno mismo, sin interferencias, ya sea a nivel interno o en el plano externo. Autonomía, en sentido estricto, apela a la posibilidad de autorregulación, de darse sus propias normas. Por ello, evaluando lo prescrito sobre el Consejo Nacional de la Magistratura, aquí fundamentalmente debería hablarse más de autonomía que de independencia.*

[8] *En este sentido, véase el artículo 150 de la carta de 1993. La misma Constitución prescribe, en su artículo 152, que los jueces de paz provienen de elección popular y deja abierta la puerta para que legalmente pueda establecerse la elección de jueces de primer grado. Esta última posibilidad hasta hoy no ha sido puesta en práctica.*

[9] *Esto es lo prescrito en los diferentes incisos del artículo 154 de la Constitución peruana de 1993.*

Estamos, pues, en el escenario de lo básicamente previsto en el artículo 154 de la carta de 1993. Esta disposición constitucional, al igual que las normas previstas para su desarrollo (rubro en el cual se encuentra, por ejemplo, el artículo 2 de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura) nos muestran como en el Perú, a veces sin mucha sistemática o conocimiento de causa, se ha optado por un modelo mixto o compartido de gobierno, tanto a nivel del Poder Judicial como del Ministerio Público. Esta fórmula tiene sin duda algunas ventajas, pero también genera una serie de dificultades, máxime si en nuestro país no se ha puesto en práctica (e, incluso, genera resistencias) la idea de instalar un sistema de justicia y además, hasta hoy no se cuenta con una carrera judicial con un objetivo y una regulación claramente definidas.

Lo expuesto, antes de ingresar ya al detalle de lo prescrito en cada uno de los incisos del artículo 154 de la Constitución peruana vigente, implica dar respuestas a una serie de interrogantes. La primera de ellas, qué duda cabe, se encuentra vinculada a determinar qué se entiende por gobierno del Poder Judicial o del Ministerio Público. En líneas generales, al hablar de gobierno, estaríamos aludiendo al conjunto de funciones, a modo meramente enunciativo, que implican la fijación de políticas generales; la planificación, obtención y asignación de los recursos necesarios para llevar a cabo los objetivos institucionales; la proyección del futuro comportamiento de la institución; el dictado de la reglamentación que permita materializar su labor; el establecimiento de los mecanismos de control y comunicación, tanto interna como externa, así como la realización de las acciones más importantes involucradas con ambos temas; y el mantenimiento de relaciones interinstitucionales con otros organismos u órganos, sean estos públicos o privados.[10]

Vinculado a ello estará la especificación sobre qué modelos existen en el derecho comparado al respecto, tomando en cuenta claro está que, en muchos países, el Ministerio Público o Ministerio Fiscal, si existe, no constituye un organismo constitucionalmente autónomo. Dentro de las muchas clasificaciones existentes al respecto,[11] la pauta asumida en el Perú nos lleva a un

---

[10] *BIELSA, Rafael y Eduardo GRAÑA. Op. cit., p. 700.*

[11] *Particularmente, nosotros asumimos como la más completa la clasificación propuesta por GARCÍA BELAUNDE, Domingo. «Gobierno y administración del Poder Judicial». Ius et Veritas, n.º 14, año VII, 1997, p. 24, Lima. Allí García Belaunde distingue entre un modelo político (donde el gobierno de la judicatura ordinaria radica y depende del poder político en general y, más propiamente, del gobierno de turno en particular), un modelo corporativo (con autogobierno del Poder Judicial) y uno institucional (donde las labores de gobierno se centran en un Consejo de la Judicatura o institución con nombre y características similares). Si bien es una clasificación planteada para el gobierno de la judicatura ordinaria, creemos que bien puede aplicarse también al Ministerio Público.*

escenario complejo, en donde algunas atribuciones de gobierno han quedado exclusivamente a cargo del Consejo Nacional de la Magistratura (nombramiento de jueces y fiscales, por ejemplo); otras han sido específicamente confiadas a instituciones, según sea el caso, del Ministerio Público o del Poder Judicial; y, finalmente, en algunas de estas tareas se cuenta con responsabilidades compartidas (el manejo de lo disciplinario es, en este caso, un buen ejemplo de lo señalado).[12] Y esta complicada asignación de competencias no se da en forma estática y permanente, sino que se encuentra en una situación de constante evolución.

La mención, entonces, en este contexto, a la ausencia en nuestro país de una carrera (sea esta judicial o fiscal) o de un sistema de justicia toma aquí una especial relevancia.

Nos explicamos: si por carrera, ya sea judicial o fiscal, entendemos lo ya anotado en este mismo texto, es decir, el conjunto de elementos articulados entre sí destinados a regular el ingreso, ascenso, régimen disciplinario, régimen laboral, prerrogativas, incompatibilidades, especialidad y retiro en función del perfil del juez o fiscal que se quiere apuntalar; y si buscamos asegurar la independencia de estos funcionarios y, por ende, la autonomía de las instituciones a las cuales pertenecen, pocas tareas son tan importantes para la configuración de las labores de gobierno confiadas al Consejo Nacional de la Magistratura peruano como las vinculadas a la carrera judicial o fiscal, situaciones en las cuales algunos de sus momentos más relevantes están precisamente recogidos en los diferentes incisos del artículo 154 que venimos comentando, tareas en las cuales una adecuada toma de posición parece demandar un nivel de trabajo conjunto y coordinado entre todos los actores involucrados con la impartición de justicia, con y en la lógica de un sistema, salvo mejor parecer.

3.2 El inciso primero del artículo 154 y el delicado tema de los nombramientos de jueces y fiscales

El ingreso o el ascenso son indudablemente dos conceptos claves en la conformación de las carreras judicial y fiscal. La asignación de una plaza a quien recién ingresa a estos espacios o la promoción a un puesto con una jerarquía mayor para quien ya es juez o fiscal, actos que en líneas generales

[12] *Como es de conocimiento general, las destituciones están reservadas al Consejo Nacional de la Magistratura, de acuerdo con lo previsto en la ley 26397, Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura. En cambio, la aplicación de otras sanciones disciplinarias, de acuerdo con las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y del Ministerio Público, es competencia de diversas instancias al interior de cada una de esas instituciones.*

se les denomina nombramiento, demandarán un especial cuidado si lo que con ellos se quiere es asegurar una judicatura ordinaria y un Ministerio Público autónomos; jueces y fiscales independientes; y, finalmente, magistrados que respeten una serie de principios y valores y que, además, cuenten con los conocimientos, habilidades y actitudes que demandan sus delicadas e importantes labores.

En el tema de nombramientos judiciales y fiscales, las fórmulas en el derecho comparado oscilan, si tomamos en cuenta cuántos actores participan en su configuración, entre los denominados modelos simples (nombramiento a cargo de una sola institución o persona) y los calificados como modelos complejos (nombramiento como responsabilidad en cuya conformación participa más de una entidad). Por otro lado, y yendo más bien a las características de quien(es) se encarga(n) del nombramiento, tenemos los nombramientos por cooptación (son los mismos jueces y/o fiscales quienes se encargan del ingreso o ascenso en la judicatura ordinaria y el Ministerio Público, respectivamente), los nombramientos a cargo de organismos de corte político o nombramientos políticos, los que se encuentran a cargo de organismos técnicos y las fórmulas mixtas.

La historia peruana demuestra cómo aquí prácticamente se ha experimentado con todas las fórmulas existentes en el derecho comparado sobre el particular, con el añadido de haber establecido fórmulas diferentes en función del grado al cual se buscaba ingresar o ascender.

Solamente mirando los diferentes textos constitucionales aprobados a lo largo de nuestra historia republicana veremos cómo a nivel de los jueces de la Corte Suprema, incluso hasta la dación de la Constitución de 1933, la tendencia básicamente apuntaba a la elaboración de ternas por el Gobierno de turno, ternas que eran enviadas al Congreso, institución finalmente encargada de nombrar al magistrado entre la lista de propuestas. Ello cambia con la Constitución de 1979, en la que es el Consejo Nacional de la Magistratura de aquel entonces quien propone ternas dentro de las cuales el Presidente de la República nombraba al (a la) candidato(a) que consideraba idóneo(a) para desempeñar tan delicada labor. Esa decisión presidencial iba a ser finalmente sometida a la ratificación por el Senado.

En el ámbito de las cortes superiores, se tendía a la elaboración de propuestas por la Corte Suprema y nombramiento a cargo del Gobierno de turno. Ello cambia con la Constitución de 1979.

En el caso de los jueces, inicialmente se tendía a la elaboración de propuestas por las distintas cortes superiores y nombramiento por los Gobiernos de turno. Debió esperarse también a la Constitución de 1979 para ver cambios en el tratamiento de esta materia, dándose el nombramiento y/o ascenso de jueces por pautas diferentes a las formalmente previstas. En cualquier

caso, se hace aquí necesario efectuar dos importantes precisiones: en primer término, y dada la casi endémica inestabilidad política nacional, muchas veces lo previsto en los textos constitucionales estuvo más cerca de constituir un catálogo de buenas intenciones. En segundo lugar, una materia siempre discutida, aun cuando no precisamente generadora de consensos, ha sido siempre la de la conveniencia o inconveniencia de tener una promoción abierta, una cerrada o asumir fórmulas intermedias que aseguren un cupo de plazas a asignarse para quienes ya están en la carrera judicial o fiscal.

Y, junto con estas precisiones, una constatación: el riesgo de intromisión de consideraciones político-partidarias en esta clase de nombramientos en muchas ocasiones, desafortunadamente, estuvo lejos de constituir únicamente una posibilidad; antes bien, se convirtió en algo continuo y frecuente.

La Constitución de 1993 buscó entonces implantar una fórmula que permitiera dejar de lado el riesgo evidente y, desafortunadamente, práctica frecuente incluso en épocas de plena vigencia de algún texto constitucional: la intervención político-partidaria en el nombramiento de jueces y fiscales.

Es en este escenario en que se confía a un organismo con una composición como la del Consejo Nacional de la Magistratura tan delicada tarea, y bien puede entenderse que el correcto ejercicio de esas competencias por quienes integraban dicho Consejo fuera un motivo de confrontación en el fujimorismo, zanjado de la peor manera posible: el dictado de una ley que, inconstitucionalmente, recortaba las atribuciones del Consejo Nacional de la Magistratura, lo cual provocó la renuncia de todos sus miembros titulares en señal de protesta y la posterior conformación de un Consejo mediatizado compuesto por sus inicialmente miembros suplentes. Al lado de ello, se fue consolidando progresivamente un preocupante e impresionante número de jueces y fiscales provisionales (más del setenta por ciento en todo el país a la caída del fujimorismo), con todo lo nocivo que aquello suele resultar para la independencia de cualquier juez o fiscal y la autonomía de sus instituciones.

Dejadas de lado las normas que arbitraria e inconstitucionalmente buscaban restarle competencias al Consejo Nacional de la Magistratura, el reto, en nuestra modesta opinión, es hoy básicamente otro: el ayudar a aquella que a nuestro parecer es la opción que hace posible los mejores nombramientos. Ello implica, entre otras cosas, tener un muy claro perfil del juez y/o el fiscal con el cual se quiere contar y, además, efectuar un conjunto de acciones, tanto a nivel de remuneraciones como de condiciones de trabajo que aseguren el reclutamiento de los mejores; o acompañar el procedimiento previo al nombramiento con una labor de capacitación, según sea el caso,

del (la) ingresante o el (la) promovido(a) en aquellos conocimientos, habilidades y actitudes necesarias para el mejor desempeño de la actividad que va a desempeñar. En esta labor de capacitación, la Academia de la Magistratura está llamada a cumplir un rol central. Indudablemente, no son estos temas los que deban estar consignados expresamente en un texto constitucional, pero no por ello puede desconocerse su significativa relevancia y, sobre todo, su rol de inspirar los preceptos que finalmente se incorporan, si se considera conveniente, a la Constitución vigente de algún Estado en particular.

3.3 Las ratificaciones judiciales: sus alcances y un análisis sobre la conveniencia de su existencia y su actual regulación

La labor de ser juez o fiscal es, sin duda, una tarea tan importante como compleja. Para ella, se requiere tener una serie de capacidades profesionales (conocimientos, habilidades, actitudes) y actuar inspirado en una serie de principios y valores. Puede entonces darse el caso de alguien que, sin incurrir en conductas que deban recibir una sanción disciplinaria, no reúna las capacidades antes mencionadas o actúe dejando de lado principios como los de independencia, imparcialidad, legalidad o socialización, o soslayando el respeto a valores como justicia, integridad o equilibrio personal.

Ante una necesaria evaluación del desempeño de quienes ejercen funciones jurisdiccionales o fiscales, la mayoría de los miembros de una comisión cuya conformación fue promovida por los integrantes de la sala plena de la Corte Suprema de Justicia de aquella época[13] propusieron la instauración en el Perú, en esta oportunidad a nivel constitucional y en forma permanente, de las ratificaciones judiciales y fiscales.

Las ratificaciones judiciales y fiscales no son un tema nuevo en el Perú. Entre los antecedentes históricos existentes en nuestro país a la actual plasmación constitucional de las ratificaciones judiciales y fiscales podemos bien mencionar al artículo 152 de la Constitución de 1920 o el 223 de la Constitución de 1933. Lo planteado en este último texto constitucional, y profundizado por la ley orgánica entonces vigente, solamente se puso en práctica una vez durante 1968.

Ahora bien, ello no significó el fin de las referencias al tema de las ratificaciones de jueces y fiscales. Vendría, luego, el decreto ley 18060, del 23

---

[13] *La comisión a la cual hacemos referencia estuvo presidida por el entonces vocal supremo Luis Ortiz Bernardini y conformada, además, entre otros destacados especialistas, por los doctores Domingo García Belaunde y Juan Monroy Gálvez. Solamente el último de los mencionados emitió una opinión singular contraria a las ratificaciones judiciales y fiscales.*

de diciembre de 1969, mediante el cual el gobierno del general Juan Velasco Alvarado, además de cesar a los hasta entonces vocales supremos, cambiar el número de integrantes de la Corte Suprema de Justicia y crear el Consejo Nacional de Justicia, sometió a ratificación a todos los jueces y vocales de la República; o la Décimo Tercera Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979, la cual disponía que el Senado ratificase a los vocales supremos hasta ese momento en funciones para que, luego, los magistrados supremos que hayan sido ratificados hicieran lo propio con los otros magistrados de todo el país.

Posteriormente, tenemos que uno de los decretos leyes del autodenominado Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, el decreto ley 25442, instituyó una Comisión Evaluadora, compuesta por tres vocales supremos, encargada de analizar la conducta funcional y, en base a ello, ratificar o no a los magistrados de los distintos distritos judiciales del país. Por último, el trabajo del llamado Jurado de Honor, conformado en marzo de 2003, sin efectuar en rigor un proceso de ratificación, evaluó el desempeño de quienes se desempeñan como vocales supremos provisionales y resolvió las solicitudes de reincorporación de los vocales y fiscales cesados que tuvieron a bien plantear este tipo de requerimientos.

Ahora bien, el análisis de la experiencia vivida en el Perú parece demostrar que, aun por diversas razones en cada caso, las ratificaciones no han sido el sistema más objetivo para la evaluación del desempeño de jueces y fiscales. Es más, incluso las ratificaciones que actualmente viene realizando el Consejo Nacional de la Magistratura, libres ya de un cuestionamiento vinculado con un posible copamiento político partidario de la judicatura ordinaria y el Ministerio Público, han sido objeto de otro tipo de cuestionamientos, relacionados, más bien, con el sometimiento al procedimiento de ratificación de ciertos magistrados que todavía no tenían el tiempo constitucionalmente prescrito para ello; la no convocatoria a audiencias para trasladar las imputaciones que pudiese haber en contra de magistrados en proceso de ratificación o no ratificación; y, por último, la no motivación de los pronunciamientos finales del Consejo Nacional de la Magistratura sobre el particular.[14]

---

[14] *Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado a favor de declarar fundadas las demandas de amparo interpuestas por los magistrados sometidos a ratificación sin cumplir con el requisito de los siete años continuos en la labor jurisdiccional o fiscal (En este orden de ideas, está lo resuelto en el caso Diodoro Gonzales Ríos, recogido en el expediente 2409-2002-AA/TC, así como en lo previsto en las sentencias frente a los expedientes 065-2003-AA/TC o 216-2003-AA/TC).*
El Tribunal Constitucional también declaró fundadas las demandas de amparo en las cuales el Consejo no consintió a programar audiencias en las que se corra traslado a los magistrados de las imputaciones que puedan existir contra ellos, aunque no se pronun-

Como se puede apreciar, los cuestionamientos son básicamente a la conveniencia o a la forma de ejecución de las ratificaciones como modo de evaluación de desempeño; en este sentido, se entiende cómo las propuestas de reforma constitucional y de la Ley de Carrera Judicial plantean la modificación y cambio del artículo 154 del actual texto constitucional y promueven la adopción de modelos similares a los ya existentes en muchos otros Estados, varios de ellos latinoamericanos. Estamos, pues, ante una materia a la cual debemos seguir con especial atención, salvo mejor parecer.

3.4 La destitución de jueces y fiscales y los retos que plantea lo prescrito en el tercer inciso del artículo 154 de la Constitución vigente

Independientemente de si ella fuera o no la intención del constituyente al incluir este inciso en la carta de 1993, lo cierto es que la disposición constitucional que pasaremos a comentar puede servir para establecer algo de orden en la regulación de uno de los temas dentro del gobierno de jueces y fiscales en el cual existen mayores cuestionamientos e imprecisiones: el del régimen disciplinario que implanta a tan altos funcionarios como los jueces y fiscales de nuestro país.

Basta con efectuar una rápida mirada al actual estado de la cuestión sobre el particular para realizar una serie de importantes, pero no por ello menos preocupantes, constataciones: un confuso escenario con muchos y muy diversos órganos y organismos con facultades de aplicar medidas disciplinarias; una falta de claridad, debida tipicidad y proporcionalidad en las medidas disciplinarias previstas, así como en la justificación de su existencia y sus alcances; o la plasmación de procedimientos por seguir cuya regulación en muchos casos no se condice con el respeto a un debido proceso son algunas de las situaciones que, independientemente del valioso trabajo de muchos entre los que asumen estas funciones, fácilmente pueden constatarse en el caso peruano.

Las interrogantes que se deben absolver en esta materia son múltiples y, además, con una especial complejidad. La discusión entre si el manejo de lo disciplinario debe estar a cargo únicamente de instancias de la judicatura

cia por su regreso al puesto de trabajo (ver al respecto sus sentencias ante lo previsto en los expedientes 2859-2002-AA/TC, el bastante conocido caso Walter Julio Peña Bernaola; o 2952-2002-AA/TC). Finalmente, conocida es la posición negativa que el Tribunal Constitucional peruano tuvo frente a los amparos que cuestionaban la falta de motivación de las resoluciones emitidas por el Consejo Nacional de la Magistratura. Sin embargo, y a partir de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional y, sobre todo, en mérito a lo dispuesto en su artículo 5, inciso 7, bien puede decirse que ahora, como siempre debió ser, la obligación de dar audiencia al interesado y la motivación de las resoluciones han devenido en exigencias de ineludible cumplimiento.

ordinaria o el Ministerio Público o si todo esto debe pasar a manos del Consejo Nacional de la Magistratura es sin duda alguna una de las materias por debatir cuando abordamos estos temas.

El texto de 1993 no termina con el modelo mixto (por no decir que mantiene el contexto diverso y disperso) hoy vigente en el Perú, y sobre todo en una materia tan delicada como aquella a la cual aquí estamos haciendo referencia. Sin embargo, es clara su intención de confiar la aplicación de las sanciones más graves, las de destitución de los jueces o fiscales de todos los niveles, al Consejo Nacional de la Magistratura. Es más, pareciera establecer que la resolución emitida en estos casos por el Consejo no sería impugnable, lo cual de por sí es discutible, pues una lectura literal de lo allí prescrito podría consagrar una decisión administrativa con inmunidad de jurisdicción, sin importar que con ello se vulnere una serie de derechos fundamentales.[15] Afortunadamente, esta comprensión de las cosas fue inicialmente revertida por lo resuelto por el Tribunal Constitucional ante ciertas ratificaciones judiciales y fiscales y, luego, explícitamente dejada de lado por el Código Procesal Constitucional del año 2004, disposición cuyo artículo 5, inciso 7, permite la impugnación mediante amparo de las decisiones que emita el Consejo sobre destituciones si se alega la existencia de violación de ciertos aspectos del derecho a un debido proceso;[16] de esta forma, se buscaba evitar cualquier eventual abuso en el cual, probablemente, pudiera incurrirse.

La Constitución de 1993, aun cuando no opta con claridad por un modelo de control en particular, ya sea este interno o externo, fortalece sin duda las atribuciones de control disciplinario del Consejo Nacional de la Magistratura. Ahora bien, la discusión sobre la pertinencia de seguir contando con órganos y/o personas con atribuciones de control dentro del Poder Judicial o del Ministerio Público, debate cuya relevancia es innegable, puede darse sin que ello involucre alguna reforma constitucional al respecto. Otro debate que tampoco requiere contar con una reforma constitucional

---

[15] *Nuestra postura más en detalle sobre los riesgos de esta interpretación se encuentra consignada en varios artículos, pero también en nuestro libro Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso. Op. cit.*

[16] *En nuestra opinión, aquí el Código Procesal Constitucional no debió circunscribir la habilitación del amparo solamente a los casos de falta de motivación y/o de traslado de imputaciones hechas contra el (la) magistrado(a) denunciado(a), pues no son los únicos aspectos del derecho a un debido proceso que podrían ser violentados en este tipo de resoluciones. Un comentario más detallado al respecto se encuentra en nuestro libro Código Procesal Constitucional, proceso contencioso administrativo y derechos del administrado. Serie Derechos y Garantías, n.° 13. Lima: Palestra Editores, 2004, especialmente p. 126.*

es el de la composición de estos órganos de control interno, espacios en los cuales la legislación relativamente reciente ha prescrito la obligatoriedad de la participación de representantes de la sociedad civil, aun cuando oportuno es anotar la necesidad de que todavía deben realizarse importantes precisiones al respecto.

Ahora bien, y aunque estemos entrando en aspectos que en rigor no tienen que necesariamente estar consignados en un texto constitucional, importante es señalar que, si bien son conocidos los riesgos y críticas a todo espacio de control interno de jueces y fiscales que pudiera presentarse, la alternativa que hoy ha cobrado mucha fuerza, la de dejar toda la labor de control disciplinario sobre todos los jueces y fiscales peruanos en manos del Consejo Nacional de la Magistratura, tampoco es cosa fácil y menos de inmediata puesta en práctica, pues, entre otras cosas, involucraría un total redimensionamiento de un Consejo que, a diferencia de su antecesor, prescrito con el mismo nombre en la Constitución de 1979, no cuenta con Consejos Distritales de la Magistratura en diferentes puntos del país.

Antes de concluir con este apartado del presente informe, solamente nos queda añadir que, entre otras tareas importantes para el legislador, serán, sin duda, mejorar el procedimiento administrativo sancionador y la tipificación y proporcionalidad de las sanciones que deben imponerse. Ojalá los debates que vienen impulsándose para efectuar las correcciones que aquí hemos reclamado pronto lleguen a buen puerto, máxime si tomamos en cuenta la singular relevancia que tiene para todo Estado constitucional el contar con jueces y fiscales honestos y, por ello, confiables.

3.5 La acreditación del título de juez o fiscal y sus repercusiones (artículo 154, inciso 4)

Normalmente, cuando se hace un recuento de las atribuciones confiadas a los diversos organismos llamados a ser parte del sistema judicial peruano, el planteamiento de esta responsabilidad, el análisis de lo que involucra la acreditación del título de juez (o en su caso, de fiscal), es una tarea que suele efectuarse muy a la ligera. Se soslaya así un tema de significativa relevancia, que dio origen al tal vez más célebre caso dentro del constitucionalismo contemporáneo, el Marbury versus Madison,[17] el cual hasta hoy sigue generando una serie de importantes consecuencias.

---

[17] *Como es de conocimiento general, Marbury (y quienes demandan junto con él) pide a la Suprema Corte Federal norteamericana, mediante writ of mandamus, que el entonces secretario de Estado, Madison, emita la acreditación correspondiente, necesaria para, por lo menos en el caso de Marbury, poder asumir el cargo de juez de paz para el cual había sido nombrado.*

Nos explicamos: recién con la acreditación del nombramiento para los cargos de juez o fiscal, pero también para cualquier otra responsabilidad en el sector público, alguien puede entrar a desempeñar las labores para las cuales fue elegido o designado, exigir la serie de derechos y garantías considerados inherentes a su cargo e imputársele las obligaciones y eventuales sanciones si su accionar no se circunscribe a lo ya establecido dentro del ordenamiento jurídico nacional. Todo este conjunto de importantes consecuencias bien podría no materializarse, lo que generaría repercusiones inimaginables si es que el otorgamiento de la acreditación está en manos de alguien que pueda manejar este tema con cálculo político-partidario. Así, se podría retrasar y hasta impedir que alguien no proclive a nuestros puntos de vista asuma oportunamente la función que en justicia le corresponde.

El mismo surgimiento de los Consejos de la Magistratura o de instituciones con atribuciones similares en el derecho comparado se explica con la intención de establecer un escenario en el cual participen los más directamente vinculados con las labores de impartir justicia, pero que esto, a su vez, no implique un manejo con criterios político-partidarios de materias tan sensibles como el nombramiento, la promoción, la evaluación del desempeño o la destitución de jueces y fiscales. En similar línea de pensamiento, si el Consejo ya viene cumpliendo en el Perú las labores de nombramiento y/o promoción de jueces y fiscales para de esta forma evitar cualquier interferencia sustentada en razones no técnicas, lógico parece otorgarle a dicho Consejo la responsabilidad de expedir la acreditación de aquellos nombramientos o promociones que acaba de efectuar y de cuyas bondades teóricamente se encuentra convencido, salvo mejor parecer.

3.6 La composición del Consejo Nacional de la Magistratura peruano como importante variante que debe tomarse en cuenta en estos temas

En la misma Constitución de 1993 que aquí venimos reseñando, se aborda un tema de importancia realmente capital: la composición del Consejo Nacional de la Magistratura, bajo pautas cuyos alcances van a ser detallados y profundizados por disposiciones como el artículo 17 de la Ley Orgánica de dicho organismo constitucionalmente autónomo.

Sin correspondernos aquí entrar a analizar qué debe entenderse por sociedad civil ni pasar a justificar con detalle qué sustentaría su participación en instituciones como el Consejo Nacional de la Magistratura, solamente nos queda decir que la opción asumida por el constituyente de 1993 va en la línea de quienes entienden que estamos ante tareas que demandan una labor conjunta de todos los involucrados con las labores de impartición de justicia.

Ahora bien, aun cuando se asuma que se ha escogido la ruta correcta, cabe hacerse varias preguntas al respecto, básicamente vinculadas con la pertinencia de la composición explícitamente recogida por el texto constitucional; el mantenimiento de la correlación prevista si se aumentan, como muchos piden, las responsabilidades del Consejo Nacional de la Magistratura; y la forma de preservar un adecuado control (*accountability*) de la responsabilidad confiada por cada institución involucrada a los diferentes integrantes del Consejo. Buena parte de las respuestas a estas preguntas no corresponden en rigor ser materias recogidas en un texto constitucional, pero no por ello dejan de ser relevantes, siendo temas que debieran analizarse con especial detalle y cuidado en próximos trabajos.

III. Una visión crítica de lo recogido a nivel constitucional y sus posibles repercusiones

Aun cuando nadie pide que en un texto constitucional se consigne, por ejemplo, un perfil del juez o fiscal que en líneas generales se quiere tener, sí resulta preocupante apreciar cómo en la carta de 1993 no parece manejarse una idea clara sobre qué se quiere y entiende por función jurisdiccional, y, en esa misma línea de pensamiento, qué principios y valores queremos inspiren la labor de cualquier juzgador y cuáles capacidades profesionales, a nivel de conocimientos, habilidades y actitudes, se busca que sean inherentes al accionar de todos estos altos funcionarios estatales.

Tampoco se desprende con claridad del texto constitucional cómo va a articularse la toma de decisiones de gobierno directamente relacionadas con la instauración de una carrera judicial con los espacios e instancias encargadas de la ejecución de dichas decisiones.

La lógica de atribuciones de gobierno compartidas, por no decir dispersas, que caracterizan al «modelo» peruano actualmente vigente dificultan la realización de siquiera un trabajo conjunto y coordinado al respecto, máxime si son conocidas las serias resistencias actualmente existentes entre muchos jueces y fiscales de nuestro país para concebir sus labores vinculadas a la impartición de justicia como parte de un sistema.

Como si lo ya expuesto no fuese de suficiente entidad, a todo ello habría que añadir los gruesos errores conceptuales en los cuales incurre la formulación finalmente aprobada por el constituyente de 1993 y sus eventuales repercusiones, las cuales indudablemente trascienden a la mera exigencia de mayor rigurosidad técnica y académica.

Si no se tiene claro qué quiere apuntalar, el trabajo por realizar será diverso y disperso y, lamentablemente, con discutible continuidad y proyección;

así, faltará justamente aquello que debe reclamarse siempre de un quehacer institucional. Si además ingresamos en un escenario en en el que se confía al Consejo Nacional de la Magistratura tareas centrales que han venido siendo ejercidas sin, al parecer, contar con un norte claro (la manera en la cual se han venido llevando a cabo los procedimientos de nombramiento y ratificación son, desafortunadamente, claros ejemplos de lo que acabamos de plantear) o sin que exista mayor coordinación con otros organismos con cuyo quehacer debería estar íntimamente vinculado (notoria es la falta de coordinación entre el Consejo Nacional de la Magistratura y la Academia de la Magistratura en temas como el de confirmación y fijación de objetivos en materias como los cursos de aspirantes o de ascenso, lo cual nos libera de mayores comentarios al respecto), ya nos encontramos ante serios problemas.

Ahora bien, si a lo reseñado le sumamos la existencia de responsabilidades compartidas en las que hasta ahora la compatibilidad de las labores de unos y otros no es cosa sencilla (lo que sucede en el tema disciplinario es un buen ejemplo de lo complejo que esto resulta) y una normativa no siempre clara, uniforme y actualizada para enfrentar los problemas que pudiesen producirse (varios de los cuales tienen mucho de común entre sí y, por ende, bien podrían justificar un tratamiento conjunto o similar), tenemos el escenario actual, en el cual, desafortunadamente, la Constitución peruana de 1993 no nos proporciona elementos suficientes para establecer en rigor una verdadera carrera judicial en nuestro país.

Es más, nos atreveríamos a decir que algunos de los preceptos recogidos en la carta de 1993 pueden más bien dificultar la real puesta en práctica de un modelo de carrera judicial debidamente configurado. Tal vez ello, aun cuando probablemente sin entenderse todos los detalles y precisiones técnicas que involucra, la reiterada preocupación por introducir algunos importantes cambios en el texto constitucional, y, sobre todo, en materias vinculadas con temas como los que involucra la carrera judicial como son los de nombramiento, promoción, evaluación de desempeño y destitución de jueces.

Para explicar cuál es, en nuestra opinión, el derrotero de lo que se viene discutiendo y planteando al respecto, haremos aquí una breve crítica a lo planteado en la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional, el proyecto de Constitución debatido en el Congreso el año 2002 y la Comisión Especial de Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS), grupos de trabajo que tuvimos la suerte de integrar. Allí veremos si lo finalmente acordado y aprobado permite pensar que andamos avanzando en la configuración de la verdadera carrera judicial en nuestro país.

1. Lo planteado por la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional

Luego de la caída del fujimorismo, seguramente se recordará que el denominado Gobierno de Transición, presidido por Valentín Paniagua, mediante decreto supremo 018-2001-JUS, de fecha 26 de mayo de 2001, creó la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional. Esta Comisión tenía como tarea proponer:

1. las normas constitucionales que podrían ser reformadas a partir de la evaluación de su contenido, de su análisis sistemático y de la regulación de las instituciones políticas;
2. las opciones sobre el contenido de las reformas propuestas; y
3. el procedimiento para desarrollar las reformas constitucionales propuestas.

Para asegurar un cabal desarrollo de las tareas previstas, el Gobierno de Transición, mediante resolución suprema 232-2001-JUS, de fecha 31 de mayo de 2001, designó a un grupo de 28 especialistas. Ellos, luego de instalarse, se dividieron en varios grupos de trabajo, cuyos informes luego serían debatidos y aprobados en el pleno de la Comisión. Uno de esos grupos se dedicó a analizar y establecer lineamientos sobre cómo debe desarrollarse la labor jurisdiccional en nuestro país.

Lo expuesto explica cómo el capítulo IX del Informe Final de la referida Comisión, denominado «Servicio de Justicia», está dedicado a desarrollar, entre otras materias, algunos aspectos relativos al tema de la carrera judicial. Así, este Informe Final «recomienda incluir una norma expresa que establezca que los organismos vinculados al servicio de justicia son autónomos e independientes, y que ninguno de los otros Poderes del Estado puede intervenir en su gobierno, administración o gestión».[18]

Por otro lado, y en lo concerniente a los requisitos para ser vocal de la Corte Suprema de Justicia de la República, el Informe plantea mantener las mismas exigencias que las actualmente previstas por la Constitución de 1993 en su artículo 147. Tampoco se propuso aquí entrar a efectuar precisiones en lo referente a otros grados dentro de la judicatura nacional.

Pasando entonces a revisar las funciones asignadas al Consejo Nacional de la Magistratura, la Comisión propone que a lo ya asignado al Consejo «deben añadírsele las funciones disciplinarias para todos los niveles de la

---

[18] *Ministerio de Justicia. Texto final elaborado por la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú. Lima, 2001, p. 63.*

judicatura». En ese sentido, «el Consejo Nacional de la Magistratura debe, en una sala, ocuparse de la selección y nombramiento de jueces y, en la otra, de las funciones disciplinarias».[19]

Como sustento de esta modificación, en el Informe Final de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional, se indica que

> [...] la experiencia de funciones disciplinarias ejercidas por órganos de control interno, tanto en el Poder Judicial como en el Ministerio Público, no ha tenido un resultado positivo. Por ello, como existe en otras experiencias latinoamericanas, se plantea el traslado de todas las atribuciones disciplinarias al Consejo Nacional de la Magistratura, sin que ello prive al superior jerárquico de la aplicación de las sanciones que la ley contemple a propósito de la revisión en una instancia superior de un caso concreto.[20]

Y, además, se precisa que «[a] propósito del ejercicio de las funciones disciplinarias, el Consejo Nacional de la Magistratura debe evaluar permanentemente la competencia funcional de jueces y fiscales».[21]

Siguiendo con el análisis de aspectos íntimamente ligados con nuestro tema objeto de estudio, es indudable que lo referido al nombramiento de los jueces es un punto importante dentro de la carrera judicial. Por ello, en su Informe Final, la Comisión señaló lo siguiente:

> El tema de la selección y nombramiento de jueces está íntimamente vinculado a la creación de condiciones de independencia y autonomía. Nos parece importante desvincular —más allá de algunas sustentaciones teóricas en contrario— el nombramiento de jueces de la influencia política. Un organismo como el diseñado, con una adecuada representación de los poderes públicos y de la sociedad civil, parece una opción idónea.[22]

El organismo al cual se hace referencia es el Consejo Nacional de la Magistratura.

De otro lado, y yendo ahora a comentar lo relativo a la ratificación de jueces, debe acotarse que fue acuerdo de este grupo de trabajo la eliminación de las ratificaciones judiciales como función del Consejo Nacional de la Magistratura. La Comisión estimó que, si bien

> El preocupante tema del control de la conducta funcional e idoneidad de los magistrados, la grave situación de crisis de legitimidad y credibilidad en la cual se

[19] *Ib., p. 66.*

[20] *Ib., pp. 66-67.*

[21] *Ib., p. 67.*

[22] *Ib., p. 66.*

> encontraba —y continúa aún encontrándose— nuestra judicatura ordinaria, así como nuestros fiscales, permitió explicar la introducción de un sistema de ratificaciones judiciales como el que actualmente viene poniéndose en práctica[, s]in embargo, siendo hoy otra la coyuntura que deberíamos afrontar, y habiéndose optado por un sistema en el cual las labores de control serán desempeñadas por el Consejo Nacional de la Magistratura, se considera innecesario mantener el polémico sistema de ratificaciones judiciales.[23]

Frente a lo ya dicho, añadirá la Comisión que

> [...] se busca entonces compatibilizar la necesidad de asegurar ciertas condiciones de estabilidad a juzgadores y fiscales (y por ende, una mayor independencia funcional de estos magistrados y una plena autonomía de sus instituciones) con una indispensable fiscalización de la labor de los mismos, tarea que, según la propuesta, tiene las ventajas de ser constante y está a cargo de una institución que actúa objetivamente. Adicionalmente se cuenta con el privilegio que dicha institución presenta en la configuración de sus decisiones, existe una importante participación de la sociedad civil.[24]

En lo referente a la formación y capacitación de los jueces, tarea encomendada a la Academia de la Magistratura, la Comisión consideró que este organismo, sin perder su autonomía funcional, pase a formar parte del Consejo Nacional de la Magistratura y ya no del Poder Judicial, como prescribe la Constitución actual en su artículo 151. En el Informe Final, se señala que «[s]e considera que lo más adecuado, de acuerdo a las funciones tanto del Consejo Nacional de la Magistratura como de la Academia, es colocar a ésta vinculada al Consejo».[25]

La Comisión incluso propuso que se «elimine de la Constitución cualquier mención que la vincule (a la Academia de la Magistratura) a ser necesariamente un requisito previo para acceder a la judicatura».[26] Esta Comisión sostuvo que «los estudios en la Academia no deben ser requisito previo para acceder a la judicatura. La Academia debe estar orientada a reforzar la formación de quienes ya han sido seleccionados como magistrados y como paso previo a asumir el cargo. Asimismo, la Academia debe permitir estudios de perfeccionamiento a los jueces y fiscales».[27]

---

23 *Ib., p. 68.*

24 *Ib.*

25 *Ib.*

26 *Ib.*

27 *Ib., pp. 68-69.*

En este contexto, se va a señalar que la Academia de la Magistratura dejaría de depender del Poder Judicial y pasaría a estar adscrita al Consejo Nacional de la Magistratura. Sin embargo, y como posteriormente apreciamos, luego se verán cambios en esta posición, ya que los dos documentos elaborados el año 2002 no son muy claros al respecto. Asimismo, y finalmente, la Comisión de Reforma Constitucional de la Comisión Especial de Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS) consideró más bien conveniente instituir a la Academia de la Magistratura como un organismo constitucionalmente autónomo.

Ahora bien, lo cierto es que, independientemente de lo que se haya dicho después, lo previsto por la Comisión no descarta que la Academia de la Magistratura siga teniendo a su cargo otras importantes responsabilidades; es más, el Informe Final de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional pone especial énfasis en la importante labor de la Academia en la programación y gestión de cursos de perfeccionamiento para jueces y fiscales.

En síntesis, el documento al cual hacemos referencia, dejando de lado algunas omisiones, nos lleva a un balance que, en términos formales, a despecho de alguna invocación de mejor técnica en la configuración normativa, no es negativo. Sin embargo, lo recogido resultará manifiestamente insuficiente (tal como lo son las prescripciones hasta hoy vigentes) si la legislación de desarrollo constitucional posterior no establece, con claridad, canales e instancias a las cuales recurrir para preservar la plena vigencia de estos preceptos y si, además, no encontramos, en jueces y fiscales, un esfuerzo por tutelar sus fueros o un compromiso entre los más relevantes sectores políticos, económicos y sociales por respetarlos.

2. Lo previsto en el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución

Tiempo después, la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República presentó, el 5 de abril de 2002, ante la opinión pública nacional, el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución. El propósito era dar a conocer una propuesta de reforma de la Constitución de 1993 para así asegurar su posterior discusión y debate entre los organismos públicos, instituciones privadas y colectividad en general.

En lo que respecta al tratamiento de los elementos llamados a configurar una verdadera carrera judicial en el Perú, necesario es anotar que algunos de los llamados a ser sus elementos centrales están contemplados en los capítulos VIII, «Poder Judicial»; XI, «Consejo Nacional de la Magistratura»; y XII, «De las relaciones entre el Poder Judicial y los demás Órganos vinculados

a la impartición de justicia», del Título IV de la propuesta de reforma constitucional.

En ese sentido, el artículo 220 de la propuesta de reforma constitucional prevé los requisitos para ser jez de la Corte Suprema, que son, por lo menos en sus tres primeros incisos, idénticos a los previstos en el artículo 147 de la Constitución vigente. El cuarto inciso del ya mencionado artículo 220 introduce una ligera modificación frente a lo actualmente previsto en la Constitución vigente.

El artículo 220 de la propuesta incluirá también un quinto inciso, el cual contiene un nuevo requisito. Así, el artículo 220 de la propuesta señala lo siguiente:

> Para ser Juez de la Corte Suprema se requiere: 1) Ser peruano de nacimiento; 2) Ser ciudadano en ejercicio; 3) Ser mayor de cuarentaicinco años; 4) Haber sido juez del grado inmediatamente inferior durante diez años o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica durante quince años; 5) Tener una probada trayectoria democrática y de defensa de los derechos humanos, independencia en el desempeño de la labor judicial y/o calidades de jurista.

Por otra parte, el artículo 221 de la propuesta de reforma constitucional bajo comentario contempla lo que denomina garantías de los jueces. Respecto de su antecedente en el artículo 146 de la carta de 1993, importante es anotar que el texto de la propuesta mantiene los primeros dos incisos de la Constitución vigente; modifica ligeramente el tercer inciso; y elimina el supuesto del cuarto inciso (remuneración que asegure un nivel de vida digno), cambiándolo por otro supuesto. El artículo 221 de este Anteproyecto prescribe:

> Los jueces gozan de las siguientes garantías: 1) La independencia en el desempeño de su función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante él o interferir en su actuación. 2) La inamovilidad en sus cargos. No pueden ser trasladados sin su consentimiento. 3) Su permanencia en el servicio, sin perjuicio de la pérdida del cargo por razones penales o disciplinarias. 4) Mantener su especialidad jurídica durante el desempeño de su función.

En lo concerniente a las incompatibilidades de los jueces, estas están desarrolladas por el artículo 222 de la propuesta de reforma constitucional, que contempla, en esencia, el mismo supuesto del primer párrafo del artículo 146 del texto constitucional de 1993, aunque añade un nuevo supuesto de incompatibilidad, como es el de no dedicarse a la política partidaria. El artículo 222 bajo comentario señala entonces que «[l]os jueces se encuentran impedidos de: 1) Ejercer otro cargo o función salvo la docencia. 2) Dedicarse a la política partidaria».

Al igual que la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional, el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución elimina las ratificaciones judiciales y fiscales como función del Consejo Nacional de la Magistratura. Este , por ello, varía, ligeramente, el artículo 150 de la Constitución actual, cuando, en su artículo 238, indica que «[e]l Consejo Nacional de la Magistratura es el órgano encargado del nombramiento, promoción y régimen disciplinario de los jueces y fiscales del Poder Judicial y del Ministerio Público».

Asimismo, el artículo 242 de la propuesta de reforma constitucional que venimos comentando precisa que

> [s]on funciones del Consejo Nacional de la Magistratura: 1) Nombrar previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles, salvo cuando éstos provengan de elección popular. Dichos nombramientos requieren el voto conforme de los dos tercios del número legal de sus miembros y no son impugnables. 2) Investigar en forma permanente la conducta funcional de los jueces y fiscales y aplicarles las sanciones a que haya lugar, garantizándoles la tutela procesal efectiva. La resolución definitiva es impugnable vía recurso extraordinario ante el Tribunal Constitucional sólo si se afecta la tutela antes citada. 3) Extender y cancelar el título oficial correspondiente para los magistrados que designe.

Finalmente, y en lo referente a la formación y capacitación judicial, el artículo 245 de la propuesta de reforma constitucional bajo comentario señala: «La Academia de la Magistratura se encarga de la formación y la capacitación de jueces y fiscales en todos los niveles y aquellas otras asignadas conforme a ley. Una ley orgánica regula su estructura interna y sus funciones».

Haciendo una suerte de síntesis de lo que acabamos de describir, bien podemos anotar que encontramos algunas propuestas interesantes y ciertos innegables avances junto a varias ambigüedades u opciones discutibles. Faltaban entonces unas indispensables precisiones para ver cuál sería el derrotero a seguirse en estas materias. Veremos, por ello, a continuación si realmente lo que luego se plantea apuntalaba tan loables intenciones.

3. Lo prescrito en el Proyecto de Constitución Política del Perú publicitado en el año 2002

Meses después, y luego del debate del texto propuesto por la Comisión de de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales, el Congreso de la República presentó su texto completo del Proyecto de Constitución Política del Perú, documento publicado en junio de ese mismo año 2002.

Como en el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución del 5 de abril de 2002, los temas relativos a la carrera judicial están contemplados en los capítulos VIII, «Poder Judicial»; capítulo XI, «Consejo Nacional de la Magistratura»; y capítulo XII, «De las relaciones entre el Poder Judicial y los demás Órganos vinculados a la impartición de justicia», del Título IV de la propuesta de reforma constitucional.

Comenzaremos anotando cómo, a diferencia del artículo 147 de la Constitución de 1993 y del artículo 220 de la propuesta de reforma del 5 de abril de 2002, el artículo 195 del Proyecto de Constitución Política del Perú que ahora empezaremos a analizar no se limita a establecer los requisitos para ser juez de la Corte Suprema, sino que procede, más bien, a señalar aquellos exigibles de modo general a quienes aspiran a ser jueces y deja a un desarrollo infraconstitucional la determinación de los requisitos especiales para cada grado. Así, el artículo 195 señala: «Para ser Juez, se requiere: 1. Ser peruano de nacimiento, 2. Ser ciudadano en ejercicio, 3. Ser Abogado, 4. Tener una probada trayectoria democrática y de defensa de los derechos humanos. La ley agregará los requisitos adicionales según cada instancia de la carrera judicial».

Por su parte, el artículo 196 del Proyecto de Constitución Política del Perú tenía previstas aquellas las que denominaba garantías de las cuales gozarían los jueces. El mencionado artículo contempla tanto los supuestos del artículo 146 de la Constitución vigente como lo previsto en el cuarto inciso del artículo 221 de la propuesta de reforma de abril del año 2002. Indica el artículo 196 del Proyecto que

> Los jueces gozan de las siguientes garantías: 1. La independencia en el desempeño de su función jurisdiccional. Sólo están sometidos a la Constitución y Ley. 2. La inamovilidad en sus cargos. No pueden ser trasladados sin su consentimiento. 3. Su permanencia en el servicio, sin perjuicio de la pérdida del cargo por razones penales o disciplinarias. 4. Mantener su especialidad jurídica durante el desempeño de su función. 5. Una remuneración que les asegure un nivel de vida digno de su misión y jerarquía.

Pasándose a revisar lo señalado en relación con las eventuales incompatibilidades de los jueces, el artículo 197 del Proyecto contenía, en principio, lo ya previsto en el primer párrafo del artículo 146 de la Constitución de 1993, así como lo planteado en el artículo 222 del Anteproyecto de reforma. El referido artículo 197 del Proyecto señalaba: «La función judicial es incompatible con toda otra actividad pública o privada, excepto la docencia universitaria. Los magistrados están prohibidos de participar en política, de sindicalizarse y de declararse en huelga».

Por otro lado, y como ya había sido planteado en la propuesta de reforma del 5 de abril de 2002, la cual a su vez recogía lo previsto por la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional sobre el particular, el Proyecto de Constitución elimina también las ratificaciones judiciales a cargo del Consejo Nacional de la Magistratura. Ello no debe entenderse como una minusvaloración del Consejo, el cual sigue teniendo a su cargo importantes responsabilidades.

Y es que, al igual que el artículo 238 del Anteproyecto de reforma constitucional, el artículo 212 del Proyecto que venimos analizando estipulaba: «El Consejo Nacional de la Magistratura es el organismo autónomo encargado del nombramiento, promoción y régimen disciplinario de los jueces y fiscales del Poder Judicial y del Ministerio Público. Se organiza en forma descentralizada de acuerdo a ley». Asimismo, y en la misma línea de lo previsto por el artículo 242 del Anteproyecto de Abril del año 2002, el artículo 216 del Proyecto establece como funciones del Consejo Nacional de la Magistratura las siguientes:

1. Nombrar previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles, salvo cuando éstos provengan de elección popular. Dichos nombramientos requieren el voto conforme de siete (07) de sus miembros y no son impugnables.
2. Investigar en forma permanente la conducta funcional de los jueces y fiscales y aplicarles las sanciones a que haya lugar, garantizándoles el debido proceso. La resolución definitiva es impugnable ante el Tribunal Constitucional sólo si se afecta este derecho fundamental, de conformidad con la Ley.
3. Extender y cancelar el título oficial correspondiente para los magistrados que designe.

Lo expuesto demuestra entonces cuán relevante continuaría siendo el Consejo Nacional de la Magistratura en un escenario en el cual seguiría insistiéndose en una lógica de gobierno compartido (por no decir disperso) del Poder Judicial.

Finalmente, en lo que respecta a la Academia de la Magistratura, el artículo 218 del Proyecto repite lo previsto en el artículo 245 del Anteproyecto de reforma constitucional del 5 de abril de 2002, señalando que «[l]a Academia de la Magistratura se encarga de la formación y la capacitación de jueces y fiscales en todos los niveles y aquellas otras asignadas conforme a Ley. Una ley orgánica regula su estructura interna y sus funciones».

4. Lo propuesto en la Comisión Especial de Reforma Integral de la Administración de Justicia

Posteriormente, ya en octubre de 2003, el Congreso de la República aprobó la ley 28083, norma mediante la cual se constituyó la Comisión Especial de Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS), comisión instituida con el mandato de que en 180 días a partir de su instalación proponga al país un plan integral de reforma judicial.

La CERIAJUS tenía una Comisión principal integrada por 16 miembros, grupo de trabajo cuyo presidente y director de debates era el presidente del Poder Judicial. Esta Comisión principal estaba también integrada por representantes de todas las instituciones más directamente involucradas con las tareas de impartir justicia (Poder Judicial, Ministerio Público, Consejo Nacional de la Magistratura, Tribunal Constitucional, Academia de la Magistratura, Defensoría del Pueblo, Ministerio de Justicia y dos representantes de la Comisión de Justicia del Congreso de la República) y de la sociedad civil (cinco representantes elegidos por el acuerdo nacional, un representante de los colegios de abogados y otro por las facultades de Derecho). Además, contó con varios otros equipos de trabajo con una similar composición. Uno de esos equipos fue previsto para analizar posibles reformas constitucionales que debían ponerse en práctica y a otro le fue encomendado evaluar los recursos humanos con que actualmente cuentan los organismos vinculados con la impartición de justicia, para luego, ya contando con esa información, efectuar propuestas de cambio al respecto.

Entremos, pues, a revisar lo aprobado en ambas comisiones. De inmediato comprobaremos cómo las personas e instituciones que conformaron la CERIAJUS consideraron «indispensable que el Congreso de la República reforme la Constitución de 1993 diseñando un nuevo modelo destinado a que la función de impartir justicia se ejerza de manera autónoma, efectiva y predecible».

Ahora bien, y ya revisando lo previsto en este grupo de trabajo sobre la carrera judicial, encontramos cómo en el capítulo donde se desarrolla todo lo relacionado con el Poder Judicial la CERIAJUS aprobó lo siguiente:

- Que para ser juez de la Corte Suprema se deberá acreditar una trayectoria democrática, de respeto a los derechos fundamentales y una conducta profesional acorde con los principios éticos. Los jueces pueden permanecer en el servicio hasta los setenta años y tienen derecho a mantener su especialidad jurídica durante el desempeño de su función.
- La eliminación de las diferencias entre los magistrados, precisándose que los jueces sólo se distinguen entre sí por la diversidad de sus funciones.

- Afianzar una verdadera carrera judicial para así garantizar la independencia de la función jurisdiccional; los derechos de los jueces; el establecimiento de un sistema de méritos para el ingreso, ascenso y permanencia en el ejercicio de las labores judiciales; y la calidad del servicio de justicia al actuar en un Estado en particular.[28]

Pasando luego a analizar el tratamiento constitucional que debe tener el Consejo Nacional de la Magistratura, la CERIAJUS señaló lo siguiente:

- El Consejo se constituía en el órgano autónomo encargado de la selección, nombramiento, promoción y régimen disciplinario de todos los jueces y fiscales.
- Además le correspondería asumir el control externo y permanente de los jueces y fiscales, eliminando el sistema de control interno que está en manos del Poder Judicial y del Ministerio Público.
- Resultaba conveniente eliminar las ratificaciones de jueces y fiscales cada siete años. [29]

Finalmente, y en lo relativo a la Academia de la Magistratura, la CERIAJUS planteó:

- Que la Academia adquiera total autonomía administrativa, económica y académica, dejando de pertenecer al Poder Judicial, y constituyéndose así en un organismo constitucionalmente autónomo.
- Encargarle la formación y capacitación de los jueces y fiscales en todos los niveles, así como de la formación de los aspirantes a estos cargos cuando la ley lo señale.[30]

Habíamos adelantado también que la CERIAJUS tuvo un grupo de trabajo en el cual se discutió el tema de los recursos humanos. Sobre el particular, allí se señalará que «[l]a finalidad […] ha sido contribuir a mejorar la calidad profesional y moral de los operadores del sistema de justicia, por ser éste uno de los principales factores de los que depende su buen desempeño. Por ello, las propuestas se han organizado en función de los diferentes operadores del sistema».[31]

---

[28] *Informe final de la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia, del 23 de abril de 2004, pp. 7-8.*

[29] *Ib., p. 8.*

[30] *Ib.*

[31] *Ib., p. 12.*

Mirando entonces con más detalle lo relacionado con los juzgadores que son parte de la judicatura ordinaria, la CERIAJUS consideró que «[e]n este caso se ha puesto especial atención en consensuar lo que serían las bases para la carrera judicial y fiscal, sobre las cuales se desarrollaría una ley de carrera que actualmente no existe».[32] Las principales características de la carrera judicial planteada por CERIAJUS son las siguientes:

a) El criterio rector de la magistratura será el mérito académico y profesional, pues éste determinará el ingreso a la carrera, la permanencia o ascenso en ella, así como el retiro de ésta.
b) Un sistema doble de selección, puesto que en los dos primeros niveles la carrera es cerrada y en los dos últimos es abierta.
   Para ingresar a los dos primeros niveles de la magistratura, luego del proceso de selección se sigue un periodo de formación en la Academia. Para ingresar en los dos últimos niveles de la magistratura, sólo se realiza el proceso de selección, en el cual existe un tratamiento diferenciado para el magistrado y para quien no lo es en lo que se refiere a los antecedentes.
c) Los concursos de selección se convocan para las siguientes plazas: magistrado titular, magistrado de suplencia y candidato apto en reserva.
   El magistrado de suplencia es el encargado de cubrir las ausencias temporales de los magistrados titulares en sus despachos. Esta figura permite eliminar la del juez suplente y reducir la del juez provisional.
   Los candidatos aptos en reserva son aquellos que, si bien no han sido nombrados por falta de plazas, cuando éstas se generen podrán acceder a éstas sin necesidad de un nuevo concurso.
d) Se elimina el sistema de ratificaciones, reemplazándolo por un sistema de evaluación periódica del desempeño de las funciones de los magistrados. La desaprobación de la evaluación periódica es causal de destitución, pues en ese caso el magistrado ya no cumple con ser idóneo para el cargo.
e) Con el resultado de la evaluación y el récord disciplinario del magistrado se formará un Cuadro de Méritos que determinará todas las decisiones que se tomen y lo afecten.
f) Procesos disciplinarios de competencia exclusiva del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), y regulados con medios eficaces para identificar y sancionar las faltas. Para estos efectos, se propone una lista de faltas, tipificadas en leves, graves y muy graves, y sanciones estipuladas

[32] *Ib., loc. cit.*

> de manera proporcional a éstas. Asimismo, se proponen modificaciones en el procedimiento disciplinario, en temas como ampliar la legitimidad del quejoso y extender el plazo de prescripción, el mismo que se suspende y no se interrumpe desde la interposición de la queja.
> Se prescribe además que los supuestos objeto de una evaluación de desempeño son distintos a los acontecimientos tipificados como faltas, y en ese sentido, también las labores de evaluación y las tareas vinculadas al ámbito disciplinario mantienen independencia entre sí.[33]

Finalmente, la CERIAJUS propuso como plazo para desarrollar una Ley de Carrera Judicial que contemple estos planteamientos el de un año, tiempo que debía computarse entre los años 2005 y 2006.

5. *Reflexiones a partir de las propuestas planteadas*

Luego de dar una rápida mirada de las diferentes propuestas que se han ido manejando como posibilidades de modificación de la carta de 1993, bien podemos encontrar algunos temas que se han venido presentando como constantes desde la inicial fijación de lineamientos con la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional. En otros casos, encontramos una postura cambiante y, lamentablemente, honesto es decirlo, todavía se mantienen ciertas imprecisiones o vuelve a insistirse en varios errores.

En la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional, se planteaba un fortalecimiento de las labores del Consejo Nacional de la Magistratura en relación con los temas de carrera judicial. El Consejo ya no solamente sería el responsable de los nombramientos de jueces y fiscales, además de algunas atribuciones relacionadas con el tema disciplinario; también tendría a su cargo todas las responsabilidades en materia disciplinaria. Así, se descartaría la subsistencia de los espacios de control interno hasta hoy existentes dentro de la judicatura ordinaria peruana. Y si bien expresamente solo se habla de la eliminación de las ratificaciones judiciales, de la lectura del documento final de esta Comisión fácilmente puede deducirse una intención de apuntalar una propuesta de evaluación de desempeño.[34]

Se incluyen también aquí importantes cambios vinculados con la Academia de la Magistratura y, sobre todo, en relación con el ingreso a la carrera judicial: se indica que los estudios en la Academia no son previos a la selección a cargo del Consejo, sino luego de dicha selección y antes del

---

[33] *Ib., p. 12-13.*

[34] *Revísese, en ese sentido,* MINISTERIO DE JUSTICIA. *Op. cit., p. 67.*

nombramiento. Se plantea así entonces un modelo de ingreso con las siguientes fases: selección a cargo del Consejo; formación de los seleccionados por la Academia; y, finalmente, nombramientos por el Consejo Nacional de la Magistratura, pautas distintas de las actualmente vigentes y que buscan dejar de lado la dispersión de esfuerzos y recursos finalmente no capitalizados por la judicatura ordinaria que muchos hoy critican al Programa de Formación de Aspirantes de la Academia de la Magistratura.

Junto con estas propuestas, las cuales poco a poco parecen haber ido consolidándose, justo es anotar que también existían materias con un tratamiento impreciso (se habla, por ejemplo, de que tiene que darse una labor conjunta y coordinada entre las diferentes instituciones vinculadas con las tareas de impartir justicia pero que con ello, curiosamente, no se puede configurar un sistema) y se mantenían disposiciones con aspectos de una pertinencia bastante discutible, como los requisitos exigidos para ser vocal de la Corte Suprema, materia que ya hemos abordado en otro apartado de este mismo informe.

El Anteproyecto del 5 de abril del año 2002 tenía la ventaja de un mayor tiempo de trabajo, el cual no se quedaba en el establecimiento de puntuales lineamientos y que, por ello, podía asumirse una labor que partiera de fijar con claridad qué perfil de juez se buscaba obtener, elemento básico para configurar una verdadera carrera judicial. Una rápida revisión de lo allí recogido, lamentablemente, no nos demuestra esa claridad de objetivos, aunque sí algunas (en realidad, no muchas) puntuales modificaciones.

Se sigue insistiendo en el requisito de exigir una probada trayectoria democrática (concepto de posible relevancia pero no siempre de fácil determinación); asimismo, se plantean los mismos requisitos que ya recoge la Constitución de 1993 para ser vocal supremo. Por otro lado, continuaba denominándose garantías del juez a aquello que, en tal caso, son más bien garantías de la función jurisdiccional y, por lo menos en algunos casos, derechos de los juzgadores. También se mantiene la referencia a la independencia, se efectúan precisiones sobre la permanencia en el servicio y se apunta al fortalecimiento de la especialidad, aportes cuya real relevancia solamente se pueden apreciar si existe una serie de factores que acompañen a este reconocimiento constitucional.

En el tema de las incompatibilidades, continúan las imprecisiones, sobre las cuales hemos hecho referencia en un anterior apartado de este mismo texto, con la salvedad de que se añade una incompatibilidad más: la de no dedicarse a la vida político-partidaria. Y, pasando ya a las atribuciones del Consejo Nacional de la Magistratura, se insiste en encargarle no solamente los nombramientos y promociones de los jueces, sino también la

extensión de la acreditación del título que permite el ejercicio de la actuación jurisdiccional correspondiente.

Lo más novedoso al respecto puede ser el ya no otorgarle al Consejo el investigar la conducta y, en su caso, el aplicar las sanciones a nivel disciplinario a todos los jueces y vocales del país, sino el que las decisiones tomadas en estas materias sean impugnables ante el Tribunal Constitucional si se viola el derecho a un debido proceso. Ahora bien, e independientemente de lo expuesto, la responsabilidad en lo disciplinario adjudicada al Consejo se ha hecho, sin duda, como una forma de reclamar una organización descentralizada. Así lo entiende el proyecto que venimos comentando, que deriva a la ley el desarrollo en detalle de lo que pueda efectuarse al respecto.

Finalmente, y para así concluir con la reforma del texto de abril de 2002, allí puntualmente se indica, con respecto a la Academia de la Magistratura, que una ley orgánica regulará su funcionamiento.

El proyecto de reforma de junio de 2002 y los documentos aprobados al interior de la CERIAJUS el año 2004 van consolidando ciertas pautas de pensamiento y actuación. La plasmación de lo allí propuesto en líneas generales indudablemente apunta bien en la línea de contar con una regulación más clara sobre el particular. Sin embargo, justo es anotar que, en el mejor de los casos, un más prolijo diseño normativo es condición necesaria mas no suficiente para introducir radicales cambios en el tratamiento de estos importantes temas.[35]

Ojalá muy pronto, progresivamente, se tomen acciones concretas en todos estos niveles, pues lo contrario sería reducir lo jurídico y sus repercusiones a la mera consignación de normas que bien pueden estar muy alejadas de la realidad sobre la cual se intenta incidir o ir abiertamente contra los valores en los cuales busca asentarse nuestra vida en sociedad. Las negativas implicancias que aquello puede generar son tan peligrosas como insoslayables y, por ende, demandan asumir acciones concretas al respecto, salvo mejor parecer.

---

[35] *Escapa a los alcances de este texto el analizar el proyecto de reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial elaborada por una subcomisión del Congreso presidida por el congresista Fausto Alvarado la propuesta de Ley de Carrera Judicial preparada por un destacado grupo de jueces presidida por el vocal supremo Francisco Távara o el nuevo reglamento para el tema de las ratificaciones judiciales y fiscales recientemente aprobado por el Consejo Nacional de la Magistratura. Todas ellas, así como algunas otras, inciden o incidirían en delimitar los alcances de lo prescrito en el texto constitucional de 1993. Estamos, pues, ante disposiciones cuyos alcances e implicancias prometemos desarrollar en próximos trabajos.*

La prueba anticipada en el arbitraje

Marianella Ledesma Narváez*

La solución de los conflictos puede hallarse bajo dos vertientes: la justicia estatal o la justicia privada. En el primer caso, privilegiamos al proceso judicial como instrumento de solución de conflictos, a diferencia de la justicia privada, en la que se recurre al manejo directo del conflicto, siempre que este pueda ser sometido a la disposición de sus titulares, como la negociación, la conciliación, la mediación y la transacción, o a la delegación de facultades a un tercero, para que sea este quien resuelva el conflicto, por medio del procedimiento arbitral. En otras palabras, todo conflicto de intereses, para ser dilucidado, permite recurrir a la jurisdicción o a la acción directa de las partes. En este último supuesto, se involucra al arbitraje, mediante el concierto de voluntades de los intervinientes, quienes van a delegar a un tercero la solución de este.

El arbitraje es catalogado como una justicia privada por las formas y modos en que los interesados deciden articularlo, desenvolverlo y respetarlo, desde el principio hasta el fin. La base del arbitraje es el contrato, expresado en el convenio que las partes celebran cuando se someten a los árbitros, todo ello sustentado en un principio constitucional que autoriza el libre ejercicio de esa voluntad contractual.[1]

Bajo ese contexto, señalamos que el punto de partida para el inicio del procedimiento arbitral es la designación de árbitros; sin embargo, pueden darse situaciones en las que, sin haber iniciado ninguna pretensión formal en sede arbitral, ni requerido la designación de árbitros, se busque realizar

* *Profesora del curso Derecho Procesal Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.*

[1] *En ese sentido, léase lo regulado en el artículo 62 de la Constitución del Estado, que dice: «[L]os conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la Ley».*

—previamente— determinada actividad procesal para el futuro procedimiento arbitral.

En tales circunstancias, el sistema procesal arbitral permite que, en casos de urgencia, se mire hacia la jurisdicción para realizar dicha actividad.[2] Nos referimos al caso de la medida cautelar en sede judicial, que recoge el artículo 79, Ley General de Arbitraje (en lo sucesivo LGA), mediante el cual se puede afectar el patrimonio del futuro demandado en sede arbitral para asegurar la eficacia de laudo futuro; sin embargo, hay situaciones que no buscan asegurar algún patrimonio para una futura ejecución forzada del laudo o mantener o cambiar una situación de hecho controvertida que será materia de una futura discusión arbitral, sino que *buscan asegurar algún medio de prueba para el futuro procedimiento arbitral*. Véase el caso del siniestro en un almacén provocado por un desperfecto eléctrico en las instalaciones del local y por causa no imputable al encargado de la custodia de este. Para la futura indemnización que se reclame, se hace necesario recoger todas las «fuentes de prueba» que serán canalizadas, en su momento, por los diferentes medios de prueba en el procedimiento arbitral; sin embargo, hasta que se inicie el procedimiento arbitral, se hace necesario poner a buen recaudo los elementos que puedan llevar a configurar alguna responsabilidad civil o liberar de esta. En el caso citado, se hace imperativo practicar la pericia, para que, recogiendo las huellas o vestigios de la escena del siniestro, se determinen las causas de este.

La LGA no regula el aseguramiento de la prueba por la jurisdicción, previo al procedimiento arbitral. Solo recoge la posibilidad de la medida cautelar previa; sin embargo, frente a ese vacío normativo, es necesario construir alguna respuesta al respecto.

I. Análisis del tema propuesto a discusión

1.

El arbitraje es una institución de orígenes remotos. Según Gómez de Liaño,[3] es posiblemente la forma de solución de conflictos que apareció primero

---

[2] *La institución del arbitraje, aun configurándose como alternativa a la jurisdicción, necesita de la intervención de esta, sea a instancia de parte o de los árbitros, para el inicio del procedimiento arbitral o para las diversas fases del mismo, como sucede con la impugnación y ejecución de laudos, la medida cautelar, la prueba delegada y la designación de peritos.*

[3] *Gómez de Liaño Gonzáles, Fernando y Agustín Pérez-Cruz Martín. Derecho Procesal Civil. T. 2. Oviedo: Fórum, 2001, p. 901.*

en el tiempo, antes que se organizare cualquier órgano jurisdiccional; este aparece legitimado por la propia voluntad de los interesados, de manera que la misma facultad que cualquier persona tiene para decidir, disponer y transigir sobre cuestiones que en el campo del derecho están a su libre disposición puede diferirla a un tercero.

En un sentido amplio podemos decir que el arbitraje es un medio de solución de conflictos sociales mediante la intervención de un tercero, llamado árbitro, a cuya decisión se someten las partes sobre materias que libremente pueden disponer. Es definido, según Diez-Picazo,[4] como «aquella institución consistente en que dos o más personas pactan entre sí que un tercero resuelva un litigio ya surgido o que pueda surgir entre ellas, excluyendo que los tribunales conozcan del mismo». Gómez Colomer[5] señala que

> [...] es una institución jurídica heterocompositiva, en virtud de la cual una tercera persona, objetiva e imparcial, nombrada por las partes mediando convenio, resuelve en base a una potestad específica el conflicto intersubjetivo de intereses jurídico, en caso de ser la materia susceptible de disposición por las personas afectadas por la discrepancia.

De lo expuesto podemos señalar como características básicas del arbitraje las siguientes: constituye un derecho —en general— de los particulares someter la decisión de cuestiones controvertidas al arbitraje; opera sobre materias respecto de las cuales las partes pueden libremente disponer; requiere de un convenio arbitral que permita, en forma expresa y legitima, la intervención del árbitro; y comprende un procedimiento sencillo y poco formalista que concluye con el laudo arbitral que decide el conflicto.

2.

Antes que se inicie formalmente el procedimiento arbitral, pueden acaecer situaciones que lleven a la necesidad de mirar a la jurisdicción para acopiar y resguardar las fuentes de prueba, para lo cual recurrimos a diversas actuaciones judiciales destinadas a «facilitar» no solo la vida del futuro proceso ulterior, sino el desarrollo y la eficacia de este.

La «facilitación procesal» es un concepto puramente doctrinal y no legal. Comprende —según Guasp— al conjunto de procesos orientados a

---

4 *Diez-Picazo Jiménez, Ignacio. Derecho Procesal Civil. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, p. 574.*

5 *Gómez Colomer, Juan. Derecho Jurisdiccional. Vol. ii. Barcelona: Bosch, 1995, p. 843.*

facilitar otro proceso principal, con el que aparecen relacionados. Estos procedimientos especiales orientados a facilitar la vida del proceso principal son catalogados por Palacio[6] como diligencias preliminares y se agrupan, atendiendo a la finalidad que persiguen, en dos categorías: diligencias preparatorias y diligencias conservadoras de prueba.

Según Palacio,[7] las diligencias preparatorias tienen por objeto asegurar a las partes la idoneidad y precisión de sus alegaciones, lo que les permite el acceso a elementos de juicio susceptibles de delimitar, con la mayor exactitud posible, los elementos de su futura pretensión u oposición o la obtención de medidas que faciliten los procedimientos ulteriores. En cambio, la diligencia conservatoria de prueba, o prueba anticipada, tiene por objeto la producción anticipada de ciertas medidas probatorias frente al riesgo de que resulte imposible o sumamente dificultoso hacerlo durante el período procesal correspondiente. El Código Procesal Civil las acoge (diligencia preparatoria y prueba anticipada) bajo la nomenclatura de esta última, como veremos a continuación; sin embargo, sostenemos que solo la inspección judicial, los testigos y la pericia pueden ser tratados realmente como pruebas anticipadas, situación que no puede ser extensiva para el reconocimiento, la absolución de posiciones ni para la exhibición, por estar diseñadas como diligencias preparatorias.

3.

El tema propuesto a discusión, como es la prueba anticipada, es abordado por Guasp bajo la denominación de facilitador procesal. Mediante estos facilitadotes, se busca remover los obstáculos que puedan presentarse respecto a la eficacia del futuro proceso.

La prueba anticipada es un mecanismo destinado a contribuir al adecuado desarrollo de la actividad probatoria. Tiene un propósito garantista porque busca evitar que determinados medios probatorios, al no actuarse oportunamente, sean afectados y se frustre la posibilidad de que sean utilizados en un proceso posterior.

Esta finalidad de asegurar y conservar medios de prueba lleva a confundirlo con la medida cautelar; sin embargo, hay dos grandes argumentos para excluirla.

---

6 *Palacio, Lino. Derecho Procesal Civil. 5.ª reimpresión. T.vi. Buenos Aires: Abeledo Perrot, s./f., p. 11*

7 *Ib., loc. cit..*

a) La prueba anticipada no participa de las características de la medida cautelar, como lo provisional y mutable de la medida. Lo provisional implica que la medida subsiste mientras duren las circunstancias que la determinaron; y es mutable porque el juez, para evitar perjuicios innecesarios, puede disponer de medida cautelar diferente de la solicitada. Estas características no son aplicables a la prueba anticipada porque, producida en cualquier etapa, se incorpora al proceso en definitiva y el juez no puede dejar de valorarla aunque perjudique a la parte que la produjo. Esa valoración opera al momento de dictar sentencia definitiva.
b) La medida cautelar se decreta *inaudita pars*; en cambio, la prueba anticipada se practica con citación de la parte contraria, salvo que resulte imposible por razón de urgencia (véase art. 287 del Código Procesal Civil).

De lo expresado líneas arriba, podemos señalar que las pruebas producidas con anterioridad a la interposición de la demanda poseen aptitud para incorporarse al proceso con carácter definitivo y ser valoradas en pie de igualdad con aquellas cuyo cumplimiento se verifique durante dicho período, razón por la cual carecen de los atributos de provisionalidad y modificabilidad que son propios de las medidas cautelares.

4.

El poder jurídico que tiene toda persona de recurrir a la jurisdicción para buscar tutela no se materializa por medio de la demanda, sino que, sin necesidad de ella, se puede ejercer el derecho de acción, mediante otros mecanismos como la prueba anticipada. Técnicamente no es una demanda, pero se acude al órgano judicial en busca de tutela; se materializa, de esta manera, el derecho de acción. Aquí se da inicio a una instancia, mas no al proceso, porque se acude al órgano judicial sin demanda, sin pretender iniciar un proceso inmediato.[8]

---

[8] *En este sentido, véase los siguientes pronunciamientos judiciales:*
«La prueba anticipada consiste en la actuación de medio probatorio antes del inicio del proceso, correspondiéndole el trámite del proceso no contencioso; siendo esto así, es obvio que no contiene pretensión específica de la parte solicitante y tampoco se declara derecho alguno para esta a la culminación del trámite» (exp. 706-98-Lima, 07 de julio de 1998). Ejecutoria citada en Pioner de Jurisprudencia, Boletín Mensual, año 1, n.º 10, abril, 2004, p. 27, Lima.
«La actuación anticipada de una determinada prueba tiene por objeto, por sí misma o como parte del caudal probatorio, preparar los fundamentos que han de sustentar la causa petendi de la futura pretensión a interponerse en el proceso correspondiente, por lo que en dicha actuación anticipada no se resolverá en sí el conflicto de intereses, sino en aquél proceso en el que se discuta el fondo de la litis, mediante sentencia o auto que

4.1. La oportunidad para recurrir

Un aspecto importante que se debe tener en cuenta en la prueba anticipada es la oportunidad a recurrir. Tomando como referencia el artículo 284 del Código Procesal Civil, encontramos que «toda persona legitimada puede solicitar la actuación de medio probatorio *antes del inicio de un proceso*».

Se justifica esta intervención porque el inicio del procedimiento arbitral puede tornarse conflictivo, lo que obliga a recurrir a la jurisdicción para la designación de árbitros (véase el caso regulado en el art. 23 y 24 LGA); mientras tanto, las fuentes de prueba requieren ser cauteladas para el futuro procedimiento arbitral, motivo que amerita tomar las medidas urgentes necesarias para cautelarla.

Bajo una interpretación del artículo 284 del Código Procesal Civil, se podría permitir la práctica de la prueba anticipada hasta antes del inicio de un procedimiento arbitral. Solo opera para el acopio de pruebas antes del inicio de este; luego, ya no podrá invocarse la intervención de la jurisdicción, salvo en caso de que el Tribunal Arbitral disponga el acopio de la prueba según el artículo 40 LGA. Sin embargo, nos atrevemos a proponer, de manera excepcional, que, cuando se haya iniciado el procedimiento arbitral y concurran situaciones que entorpezcan la integridad de estas o sobrevenga el temor de que la producción de las pruebas pudiera resultar imposible o muy dificultosa de practicar en el período de prueba fijado para el procedimiento arbitral, motivaría que se altere el diseño procesal trazado por las partes, para actuarlas por la urgencia del caso, pues podrían desaparecer.[9] Como ya se ha señalado, la prueba anticipada debe entenderse como un procedimiento de excepción y no una norma de aplicación general. Lo excepcional radica en que deban mediar razones que justifiquen la urgencia.[10] Bajo ese contexto, léase el siguiente pronunciamiento:

---

en revisión ponga fin al proceso» (casación 1261-99-Lima, 30 de junio de 1999, sala civil permanente de la Corte Suprema). Publicada en Diálogos con la Jurisprudencia, año 9, n.º 67, abril, 2004, p. 236, Lima.

9 *No hay impedimento para que la actividad de los árbitros y la de los órganos jurisdiccionales se interrelacionen. En primer lugar, los órganos jurisdiccionales colaboran para lograr la efectividad del arbitraje; por citar, a falta de acuerdo respecto de la designación de árbitros, puede instarse a la formalización judicial; las dificultades que la carencia del imperium de los árbitros podían originar en el desarrollo del procedimiento arbitral se suplen acudiendo a los órganos jurisdiccionales, para adoptar medidas tendentes a asegurar la plena efectividad del laudo o para proceder a la ejecución forzosa. En segundo lugar, existe un control sobre el correcto desarrollo del arbitraje y el cumplimiento de las garantías procedimentales establecidas legal o convencionalmente por medio del llamado recurso de anulación.*

10 *«La motivación para la actuación probatoria antes del inicio del proceso, tiene que estar referida a situaciones de urgencia, de modificación u otras análogas, que exigen una*

> La actuación anticipada de una determinada prueba tiene por objeto, por sí misma o como parte del caudal probatorio, preparar los fundamentos que han de sustentar la *causa petendi* de la futura pretensión a interponerse en el proceso correspondiente, por lo que en dicha actuación anticipada no se resolverá en sí el conflicto de intereses, sino en aquél proceso en el que se discuta el fondo de la litis, mediante sentencia o auto que en revisión ponga fin al proceso.[11]

En ese mismo sentido, aparecen los siguientes fallos:

> [L]a motivación para la actuación probatoria antes del inicio del proceso, tiene que estar referida a situaciones de urgencia, de modificación u otras análogas, que exigen una intervención pronta del órgano jurisdiccional a efectos que la prueba no pierda su utilidad y eficacia.[12]

> Siendo que excepcionalmente la ley prevé la posibilidad de actuar los medios probatorios antes del proceso a instaurarse, se exige que la parte explicite la justificación de dicha actuación anticipada, significando que ello podría ser que los hechos a constatarse en una inspección judicial estén en la situación de inminente desaparición y no sería razonable esperar su actuación dentro del proceso a instaurar.[13]

4.2. La admisibilidad y procedencia

La prueba anticipada es una expresión de las diligencias preliminares, que tiene por objeto la producción de ciertas medidas probatorias frente al riesgo

---

intervención pronta del órgano jurisdiccional a efectos que la prueba no pierda su utilidad y eficacia» (exp 699-98, resolución del 09 de julio de 1998, sala civil de Lima, procesos sumarísimos y no contenciosos). Publicada en Diálogos con la Jurisprudencia, año 9, n.º 67, abril, 2004, p. 238, Lima.
«Siendo que excepcionalmente la ley prevé la posibilidad de actuar los medios probatorios antes del proceso a instaurarse, se exige que la parte explicite la justificación de dicha actuación anticipada, significando que ello podría ser que los hechos a constatarse en una inspección judicial estén en la situación de inminente desaparición y no sería razonable esperar su actuación dentro del proceso a instaurar» (exp. 46796-99, resolución del 28 de marzo de 2000, sala civil de Lima, procesos sumarísimos y no contenciosos). Publicada en Diálogos con la Jurisprudencia, año 9, n.º 67, abril, 2004, p. 238, Lima.

11 *Casación 1261-99-Lima, 30 de junio de 1999, sala civil permanente de la Corte Suprema, publicada en Diálogos con la Jurisprudencia, año 9, n.º 67, abril, 2004, p. 236, Lima.*

12 *Exp. 699-98, resolución del 09 de julio 1998, sala civil de Lima, procesos sumarísimos y no contenciosos, publicada en Diálogos con la Jurisprudencia, año 9, n.º 67, abril, 2004, p. 238, Lima.*

13 *Exp. 46796-99, resolución del 28 de marzo de 2000, sala civil de Lima, procesos sumarísimos y no contenciosos, publicada en Diálogos con la Jurisprudencia, año 9, n.º 67, abril, 2004, p. 238, Lima.*

que de resulte imposible o sumamente dificultoso hacerlo antes del proceso o durante el período procesal correspondiente. Frente a ello, surgen algunas interrogantes sobre la admisibilidad y procedencia, como las que a continuación citamos:

1. No existe regulación específica sobre el juez competente para la prueba anticipada, cuyo futuro proceso será el procedimiento arbitral; sin embargo, consideramos que para su admisibilidad y procedencia se recurra a las reglas del Código Procesal Civil, por la aplicación supletoria que recoge la primera disposición final del citado Código, que dice: «Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza».
   Aplicando las reglas del proceso judicial, esta competencia será fijada en atención al grado, como señala el artículo 33 del Código Procesal Civil.[14] Frente a esta regulación, el artículo 297 del mismo Código, además, ha hecho extensiva la competencia a supuestos de cuantía y territorio del futuro proceso por conocer como criterios para delimitar la competencia del juez en la prueba anticipada. Por otro lado, es importante destacar que la producción de pruebas anticipadas no implica renuncia al arbitraje pactado, en igual forma que la medida cautelar en sede judicial antes de iniciado el procedimiento arbitral (véase art. 79 LGA).
2. Corresponde al solicitante la carga de suministrar los hechos relativos al tipo de pretensión de que será objeto del futuro proceso.
   Al margen de enunciar la clase de pretensión que ha de configurar el objeto del proceso, el peticionario debe expresar los motivos en que aquella se funda. Su ausencia impediría al órgano judicial efectuar una adecuada valoración acerca de la necesidad de practicar dicha prueba. En este sentido, compartimos la opinión de Condorelli[15] cuando señala que

> [...] las diligencias preliminares no deben ser permitidas mas allá de lo estrictamente necesario, porque de otra manera podrían quedar comprometidos los principios de igualdad y lealtad al procurarse una de las partes informaciones por vía jurisdiccional sin la plenitud del contradictorio, máxime cuando no se ha acreditado que la información requerida resulte imperiosa a efectos de una eventual modificación o ampliación de la demanda.

---

[14] *Artículo 33.- Medida cautelar y prueba anticipada.-*
Es competente para dictar medida cautelar antes de la iniciación del proceso y para la actuación de la prueba anticipada, el Juez competente por razón de grado para conocer la demanda próxima a interponerse.

[15] CONDORELLI, *Epifanio. Del abuso y la mala fe dentro del proceso. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986, p. 118.*

3. En relación con la legitimidad activa, en el pedido de la prueba anticipada, esta le corresponde tanto al futuro actor como al futuro demandado. Esta posición se sustenta en el principio de igualdad de las partes que rige al proceso; además, esta postura es válida porque negar al futuro demandado la posibilidad de preparar su eventual medio probatorio para oponer a la futura pretensión —aun en sede arbitral— puede traducirse en una frustración de la garantía a la defensa. En este sentido, léase lo señalado en el artículo 284 del Código Procesal Civil: «Toda persona legitimada puede solicitar la actuación de medio probatorio, antes del inicio del proceso».
4. La prueba anticipada es admisible frente a la eventual interposición de una pretensión de cognición, para lo cual, conforme refiere el artículo 284 del Código Procesal Civil, «el juez solo admitirá la solicitud si se cumple con expresar la pretensión genérica que va a reclamar y la razón que justifica su actuación anticipada».
   En esa línea, uno de los problemas que presenta el Código es la ausencia de mecanismos de sanción y control, en caso de incumplimiento, respecto de quien solicita la prueba anticipada, promueve la actividad de la jurisdicción y luego no inicia el procedimiento arbitral que alegó.
   Como apreciamos en el caso de la medida cautelar fuera de proceso, si no es seguida con la interposición de la demanda dentro del plazo que fija la ley, no ofrece mayor dificultad porque opera la caducidad automática de la medida.[16] Este criterio, de fijar un plazo especial para interponer la demanda luego de haber ejecutado la medida cautelar, merece ser extensiva también al aseguramiento de pruebas, pero atribuyéndole un plazo especial.
   En relación con el plazo, hay un sector de la doctrina que considera aplicable el plazo legal del supuesto de *la caducidad de la instancia* (lo que conocemos según el Código Procesal como abandono) en caso de que no se interponga la demanda dentro de los cuatro meses de ejecutada la prueba anticipada. Por supuesto, la caducidad de la prueba anticipada no se produciría en forma automática como opera en caso del artículo 636 del Código Procesal Civil, medida cautelar fuera del proceso, sino que estaría supeditada al pedido que en ese sentido formule la parte afectada con la medida. Desde la óptica de Condorelli,[17] «se justifica el

---

[16] *Véase Artículo 636.- Medida fuera de proceso.-*
Ejecutada la medida antes de iniciado el proceso principal, el beneficiario debe interponer su demanda ante el mismo Juez, dentro de los diez días posteriores a dicho acto.
Si no se interpone la demanda oportunamente, o ésta es rechazada liminarmente, la medida caduca de pleno derecho. Dispuesta la admisión de la demanda por revocatoria del superior, la medida cautelar requiere nueva tramitación.

[17] *CONDORELLI, Epifanio. Op. cit., p. 116.*

mentado plazo de caducidad, dado que tiene que existir un momento final que concluya con una situación de incertidumbre; no es posible que se demore, por el proponente de la diligencia preliminar *sine die* la iniciación del proceso de conocimiento».

5. En cuanto al procedimiento de la prueba anticipada, decimos que las pruebas producidas antes del procedimiento arbitral o fuera del mismo, con citación personal de la parte contra quien se la intenta hacer valer, pueden tener el mismo valor que las producidas al interior del principal. Cuando se trata del informe producido sin orden judicial, este no configuraría prueba pericial e, incluso ratificado, devendría, en el mejor de los supuestos, en prueba documental.

   Se trata de una concreta aplicación del principio de contradicción en la prueba, por lo que esta, *para ser válida*, *debe haber sido producida con intervención de la parte contraria*.

   En igual sentido, se ha resuelto que la testimonial contenida en actas notariales no tiene jerarquía de prueba, pues, para que ello ocurra, debió haber mediado la intervención de un órgano jurisdiccional, lo que en definitiva otorga al proceso la garantía del contradictorio.

   La preconstitución unilateral de prueba —por la propia parte a su favor— no constituiría prueba en el sentido técnico, por lo que carecería de toda eficacia en tal sentido. Por otro lado, la prueba anticipada autoriza solicitar anticipadamente a los que sean o vayan a ser parte en un proceso y tuvieren motivos justificados para temer que la producción de sus pruebas pudiera resultar imposible o dificultosa la declaración de un testigo de muy avanzada edad o que esté gravemente enfermo o próximo a ausentarse del país, o la pericia, si hay riesgo de que el transcurso del tiempo u otra circunstancia alteren el estado o situación de personas, lugares, bienes o documentos.[18]

   Si el juez admite, se practica con citación de la futura parte contraria, salvo que resultare imposible por razones de urgencia. En este caso, el juez puede ordenar —a pedido de parte— la actuación del medio probatorio, sin citación, por resolución motivada y sustentada en razones de garantía y seguridad; toma en cuenta, para ello, el petitorio de la futura demanda.[19]

   Lo desarrollado líneas arriba nos permite sostener lo siguiente:

---

[18] *Véanse artículos 290 y 291 del Código Procesal Civil.*

[19] *Sobre el particular, véase la siguiente ejecutoria:*

«La peticionante solicita que la prueba anticipada se realice sin citación de la emplazada, Corporación San Francisco SA y P&VC Consultores Sociedad Anónima, sin embargo, dicho pedido no se encuentra sustentado en razones de garantía y seguridad conforme taxativamente lo señala el segundo párrafo del art. 287 CPC. El juez podrá ordenar la actuación del medio probatorio sin citación de la persona a quien se pretende emplazar, por resolución debidamente motiva, mandato que no ha sido cumplido por el juez al

- La prueba anticipada se orienta a cautelar las fuentes de prueba para el futuro medio de prueba.
- La urgencia justifica su actuación con antelación al proceso; ello significa que tiene un carácter excepcional, pues lo ordinario de la actuación probatoria debe darse en el interior del proceso.
- Nada impide que, pese ha haberse celebrado el convenio arbitral para someter al arbitraje los conflictos, se recurra a la jurisdicción para el acopio de una fuente de prueba antes del inicio del procedimiento arbitral.
- Si bien el convenio arbitral tiene un sustento en la autonomía de la voluntad, es factible que opere a futuro la renuncia tácita al arbitraje al someterse a la jurisdicción sin interponer la excepción de convenio arbitral.
- La LGA regula la medida cautelar en sede judicial, condicionada a que, luego de su ejecución, se inicie el procedimiento arbitral; sin embargo, al no existir regulación legal sobre el acopio y actuación de pruebas con antelación al arbitraje, consideramos que ella perfectamente puede operar recurriendo al Código Procesal Civil para la integración de la norma.

6. Otro aspecto que merece especial comentario es la posibilidad de recurrir a la jurisdicción para obtener un título ejecutivo (mediante de la llamada prueba anticipada), a pesar de haberse pactado el convenio arbitral. Como se ha señalado,[20] bajo la denominación de prueba anticipada se procuran los requisitos de un proceso principal ulterior: aquí el proceso principal depende, para su válido nacimiento, de la existencia de un título, es decir, de un fundamento objetivo específico, sin el cual no puede admitirse su tramitación. También se puede recurrir a la jurisdicción para facilitar el desarrollo del futuro proceso, esto es, cuando la vida normal de un proceso principal depende del planteamiento y solución de cuestiones relacionadas con él. Aquí la finalidad es verificar las aclaraciones correspondientes, como es el caso de la exhibición en prueba anticipada. Según Guasp,[21] «la aclaración procesal puede referirse a

disponer que se actúe la prueba sin emplazarse a la contraria; por cuanto del contexto de la resolución admisoria no se advierten los fundamentos o motivos de las razones de garantía y seguridad indicadas en ella, infringiendo de este modo el inciso 3 del art. 122 del CPC» (exp. 2226-99, resolución del 21 de marzo de 2000) Publicada en Diálogos con la Jurisprudencia, año 9, n.º 67, abril, 2004, p. 237, Lima.

[20] *Véase supra 2.*

[21] *GUASP, Jaime. Derecho Procesal Civil. 3.ª ed. T. II. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968, p. 665.*

cuestiones que surgen durante la pendencia de un proceso principal, cuando se quiere resolver dichas cuestiones mediante una tramitación autónoma, que deje, por lo menos en principio, más expedito el cauce del proceso al que se trata de facilitar».

Bajo esas circunstancias, nos preguntamos si es procedente recurrir a la jurisdicción para buscar el reconocimiento o la absolución de posiciones para un futuro procedimiento arbitral que se debe iniciar o, en todo caso, buscar la exhibición con el mismo fin. Sobre el particular, aparece la ejecutoria emitida por la sala civil de Lima,[22] que declara improcedente el pedido de exhibición y absolución de posiciones en prueba anticipada. Esa decisión se justifica en que las partes han pactado someterse a arbitraje y, si bien en aplicación del artículo 284 del Código Procesal Civil se señala que la pretensión genérica por interponer será la de un proceso ejecutivo, dicho ingreso a la jurisdicción resulta improcedente por la competencia pactada por las partes.

Los argumentos que acoge la citada ejecutoria superior no dejan de ser ciertos; sin embargo, debe tenerse en cuenta que, a pesar de haberse pactado el convenio arbitral, cabe la renuncia tácita a este cuando se decide recurrir a la jurisdicción y no se interpone la excepción de convenio arbitral oportunamente (véase inciso 13 del art. 446 del Código Procesal Civil) o, como señala el artículo 15 LGA, «las partes pueden renunciar al arbitraje mediante convenio expreso. Se entiende que existe renuncia tácita cuando se hubiera interpuesto demanda por una de las partes y el demandado no invoca la excepción arbitral dentro de los plazos previstos para cada proceso». Bajo ese contexto, consideramos que sí cabría recurrir a la jurisdicción para celebrar en prueba anticipada el reconocimiento o la absolución de posiciones que constituyen títulos ejecutivos, los mismos que perfectamente podrían ser iniciados en sede judicial, a pesar del convenio arbitral, y continuar en él, siempre que prospere la renuncia tácita al arbitraje.

Apréciese que dentro de los medios probatorios típicos que acoge el Código Procesal Civil, solo la inspección judicial, los testigos y la pericia se pueden considerar como pruebas anticipadas, situación que no es extensiva para el reconocimiento y la absolución de posiciones por responder estos a procesos especiales que procuran crear títulos para un proceso principal ulterior, como es el caso de los títulos ejecutivos provenientes de la absolución de posiciones y el reconocimiento.[23] En tal

---

[22] *Ejecutoria recaída en el expediente 36249-98, sala de procesos sumarísimos, 30 de septiembre de 1999, publicada en* LEDESMA, *Marianella. Jurisprudencia actual. T. 5. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 608.*

[23] *Artículo 294.- Absolución de posiciones.-*

sentido, hay que fijarse en que los apercibimientos recogidos en el artículo 296 del Código Procesal Civil no hacen referencia a la inspección judicial, testigos ni peritos. Como señala el inciso 3) y 4) del artículo 693 de dicho Código, se puede promover proceso ejecutivo en mérito de los siguientes títulos: «prueba anticipada que contiene un documento privado reconocido» (véase inciso 3); «prueba anticipada que contiene una absolución de posiciones, expresa o ficta» (véase inciso 4).
Este proceso, más que de creación, es de reconocimiento, porque el título en principio existe y lo único que se hace es integrarlo o complementarlo con actividades especiales de las que depende su fuerza ejecutiva. El documento privado solo tiene fuerza ejecutiva si ha sido reconocido;[24] por consiguiente, hace falta una diligencia preparatoria con el objeto de lograr la fuerza ejecutiva de tal documento privado. Por otro lado, el proceso de creación en la absolución de posiciones como título sumario comienza cuando, para preparar la ejecución, se pide que el deudor confiese bajo juramento la certeza de la deuda. Esto podría llevar quizá a afirmar —como señala Guasp—[25] que

> [...] las diligencias preparatorias no son un proceso especial, sino simples medidas accesorias del proceso principal al que han de servir, sin embargo, esta conclusión, contradiría el mecanismo real, y no meramente aparente, de las diligencias preparatorias, las cuales en realidad, tienen una existencia independiente del proceso ulterior, puesto que no solo lo preceden, sino que incluso pueden terminar sin que el juicio ejecutivo, más tarde, venga a ser promovido.

7. Por otro lado, la exhibición es una diligencia que busca aclarar las cuestiones que pueden surgir antes del nacimiento del arbitraje. Tiene una finalidad esencial y específica, que es la de obtener la necesaria y adecuada información sobre determinadas cuestiones relacionadas con el objeto del correcto del proceso ulterior. Como señala García,[26] «son aquellas actividades que previas al proceso se solicitan al órgano jurisdiccional con la finalidad de preparar el mismo».

Puede solicitarse que la presunta contraparte absuelva posiciones sobre hechos que han de ser materia de un futuro proceso.
Artículo 292.- Reconocimiento de documentos privados.-

Cualquier interesado en el contenido o efectos de un documento, puede solicitar que su otorgante o sus herederos lo reconozcan.

[24] *Véase inciso 3, artículo 693 del Código Procesal Civil.*

[25] *Guasp, Jaime. Op. cit., p. 660.*

[26] *Garcia Vila, Mónica. «Diligencias preliminares y la negativa a su práctica». Revista Peruana de Derecho Procesal, t.VI, 2003, p. 149, Lima.*

Estas diligencias preliminares operan bajo la exhibición solo para aquellas taxativamente señaladas en el artículo 293 del Código Procesal Civil;[27] sin embargo, es preciso establecer que todo proceso puede prepararse cuando se persiguen finalidades que afectan a los sujetos, al objeto o al título que pueden jugar en el proceso ulterior no solo recurriendo exclusivamente a la exhibición sino también a la absolución de posiciones. La preparación del futuro proceso va encaminada a la averiguación de determinados datos que son necesarios para identificar al sujeto pasivo del futuro proceso. Con esta información preliminar, se puede evitar la realización de un proceso inútil

II. Conclusión

Frente a la disyuntiva planteada con relación a si resulta procedente practicar en sede judicial la prueba anticipada para conservar alguna fuente de prueba, para crear un título ejecutivo o para aclarar una situación para una futura demanda, sostenemos que sí es factible realizarlo en sede judicial a pesar de haberse pactado el convenio arbitral.

El hecho de que se recurra a la jurisdicción para la prueba anticipada existiendo convenio arbitral no implica renuncia al arbitraje, pues este recién operará en el supuesto de que se someta el conflicto a discusión en sede judicial y las partes no interpongan la excepción correspondiente. Lo que se busca con este tipo de licencias para el acopio y actuación de la prueba es no privar de tutela judicial a quien requiere conservar alguna fuente de prueba ante la ausencia temporal del procedimiento arbitral. Hay un criterio de urgencia que justifica ese tipo de tutela, sin que ello implique que tenga la connotación de una medida cautelar.

Por último, debemos tener en cuenta que el arbitraje está sustentado en el ejercicio de la autonomía privada de partes; en tal sentido, perfectamente puede operar la renuncia tácita al arbitraje al someter su conflicto a sede judicial sin interponer la excepción de convenio arbitral oportunamente. En tal sentido, resulta coherente que se recurra a la tutela de la jurisdicción para la prueba anticipada.

---

[27] *Artículo 293.- Exhibición.-*

Cuando una persona requiera del esclarecimiento previo de una relación o situación jurídica, puede pedir la exhibición de:

1. *El testamento del causante por parte de quien se considere sucesor;*
2. *Los documentos referentes al bien relacionado con el futuro proceso;*
3. *Los estados de cuentas, libros y demás documentos relativos a negocios o bienes en que directamente tiene parte el solicitante; y*
4. *Otros bienes muebles materia de un futuro proceso.*

El estatus del concebido y la problemática de la fecundación asistida

Juan Morales Godo*

> Con poco que se reflexione en los problemas, novedosos o recurrentes, que presenta el extenso campo de la bioética, se cae en cuenta de la enorme complejidad de los mismos, tanto por lo que hace a la comprensión de los propios avances científicos como por la posibilidad de una clara conceptualización y un rigor argumentativo. A tal complejidad, y de alguna manera consecuente con ella, se añade la propia del análisis jurídico. Quizás hoy más que nunca el jurista se ve en la necesidad de echar mano de todos sus recursos teóricos y metodológicos para prever, debatir, proponer y diseñar la normatividad adecuada que le imponen los retos de la ciencia y de la ética.
>
> Rodolfo Vásquez[1]

1. Ciencia, ética y derecho: a propósito de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina

Uno de los hechos más notables ocurridos dentro del campo de la biología, en los últimos treinta años, es el relacionado con la posibilidad de generar vida humana fuera del útero femenino, esto es, la denominada fecundación extrauterina o fecundación *in vitro*; sin embargo, tampoco se puede dejar de mencionar las técnicas de inseminación artificial que facilitan la procreación intrauterina. La manipulación de los elementos que originan la vida es un avance cualitativo de gran trascendencia, porque permite dar solución a determinados problemas que impiden que la concepción se produzca de una manera natural, esto es, por medio de una relación sexual entre un hombre y

* *Profesor ordinario de la Pontificia Universidad Católica del Perú.*

[1] *VÁSQUEZ, Rodolfo. Bioética y Derecho. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1999.*

una mujer. No se trata de una mera acumulación de conocimientos, sino que se trata de conocimientos revolucionarios, de aquellos que, juntamente con otros, provocan los saltos históricos, el inicio de nuevas eras.[2]

Sin embargo, aun reconociendo los grandes beneficios que están procurando para la humanidad estos avances de la ciencia, existe una serie de cuestionamientos de orden ético, especialmente por parte de la Iglesia católica, que es necesario afrontar para alcanzar niveles de consenso aceptables, para luego entrar en el examen de los distintos problemas de orden jurídico que ello genera. Lo jurídico no puede ser ajeno al avance de la ciencia, pero tampoco puede prescindir de los aspectos valorativos. Diríamos que la ciencia y lo ético son los presupuestos básicos, ya que, sin haber tomado determinaciones sobre estos aspectos, no existiría el sustento jurídico adecuado frente a la sociedad. Lo jurídico debe ser consecuencia de haberse logrado niveles de consenso social sobre estos temas.[3]

Asimismo, no deja de ser una preocupación la posibilidad del manejo irresponsable de los elementos que originan la vida, de tal forma que se pudiera poner en peligro la naturaleza misma del ser humano. En efecto, el nivel de conocimiento respecto de los elementos que originan la vida ha generado las prácticas de una serie de combinaciones genéticas en el campo de la zoología y botánica, que ha creado nuevas especies, con características muy particulares, distintas de las especies aportantes. Si así ha ocurrido en dichos campos, nada nos impide pensar que ello no pueda ocurrir con la especie humana. Con esto, no solo nos referimos al tema de la selección eugenésica, de por sí reprobable, sino también a qué tipo de mutaciones podría ocurrir con el ser humano. Por ello, no es extraño que, a nivel universal, se haya determinado que la especie humana es un bien que jurídicamente debe ser protegido.[4]

El papel que le corresponde al jurista es trascendental, porque se con-

---

[2] *KUHN, Thomas. Qué son las revoluciones científicas y otros ensayos. Barcelona, Buenos Aires, México D. F.: Paidós, 1989, pp. 56-59. Citado por GONZALES MANTILLA, Gorky. La consideración jurídica del embrión in vitro. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, p. 16.*

[3] *DIEBOLB, John. El Hombre y el ordenador. Madrid: Pirámide, 1974. El referido autor señalaba lo siguiente premonitoriamente: «En el curso de las tres próximas décadas pueden surgir ante nosotros, en cualquier momento, amenazas contra la intimidad del individuo, el control del comportamiento humano y la capacidad para alterar el desarrollo genético. Las dos primeras se hallan ya muy próximas a nosotros y, en cuanto a la tercera, es posible que no se nos presente hasta finales del siglo. Pero, en gran medida, las tres pertenecen al mismo ámbito, a saber: el problema del individuo insuficientemente protegido por las instituciones sociales, las leyes y los preceptos formulados por sus predecesores, para enfrentarse a los distintos desafíos» (p. 34).*

[4] *BERGEL, Salvador Darío. «Libertad de investigación y responsabilidad de los científicos en el campo de la genética humana». En Bioética y genética. Buenos Aires: Ciudad*

vierte en el puente entre los avances de la ciencia y la tecnología y los valores que las sociedades quieren privilegiar. Este cotejo permanente es el que deben realizar los juristas, a fin de no convertirse en una traba para el desarrollo científico. Para ello, deben tratar de entender a cabalidad las nuevas propuestas de la ciencia, pero cuidando que los valores y principios que privilegian las sociedades, y, en este caso, la humanidad en su conjunto, sean respetados, sobre la base de aquello que sustenta los derechos fundamentales de todo ser humano, esto es, su dignidad.[5]

No se debe permitir ni una regulación draconiana que inmovilice las investigaciones científicas ni una libertad absoluta sin ningún tipo de control social. En ese sentido, se deben buscar los consensos, y no la predominancia de alguna creencia o convicción de grupos determinados, que permitan encontrar los senderos del progreso sin afectar los valores sociales esenciales. Esa es la tarea, en buena cuenta, de la Bioética.

2. Antecedentes de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina

El primer antecedente conocido de fecundación extracorpórea de embriones humanos data de 1944, cuando dos biólogos, Rock y Meneen, obtuvieron cuatro embriones a partir de más de 100 ovocitos extraídos de ovarios y expuestos a espermatozoides.[6]

Una fecha que se debe tener presente en este tema es el 26 de julio de

Argentina, 2000. El referido autor nos dice: «Con el predominio de la ciencia de la vida —señala Kottow— la experimentación da otro salto cualitativo. Ya no sólo crea situaciones artificiales, sino verdaderos modelos experimentales, los que a su vez pasan a ser nuevos entes —bacterias clonadas, cepas de ratas cancerosas, células reproducidas in vitro, quimeras— . A más tardar ahora la investigación en ciencias biológicas ya no puede sustraerse al análisis bioético, habiendo prescindido de la observación para provocar en seres vivos cambios cuyo carácter y magnitud no son predecibles, precisamente porque están inmersos en las incógnitas que se investigan» (p. 35).

[5] *CASADO, María. Bioética, Derecho y Sociedad. Madrid: Trotta, 1998. La jurista española nos dice: «Generalmente suele darse por sentada la existencia de una cultura de las ciencias y otra de letras. Al mismo tiempo se pone de manifiesto que los adelantos biotecnológicos suscitan interrogantes para la humanidad de una envergadura tal que hace necesaria la superación de esta dicotomía y el establecimiento de ámbitos de reflexión pluridisciplinar. Precisamente ahí se sitúa el origen de la Bioética, una nueva disciplina que aparece como puente entre las ciencias y las humanidades. En realidad, y más que a controversias entre los dos campos del conocimiento, quizá sea más acertado referirse a la coincidencia de ambos en una preocupación conjunta por las consecuencias del veloz avance biotecnológico y en el acuerdo acerca de la necesidad de establecer controles sobre el mismo» (p. 55).*

[6] *LOYARTE, Dolores y Adriana ROTONDA. Procreación humana artificial: un desafío bioético. Buenos Aires: Desalma, 1995, p. 118.*

1978. Ese día, en el Oldham Hospital, situado en la localidad de Oldham Mumps, cercano a la ciudad de Manchester, Gran Bretaña, nació la niña Louise Brown, concebida fuera del útero materno, mediante la fecundación in vitro de un óvulo proporcionado por la madre, Lesley Brown, quien padecía de obstrucción de las trompas de falopio, con el esperma de su esposo, John Brown. Una vez obtenida la fecundación, el embrión (huevo o cigoto) fue implantado en el útero de Lesley Brown para que culminara su etapa de desarrollo fetal. Los médicos que intervinieron en este hecho fueron los doctores Patrick Steptoe, ginecólogo, y Robert Edwards, fisiólogo. Como lo indica Zannoni: «Por primera vez —públicamente al menos— se había logrado cerrar el ciclo: la fecundación extrauterina de un ser humano, la posterior implantación del embrión en el útero y su desarrollo completo hasta alcanzar el nacimiento».[7]

Sin embargo, el hecho es consecuencia de un largo período de experimentación en el campo de la octogénesis y la embriología. Los primeros experimentos científicos en el campo de la reproducción humana datan de doscientos años atrás, pero es en el siglo XX y, concretamente, a partir de la década del cuarenta cuando los experimentos que se habían logrado con animales se extienden a los seres humanos con mayor frecuencia. Figuran, en la lista de los médicos que trabajaron este tema, Lamdium y Shettles (1953), Petrov (1958) y Moricard (1959).

Un hito importante ha sido el experimento realizado por el biólogo italiano Daniel Petrucci, entre los años 1960 y 1961, quien logró el desarrollo de embriones in vitro, uno de los cuales se mantuvo con vida —en el tubo de ensayo— por más de 60 días. El hecho motivó una serie de cuestionamientos, por lo que el indicado médico, a solicitud de la Iglesia católica, decidió interrumpir el experimento

El tema nos plantea —indudablemente— una serie de problemas de orden ético y jurídico, conforme lo mencionaremos al analizar tanto la inseminación artificial como la fecundación extrauterina. Pero debemos partir de algunas ideas básicas relacionadas específicamente con el concebido, para luego desembocar en el tratamiento de los distintos temas relacionados con la procreación.

3. El concebido

Para arribar a una definición del concebido, es preciso señalar que la doctrina se refiere al *nasciturus* como expresión genérica, entendido como el que habrá de nacer. Como especies de esta expresión genérica, se comprende al

[7] ZANNONI, *Eduardo. Inseminación artificial y fecundación extrauterina. Buenos Aires: Astrea, 1978, p. 20.*

conceptus o concebido y al *concepturus* (el que habrá de ser concebido).

En consecuencia, mientras el concebido es una realidad biológica y jurídica, el *concepturus* es una ficción jurídica. El concebido es el ser humano antes de su nacimiento y constituye la primera etapa de la vida humana; si bien dependiente biológicamente de la madre, forma una individualidad genética. Siendo una realidad desde el punto de vista biológico, no se entendía cómo el Código Civil de 1936 lo protegía recurriendo a la ficción de considerarlo como nacido. Por ello, el legislador de 1984 optó por brindarle un tratamiento directo, sin ficción alguna, pero respetando el concepto de persona, que es el ser humano a partir de su nacimiento con vida, y lo consideró como sujeto de derecho.

El *concepturus*, en cambio, es una ficción jurídica, porque en realidad no es un ser existente, sino es el que va a ser concebido. Por lo tanto, no es el concebido, que sí es una realidad. «La diferencia ontológica entre ambos es radical».[8] ¿Cómo entender esta posibilidad jurídicamente hablando? Es indudable que el *concepturus*, inevitablemente, está en relación a un determinado acto jurídico, en el que se dispone algo a su favor. En nuestro sistema jurídico, no se ha regulado su existencia. No existe la posibilidad de actos de disposición en favor de alguien que aún no ha sido concebido.

4. Inicio de la vida. ¿Desde cuándo estamos frente a un concebido?

Tema de extraordinaria trascendencia y actualidad es el de determinar el inicio de la vida humana. ¿Desde qué momento estamos frente a un concebido, para poder protegerlo y considerarlo como sujeto de derecho? ¿Cuándo comienza la vida? Estas son preguntas de cuya respuesta dependerá la protección del sistema jurídico, y, por ende, muchos temas tendrán que ser replanteados. Por otro lado, es preciso reconocer la presión que han generado los avances de la ciencia y la tecnología, específicamente en el campo de la biología y la medicina, en los que, probablemente, con una concepción tradicional, dichos avances se verían obstaculizados. Sin embargo, de por medio se encuentra el ser humano, principio y fin del derecho, premunido de dignidad, todo lo cual determina que es un fin en sí mismo, jamás medio para nada; ni siquiera puede ser objeto de experimentación, aun cuando los propósitos puedan ser considerados loables. En estos temas, creemos que el fin no justifica los medios.

Pero el derecho debe estar atento a los avances de la ciencia y la tecnolo-

---

[8] *Fernandez Sessarego, Carlos. Nuevas tendencias en el Derecho de las Personas. Lima: Universidad de Lima, 1990, p. 71.*

gía; no puede dar la espalda a la evolución del conocimiento, pues es el encargado de generar el puente necesario entre dichos avances y los valores que la sociedad quiere privilegiar.

Existen hasta tres teorías que tratan de dar una explicación al tema del inicio de la vida humana. Sobre estas tres teorías, hace referencia Fernández Sessarego.[9]

a) Teoría de la concepción

Para esta teoría, la vida humana comienza con la concepción, entendida como la unión del espermatozoide masculino con el óvulo femenino, que se plasma a las pocas horas de la relación sexual. En ese sentido, cualquier determinación que se adopte después de la relación sexual podría ser considerada como un atentado contra la vida del ser humano.

Los partidarios de esta teoría señalan que los últimos descubrimientos de la biología ratifican sus postulados, en el sentido de que, penetrado el óvulo por el espermatozoide, surge una nueva vida, distinta de la madre, con un patrimonio genético único, irrepetible, autogobernado por el mismo embrión, sin que exista otro momento en su evolución como para poder postergar la certeza de que tal formación es vida humana.[10]

Es conveniente aclarar que la concepción no debe confundirse con la fecundación. La fecundación es el primer instante con el que se inicia el ciclo vital, que ocurre cuando el espermatozoide penetra el óvulo, por lo que la concepción vendría a ser el resultado de dicho primer momento, dentro del proceso del inicio de la vida. Sin embargo, este primer momento fecundación-concepción es tan rápido que la fecundación implica la concepción instantánea.[11]

Nuestro Código Civil, apoyado en la doctrina de la Iglesia católica, adopta —expresamente— esta posición al señalar, en el artículo primero, que la vida humana comienza con la concepción. Fernández Sessarego se convirtió en el principal defensor de este planteamiento, cuestionando la teoría de la anidación, a pesar de reconocer que de ser humano, genéticamente, solo se podría hablar cuando se produce su individuación, es decir, cuando adquiere las propiedades de unicidad y unidad, lo que se produce al concluir

---

9 *Véase sus obras Derecho de las Personas. Lima: Studium, 1986; y Nuevas tendencias en el Derecho de las Personas. Op cit.*

10 *MARTINEZ, Stella Maris. Manipulación genética y Derecho Penal. Buenos Aires: Universidad, 1994, p. 77.*

11 *VARSI, Enrique. Derecho genético. 4.ª ed. Lima: Grijley, 2001, p. 91.*

la anidación, que ocurre a los 14 días a partir de la fecundación. Sin embargo, la distinción entre vida humana y ser humano, que propugnan los partidarios de la teoría de la anidación, que reconocen —que duda cabe— que antes de los 14 días se trataría de vida humana, pero no de un ser humano propiamente dicho, el jurista peruano la considera intrascendente, por cuanto la vida humana pertenece al ser humano y no a otro ser de distinta naturaleza.[12]

Luego de hacer un recorrido sobre las distintas teorías, que tratan de dar una explicación sobre el momento en que se inicia la vida, considera que «ontológicamente, por el hecho de la fecundación de un óvulo por un espermatozoide nos hallamos frente a un ser de naturaleza humana. Esta es la realidad biológica que interesa tener en cuenta para el efecto de considerar normativamente como sujeto de derecho a este nuevo ser y brindarle, en consecuencia, la protección jurídica debida».[13]

En Argentina, el reconocido constitucionalista Germán Bidart Campos se expresa en términos similares al señalar taxativamente que

> [...] aunque se discuta la existencia de la «persona» antes del «día catorce» por la falta de certeza sobre la individualidad del sujeto, sin dudas lo que sí existe es «vida humana» (resulten uno o más sujetos en el futuro, o ninguno, pues potencialmente la vida humana igual inició su ciclo, aunque luego vea frustrado, por acontecimientos naturales, su destino), por lo cual el ordenamiento jurídico debe brindar la protección que ella se merece, teniendo presente la dignidad de trato que supone el concepto vida humana.[14]

Dos principales objeciones se plantean a esta posición: la primera, estrictamente biológica, obedece al hecho de que se presente como un solo instante lo que es un proceso. La segunda surge de la determinación de si el cigoto es o no es un ser humano. Es indudable que el cigoto contiene la esencia, la naturaleza de la raza humana; su dotación genética solo es compatible con la de cualquier individuo de la especie humana. Sin embargo, para algunos, aun reconociendo que el cigoto es material celular humano vivo y, por lo tanto, merece protección, ello no puede llevar a considerarlo como una especie de hombre en miniatura.[15]

---

12 *Fernandez Sessarego, Carlos. Nuevas tendencias en el Derecho de las Personas. Op. cit., p. 67.*

13 *Ib., p. 68.*

14 *Bidart Campos, Germán. Conferencia del 30 de agosto de 1996, posgrado de especialización en Bioética de la Universidad Nacional de Mar del Plata, citado por Messina De Estrella Gutierrez, Graciela. Bioderecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. p. 34.*

15 *Martinez, Stella Maris. Op. cit., p. 78.*

b) Teoría de la anidación

Esta teoría señala que la vida humana recién puede considerarse a partir del momento en que el embrión se fija en el útero de la mujer, es decir, cuando se anida en él; este es un fenómeno que recién culmina a los 14 días de la relación sexual, cuando se produce la unión del espermatozoide masculino con el óvulo femenino. De estudios realizados, se llega a la conclusión de que, de todos los preembriones (cigotos) que se generan, solo el 50% se adhieren al útero materno y se pierde el resto. Otras investigaciones han determinado que solo el 42% se implanta. Y otras señalan que las dos terceras partes de los óvulos fecundados se pierden antes de la implantación. Ello lleva a sostener a los partidarios de esta teoría que, mientras no se produzca el fenómeno de la anidación, la vida solo es una posibilidad, no una realidad concreta, que sí lo es cuando el cigoto se fija en el útero. En todo caso, aun reconociendo que se trata de posibilidades de vida, recién con la anidación es digno de protección el embrión.

Las idea predominante que se genera como consecuencia de la anidación es la individualización, que viene avalada con dos propiedades: la unicidad (ser único e irrepetible) y la unidad (ser una sola cosa). Como quiera que antes de los 14 días puede presentarse una serie de fenómenos que no se traduce en la individualización, ello no puede ser tomado en consideración en lo que se refiere a asumir que estamos frente a un ser humano ni mucho menos que haya que protegerlo. Recién, a partir de los 14 días, finalizada la etapa de la anidación, se puede tener la certeza no solo de la individualización, sino de la seguridad de su posterior desarrollo.

El destacado ginecólogo argentino Roberto Nicholson señalaba lo siguiente:

> Un embrión tiene la capacidad de dividirse en dos o de sumarse en uno. Las dos cosas pueden suceder hasta que el embrión tiene un cierto tamaño, ese tamaño coincide con la primera semana de la implantación en la pared uterina. El embrión nada en la trompa —donde se fecunda— tres días, se implanta en la cavidad del útero al séptimo día y es a partir de allí cuando se determina si va a ser un individuo o se va a dividir para conformar dos gemelos. Desde ese momento es persona y se da entre los siete y catorce días […].[16]

Las principales objeciones que se hacen a esta teoría es el de confundir individualidad con indivisibilidad. Velayos-Santamaría señala:

[16] *Citado por* Messina De Estrella Gutierrez, *Graciela. Op. cit., p. 39.*

> Al decir que un individuo humano no lo es si se puede dividir, se está confundiendo individualidad con indivisibilidad [...] En todo caso, siempre habrá una individualidad con una potencialidad de divisibilidad cada vez menor, lo que no invalida el que en todo momento, antes y después de una división con separación de células, se pueda hablar de individuo/ individuos.[17]

Como puede apreciarse, las técnicas de los métodos anticonceptivos, tan en boga en los tiempos actuales, está en función de la determinación del momento en que se inicia la vida. Si asumimos la teoría de la anidación, los métodos que impiden que los preembriones se aniden no serán abortivos; mas, si asumimos la teoría de la concepción, muchos métodos serán considerados abortivos y, por tanto, proscritos por la ley.

c) Teoría de la formación del sistema nervioso central

En los últimos años, ha surgido una nueva teoría que trata de darnos una explicación respecto al inicio de la vida humana; en esta teoría, hacen coincidir dicho inicio con la formación del sistema nervioso central, esto es, con la formación del cerebro. En ese instante, se inicia la traslación de la información genética al sistema nervioso central, lo que constituye una verdadera instancia diferenciadora.

«En este momento aparecen los rudimentos de lo que será la corteza cerebral por lo que recién con la presentación de la llamada línea primitiva o surco neural estaríamos frente a un ser viviente que, más allá de su composición genética, tiene una pauta selectiva específicamente humana».[18] La actividad eléctrica del cerebro recién se presenta al cabo de ocho semanas desde la fecundación, por lo que recién puede estimarse que se ha iniciado la vida humana.

Estimamos que dato importante para esta aseveración es el criterio adoptado, casi universalmente, en el sentido de que la muerte del ser humano se produce con el cese de la indicada función superior. En efecto, tratándose de la legislación peruana, el cese de la función cerebral fue adoptado como criterio de haberse producido la muerte de una persona cuando esta iba a ser sometida a la extracción de sus órganos o tejidos para efectos de trasplante. Posteriormente, y a partir de julio de 1997, con la Ley General de Salud, se adoptó el criterio de la muerte cerebral como válida para todos los efectos.

Fernández Sessarego cuestiona esta posición, señalando que

---

[17] *Citado por* VARSI, *Enrique. Op. cit., p. 101.*

[18] MARTINEZ, *Stella Maris. Op. cit., p. 85.*

> la afirmación que hace diferir la aparición de la vida humana hasta la producción de dicho fenómeno [se refiere a la formación del sistema nervioso central, el cerebro] carece de consistencia si es que , tal como lo hemos sostenido, la vida humana es un proceso continuo desde la fecundación, en que se da toda la información genética necesaria que lleva indefectiblemente a la formación del ser, hasta la muerte, salvo que se presenten alteraciones de cualquier índole que interfieran dicho proceso.[19]

Juan José Lacadena, jurista español, abundando en argumentos que cuestionan esta posición, señala:

> El hecho de que el EEG (electroencefalograma) plano durante un cierto tiempo sea hoy día un criterio aceptado para dictaminar clínicamente la muerte de un individuo no es comparable en absoluto al EEG plano de un embrión en desarrollo: en el primer caso el cerebro ha dejado de funcionar […] en el segundo caso aún no ha empezado porque su programa genético de desarrollo todavía no ha mandado la información necesaria para ello.[20]

5. El concebido como sujeto de derecho

La única situación biológica y jurídica, real y concreta, es el concebido. Como señalamos, es el ser humano antes de su nacimiento, y nuestro sistema jurídico lo considera como sujeto de derecho; no es persona, pero sí es un centro de imputación de derechos y obligaciones. Está relacionado con el inicio de la vida del ser humano, sobre el que existen diferentes posiciones, que describiremos con detenimiento más adelante. Sin embargo, cualquiera que sea la posición que se asuma, lo cierto es que existe un período entre el inicio de la vida de un ser humano y su nacimiento. El ser humano que se encuentra en dicho período es considerado como sujeto de derecho.

¿Qué significado tiene el ser considerado como sujeto de derecho? En primer lugar, se le otorga una protección jurídica al ser humano que se encuentra en dicho período de su existencia, reconociendo su realidad biológica. Es un tratamiento directo, sin ficción de ninguna clase, convirtiéndolo en un ser con aptitud para adquirir derechos y obligaciones. No solo desde el punto de vista biológico es un ser distinto de la madre, sino desde el punto de vista jurídico es un sujeto de derecho distinto de la madre. En

---

[19] *Fernandez Sesarego, Carlos. Nuevas tendencias en el Derecho de las Personas. Op. cit., p. 68.*

[20] *Lacadena Calero, Juan Ramón. «Manipulación genética de la especie humana». En Ingeniería genética y reproducción asistida. Madrid: Marino Barbero Santos, 1989, p. 28.*

consecuencia, cuando nos referimos al concebido, identificamos un sujeto de derecho tan igual que los demás sujetos de derecho aun cuando se trate de un sujeto privilegiado, como lo vamos a apreciar cuando veamos el tema de la percepción de los derechos, y aun cuando sea un ser dependiente biológicamente de la madre.[21]

¿Por qué no considerarlo como persona, como si lo ha hecho el Código Civil argentino, redactado por Vélez Sarfield? La opción de nuestro legislador ha sido respetar el concepto de persona, que es el ser humano a partir de su nacimiento con vida. Pero ¿cuál es la diferencia entre considerarlo como persona o solamente como sujeto de derecho? En realidad, la persona no tiene condicionamiento alguno para la percepción de los derechos; en cambio, tratándose del concebido, la percepción de los derechos patrimoniales está condicionada a que nazca con vida. Esta es una de las razones por las cuales es posible diferenciar al sujeto de derecho de la persona aun cuando, como ya hemos visto, toda persona es sujeto de derecho.

Esta es una de las ideas gravitantes en el pensamiento de Fernández Sessarego y convierte a nuestro Código Civil de 1984 en pionero en brindar un tratamiento directo al concebido que prescinde de la teoría de la ficción, que tanta fuerza ha tenido en el derecho occidental. En efecto, bajo su concepción, son cuatro los sujetos de derecho: el concebido, la persona natural, la persona jurídica y los denominados entes no personificados u organizaciones no inscritas. De esta forma, dicho Código Civil considera al concebido sujeto de derecho, sin asimilarlo al concepto de persona, que es el ser humano a partir de su nacimiento. En ese sentido, prescinde de la teoría de la ficción de considerar al concebido como nacido para protegerlo.[22]

El concebido no es ninguna ficción: es una realidad y como tal debe ser tratado por el derecho directamente, con las prerrogativas que se le conceden.

6. La procreación humana. La inseminación artificial y la fecundación extrauterina

El tema de la procreación humana se ha perfilado por medio de dos expresiones: la inseminación artificial y la fecundación extrauterina. La primera consiste en lograr la fecundación sin cópula sexual cuando, por diversas

---

[21] *Fernandez Sessarego, Carlos. Nuevas tendencias en el Derecho de las Personas. Op. cit., p. 84.*

[22] *Fernandez Sessarego, Carlos. Derechos de las Personas. Op. cit.; id. Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas. Op. cit.*

causas fisiológicas, tanto del hombre como de la mujer, no es posible lograr la fecundación. Si el problema es de la mujer, sea por trastornos endocrinos o del metabolismo, secreciones vaginales que neutralizan los espermatozoides, atresias vaginales que impiden la introducción adecuada del pene, se recurre al tratamiento terapéutico de la inseminación artificial con semen del marido; en buena cuenta, los elementos que originan la vida provienen de los esposos (inseminación homóloga). Mas, si el problema es por esterelidad del hombre (azzospermia, necrospermia, etc), la pareja puede decidir que se utilice el esperma fértil de un tercero. En este caso, estamos frente a la inseminación heteróloga, porque la fecundación se está obteniendo con un elemento aportado por una persona distinta a la pareja.

Los ejemplos descritos, indudablemente, no son los únicos, ya que existen múltiples posibilidades de combinaciones, conforme lo ha analizado Marcial Rubio.[23] Para el tema que nos interesa determinar, debemos entender que la inseminación homóloga es aquella en la que los aportantes son los mismos esposos; y la heteróloga, en la que uno de los aportantes es un tercero, hombre o mujer. En el párrafo anterior, mencionamos como ejemplo el caso en que el problema lo tiene el hombre, pero puede ocurrir que el problema lo tenga la mujer; en esa circunstancia, el aporte será de otra mujer, entre cuyas posibilidades se encuentra el alquiler del vientre.

La fecundación extrauterina es aquella en la que la fecundación se logra, como su nombre lo indica, fuera del útero de la mujer. Se trata de la fecundación in vitro; en ella, también existe una gama de posibles combinaciones no solo en cuanto a los aportantes, sino además en cuanto a los consentimientos de las parejas. Nótese que, mientras en la inseminación artificial, la fecundación siempre será uterina, sea la esposa o una tercera persona, en la fecundación extrauterina, la fecundación se logra fuera del útero, independientemente de quiénes sean los aportantes de los elementos que originan la vida.

7. Problemas éticos y jurídicos de la inseminación artificial

Como lo hemos señalado en párrafos anteriores, es indispensable adoptar una posición en estos temas desde el punto de vista valorativo, axiológico, porque, si bien se trata de un método científico que permite dar una solución a los matrimonios infecundos, existe una serie de combinaciones posibles que ponen en tela de juicio esta metodología porque estas podrían resentir los sentimientos más apreciados por una colectividad que conduce

[23] *Rubio Correa, Marcial. Las reglas del amor en probetas de laboratorio. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996.*

su existencia con determinados valores que los privilegia y, por ende, los protege.

Vamos a entrar a escudriñar los aspectos éticos y jurídicos de algunos temas específicos en los que, a nuestro criterio, se perfilan con mayor gravedad estos aspectos.

a) Inseminación homóloga y heteróloga

Hemos señalado que la inseminación homóloga se produce cuando los elementos que originan la vida son aportados por marido y mujer, mientras que la inseminación heteróloga se configura cuando uno de los elementos es aportado por un tercero. Es indudable que la inseminación homóloga es la que menos reparos éticos presenta actualmente y es la que menos problemas jurídicos ostenta. Sin embargo, no ha sido así siempre. Se ha tenido que esperar que el tiempo vaya consolidando la idea del beneficio. Recordemos que el Papa Pio XII, en el año 1951, sostenía:

> El acto conyugal en su estructura natural, es una acción personal, una cooperación simultánea e inmediata de los cónyuges [...], mucho más que la unión de dos gérmenes que pueden también efectuarse artificialmente, es decir sin la acción natural de los cónyuges. El acto conyugal, ordenado y querido por la naturaleza, es una cooperación personal a la que los esposos, al contraer matrimonio, se otorgan mutuamente el derecho.

Posteriormente, en el II Congreso Mundial de la Fertilidad y Esterilidad, llevado a cabo el 19 de mayo de 1956, y más tarde en el VII Congreso de Hematología, del 12 de setiembre de 1958, en forma expresa señalaba: «La fecundación artificial viola la ley natural y es contraria al derecho y a la moral».[24]

Por nuestra parte, consideramos que, si bien lo natural es que la procreación de un ser humano se produzca como consecuencia de la relación sexual entre un hombre y una mujer y, más concretamente, por medio del coito, con la inseminación artificial homóloga, en la que los elementos que originan la vida son proporcionados por los propios cónyuges, no se desnaturaliza la procreación, ya que esta se producirá como consecuencia de la unión del espermatozoide masculino con el óvulo femenino y este fenómeno se producirá en el cuerpo de la mujer (cónyuge) intrauterinamente. El apoyo de la ciencia, en este sentido, es neutralizar los problemas orgánicos o fisiológicos, del hombre o de la mujer, que impiden que se genere la procreación de una manera normal.

---

[24] ZANNONI, Eduardo. *Op. cit., pp. 45-46.*

Los reparos éticos se han ido diluyendo, porque no se desnaturaliza el acto de la procreación ni se desnaturaliza una de las finalidades del matrimonio, ya que se logra cumplir con el legítimo derecho de toda pareja conyugal de tener descendencia de su propia sangre.

Desde el punto de vista jurídico, la presunción *pater is* no se resiente, no se vulnera ni se pone en tela de juicio. Como son elementos biológicos proporcionados por los propios cónyuges y el tratamiento se ha hecho en el cuerpo de la mujer, para que ella sea la que logre la fecundación y el desarrollo posterior del concebido, la presunción funcionará plenamente.

Sin embargo, mencionaremos dos temas importantes relacionados con la inseminación homóloga:

a) Uno de ellos es si podemos aplicar las mismas reglas para las parejas estables no casadas, en las que, si bien formalmente no se aplicaría la presunción *pater is*, aun cuando somos partidarios de que extensivamente se aplique a este tipo de parejas, probablemente se encuentre algún tipo de reparos. Desde el punto de vista ético, no apreciamos diferencia respecto de la pareja casada, por cuanto se trata de una unión de hecho estable, similar a la de un matrimonio, solo que carece de las formalidades de este, pero es indudable que los sentimientos, las voluntades y las finalidades de dicha unión son semejantes a las matrimoniales. Por ello, nuestro sistema jurídico las regula, les concede un tratamiento especial y las protege, concediéndoles varios beneficios semejantes a las de una relación matrimonial.
   La principal preocupación, en este aspecto, sería la aplicación de la presunción *pater is*, que, como hemos señalado, formalmente solo debería aplicarse a las relaciones matrimoniales. Somos partidarios de que se haga extensiva la aplicación de la presunción en comentario a las uniones de hecho. Una interpretación razonable, socialmente aceptable y justa de la norma que contiene la presunción *pater is* debería comprender extensivamente a las uniones de hecho.[25]
b) El otro tema que nos plantea problemas de orden ético y jurídico, en lo que se refiere a la inseminación homóloga, es la inseminación post mórtem. Se presentaría este caso cuando en vida pudo obtenerse el semen del esposo y ser conservado y luego este fallece. Luego del fallecimiento, se produce la intervención médica para practicar la inseminación artificial en el cuerpo de la esposa, de forma tal que se fecunda un nuevo ser. Obviamente, pueden existir algunas variantes como, por ejemplo, si el esposo dejó en vida expresa voluntad de que se lleven a cabo estas técnicas

[25] *En similares términos se expresa* RUBIO CORREA, *Marcial. Op. cit., p. 71.*

con su semen y con su esposa o, de forma contraria, si no es posible conocer dicha voluntad por no constar expresamente. Pero, independientemente de estas posibles variantes, ¿desde el punto de vista ético, son viables estas prácticas? Aquí, como en todos los problemas relacionados con el propio ser humano, se requiere de consensos sociales. Ponderar los beneficios y qué perjuicios de orden valorativo pueden generarse con estas prácticas es un ejercicio inevitable y urgente.

Marcial Rubio Correa se pronuncia en contra de esta posibilidad, señalando que la inseminación post mórtem, que hace que el niño nazca sin padre, quien es parte consustancial de la familia, debe ser prohibida por el derecho.[26]

De producirse un hecho de esta naturaleza, los conceptos tradicionales del derecho no nos ayudarían a solucionar el tema, por cuanto queda claro que, con el fallecimiento del esposo, se puso fin a dicha persona, ya no es más sujeto de derecho. Todos sus bienes, como sabemos, pasan a favor de sus herederos. Dejar de ser sujeto de derecho significa que no tiene la aptitud para adquirir derecho ni asumir obligaciones. No podría ser considerado como el padre de la criatura; así, nos encontraríamos con el contrasentido de que existiría un niño sin padre. No tendría padre. ¿Cuál sería la solución más razonable y socialmente aceptable? Esto nos plantea la necesidad de ser creativos para poder encontrar una solución valorativa y jurídicamente aceptable. ¿Permitir jurídicamente esa posibilidad? Nos pronunciamos a favor, con la mayor parte de los argumentos esgrimidos para aceptar la técnica entre parejas, cuyos integrantes está vivos, pero la necesidad de una regulación específica que prevea las distintas posibilidades y sus consecuencias sería imprescindible. Para ello, debería analizarse, en especial, el caso en que el padre difunto haya expresado su voluntad indubitablemente a favor de dicha práctica, para que se lleve a cabo después de su fallecimiento y dentro de un plazo razonable, que tendría que ser fijado por ley.[27]

b) La presunción legal de paternidad

Uno de los principios básicos que está presente y regula las relaciones matrimoniales, tanto en la legislación peruana como en la mayor parte de las

---

[26] *Rubio Correa, Marcial. Op. cit., p. 75. Las reconocidas juristas argentinas Dolores Loyarte y Adriana Rotonda también se pronuncian en contra de la procreación post mórtem en su libro Procreación humana artificial: un desafío bioético. Buenos Aires: Depalma, 1995, p. 334.*

[27] *En términos semejantes se expresan Messina De Estrella Gutierrez, Graciela. Op. cit., p. 136 y Moro Almaraz, Jesús. Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro. Barcelona: Bosch, 1988, p. 195.*

legislaciones latinoamericanas, es la presunción *pater is.* El artículo 361 lo recoge en los siguientes términos: «El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido».

Evidentemente, estamos ante una presunción *iuris tantum* y no *iure et de iure*, ya que admite prueba en contrario. La presunción se basa en el hecho de que un matrimonio implica la cohabitación o relaciones sexuales entre los cónyuges, lo que, aunado con el compromiso de fidelidad entre ambos, hace que se presuma que el hijo nacido tenga como padre al marido. La consanguinidad se presume como garantía de la relación matrimonial, que es la base de la organización social, por lo que finalmente adquiere un carácter jurídico formal.

Lo que puede ocurrir en la experiencia jurídica es que el padre biológico sea efectivamente el marido, de tal suerte que no existirá discrepancia alguna entre la realidad biológica y la jurídica. Sin embargo, también puede ocurrir lo contrario, es decir, que el marido no sea el padre biológico, en cuyo caso está facultado para impugnar la paternidad; así, no será el padre por razones biológicas y jurídicas, en virtud de la declaración judicial que cuestiona la presunción *pater is*.

Sin embargo, el blindaje con que se dota a la presunción llega al punto de conceder facultades de impugnación solo al marido, de tal suerte que, si este no impugna la paternidad, a pesar de que biológicamente no es su hijo, será su hijo jurídicamente. El verdadero padre, el padre biológico, no podrá solicitar el reconocimiento de dicho hijo como suyo, si es que el marido no ha contestado la paternidad previamente y obtenido sentencia favorable. El artículo 396 del Código Civil señala taxativamente lo siguiente: «El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable». En concordancia con el numeral mencionado, tenemos el artículo 404 del mismo cuerpo de leyes, que señala: «Si la madre estaba casada en la época de la concepción, sólo puede admitirse la acción en caso que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable».

Observamos que la presunción en comentario se convierte en un verdadero bastión de protección de las relaciones familiares y, especialmente, en lo que se refiere a los hijos habidos dentro de ella, por lo que corresponde referirnos a lo que ocurriría con ella en los casos de inseminación artificial.

En lo que se refiere a la inseminación homóloga, en la que, como hemos señalado, los elementos que originan la vida son aportados por los mismos cónyuges, no se perciben problemas con la presunción, porque existirá una coincidencia entre el padre biológico con el padre jurídico. En esta relación no existe la presencia de ningún elemento extraño a la propia pareja. Se

trata de sus propios elementos y lo que hace la ciencia es facilitar la procreación y consecuente desarrollo del nuevo ser. La presunción *pater is*, sencillamente, confirmará lo que es una realidad, es decir, que el hijo ha sido procreado por la madre, como consecuencia del aporte de los elementos, tanto de ella como del marido. Lo genético y lo jurídico coincidirán.

No podemos afirmar lo mismo respecto de la inseminación heteróloga, en la que existe la presencia de uno de los elementos que originan la vida aportados por un tercero, obviamente, extraño a la relación matrimonial. En lo que se refiere a la presunción, el aporte tendría que provenir de un hombre, distinto del marido. En estos casos, ¿funciona la presunción *pater is*? Independientemente de que consideremos que para estos temas es indispensable una regulación legislativa, qué ocurre si se lleva a cabo una inseminación heteróloga. Creemos que también funciona la presunción *pater is*, pero con la atingencia de que el marido no podrá contestar la paternidad si consintió en la práctica de la inseminación.

Indudablemente, tenemos que distinguir dos situaciones: una, en la que el marido consiente en la práctica de la inseminación, está de acuerdo; y la otra, en la que se ha llevado a cabo sin su consentimiento o con su total desconocimiento. En la primera situación, es evidente que funcionará la presunción *pater is*; el tercero aportante no podrá solicitar el reconocimiento del hijo si el marido no impugna la paternidad. Pero, además, el marido no podrá contestar la paternidad, en razón de haber prestado su consentimiento en la práctica de dichas técnicas, pese a que no es su hijo genéticamente hablando. Existen razones de orden ético que nos llevarían a esta última solución, pero también razones de orden jurídico, si se aplica la doctrina de los actos propios. En efecto, ni jurídica ni éticamente se puede obtener un beneficio sobre la base de un acto propio, el cual lo estaría contradiciendo para lograr un determinado objetivo favorable para él, pero perjudicial para otros. Luego de haber prestado su consentimiento, sería una conducta absolutamente desleal si, posteriormente, contradijera dicho acto, emanado como expresión de su voluntad, colocando a la otra persona en una situación desventajosa solo con la finalidad de lograr un provecho. Es legítimo suponer que la mujer procedió a la práctica de la inseminación heteróloga, porque el marido consintió, ya que de lo contrario no lo hubiera hecho.

En la segunda situación, también funcionará la presunción *pater is*, toda vez que ha sido un hijo habido dentro de la relación matrimonial, pero no existirá la limitación respecto del derecho del marido de impugnar la paternidad, en razón de no ser el padre biológico, como ocurre en el caso anterior. El tercero aportante, en ese sentido, no podrá solicitar el reconocimiento del hijo, mientras que el marido no haya contestado la paternidad y

haya obtenido una sentencia favorable. De lo que se desprende, también, que, si el marido no toma ninguna determinación, él será considerado como padre del hijo habido por su mujer. En buena cuenta, funciona la presunción *pater is* exactamente en los mismos términos propuestos por el Código Civil.

c) Reclamo de la paternidad por el dador del semen

Este es un supuesto, a todas luces, extraño, máxime si entendemos que los aportantes deberían estar en la situación de anónimos. No obstante, debemos asumirlo como una posibilidad. ¿Una regulación legislativa sobre el tema podría considerar esta posibilidad? ¿Acaso no es mejor cerrar cualquier posibilidad al respecto, a fin de mantener la unidad familiar? El tercero que entregó su semen lo hace con plena conciencia de que se utilizará para solucionar un problema de infertilidad matrimonial, por lo que no tiene ni en su conciencia ni en su voluntad el considerarse como futuro padre, aun cuando genéticamente sí lo sea.

El primer y principal escollo será la presunción *pater is*, ya que el reconocimiento del hijo por parte del tercero aportante estará sujeto a que previamente el marido haya contestado la paternidad judicialmente y obtenido sentencia favorable. Solo en este último supuesto podría admitirse la posibilidad del reconocimiento por parte del tercero, ya que también sería inaceptable que el hijo habido por la mujer, cuya paternidad ha sido impugnada por el marido, se quede sin padre.

El solo argumento de que se trata de su hijo genéticamente hablando no será suficiente para el reclamo de la paternidad por razones de orden ético y jurídico. Tendría que superar el blindaje que otorga la presunción *pater is* y la única forma queda a discreción del marido. Si el marido no cuestiona la paternidad, él será el padre jurídicamente hablando y el tercero aportante no tendrá la menor posibilidad de que se le reconozca como padre.

d) La maternidad subrogada (alquiler de vientre)

Tema de singular importancia por los diversos problemas de orden jurídico que pudiera generar, no sin dejar de lado el tema ético que entraña, es el relativo a la denominada maternidad subrogada. Nuestro sistema jurídico no la admite: existe una prohibición tácita en la Ley General de Salud, que coincide con la posición de la Iglesia católica; en el artículo siete de esta ley, se establece que la condición de madre genética debe coincidir con la de madre gestante.

En el Perú, tanto Varsi[28] como Rubio Correa,[29] se han pronunciado en contra, pero demuestran su preocupación en los casos en que ocurra, pese a la tácita prohibición legal.

Existe una gama de variantes en las combinaciones de los elementos que originan la vida: desde el caso extremo en el cual la madre subrogada aporta el óvulo que es fecundado por los espermatozoides de su marido, pero el embarazo se desarrolla en el vientre de otra mujer, que aporta solo su cavidad uterina, hasta el otro extremo, en el que ni la madre subrogada ni su marido aportan los elementos que originan la vida, pero contratan los servicios de una tercera persona (mujer) para que el embarazo se desarrolle en su cavidad uterina con una embrión logrado con el aporte de terceros.

Pongámonos en la primera situación. En el supuesto que ocurra, pese a la expresa prohibición antes señalada, el principio de que la madre siempre es cierta tendrá que primar, de tal suerte que la madre será aquella que alumbra al niño. El acto jurídico que pudiera haberse celebrado entre las partes, madre subrogante y madre subrogada, sería contrario al orden público, por lo que padecería de ineficacia y, más concretamente, de ineficacia estructural, puesto que sería un acto jurídico nulo. Como lo señala Rubio, «es conveniente que en la sociedad se establezca que el principio de la madre siempre es cierta tiene validez universal como regla de la organización de las relaciones sociales».[30] El principio debe imponerse pese a que, genéticamente, la madre es la que aportó el óvulo y el padre es el marido que aportó el esperma. Sin embargo, la gestante y que alumbró, pese a no haber aportado genéticamente ningún elemento, sería considerada la madre jurídicamente. Evidentemente, dentro de este supuesto, debe tenerse en consideración si la madre subrogante es soltera o casada. Si es soltera, para ser coherentes, debemos concluir defendiendo el principio de que la madre siempre es cierta. La subrogante será la madre y el padre será el marido de la subrogada, ya que no podemos admitir que el niño no tenga padre. Si se trata de una mujer casada, no solo debe aplicarse el principio antes aludido, sino, además, la presunción *pater is*. La que alumbró al niño será la madre (subrogante) jurídicamente y el padre será su marido, en virtud de la presunción *pater is*, con las consecuencias que de ello deriva.

Entre los dos extremos que hemos mencionado, existe una serie de combinaciones:

---

[28] VARSI, Enrique. *Op. cit., p. 263.*

[29] RUBIO CORREA, Marcial. *Op. cit., p. 124.*

[30] *Ib., p. 126.*

- si el óvulo es aportado por la madre subrogada, pero el esperma pertenece a una persona distinta del marido y el embarazo se desarrolla en la cavidad uterina de la subrogante, con conocimiento del marido;
- si el óvulo es aportado por persona distinta a la cónyuge, pero el esperma pertenece al marido y el embarazo se desarrolla en la cavidad uterina de la subrogante, con conocimiento de la cónyuge;
- si el óvulo es aportado por la cónyuge subrogada, pero el marido no es el aportante del elemento que origina la vida, ya que él mismo proviene de una tercera persona, y desconoce el acuerdo o no presta su consentimiente en el convenio que se celebra con la madre subrogante;
- si el óvulo es aportado por persona distinta a la cónyuge, pero el esperma pertenece al marido y el embarazo se desarrolla en la cavidad uterina de la subrogante sin consentimiento ni conocimiento de la cónyuge; o
- si la madre subrogante es casada, no aporta el elemento femenino y, en el convenio que celebra con la pareja subrogada, no interviene su cónyuge, quien desconoce el acuerdo o no presta su consentimiento.

Como podemos observar, en el supuesto de admitir la maternidad subrogada en cualquiera de las situaciones descritas, que no son las únicas, estaríamos frente a una donación de hijos o en verdaderos casos de venta de hijos.

Pese a que nuestra posición en este tema es coincidente con lo establecido en la Ley General de Salud, no deja de motivar inquietudes la posición asumida por algunos juristas que argumentan, justificando ética y jurídicamente, que el sistema jurídico viabilice la maternidad subrogada como una solución a un problema de orden existencial, para unos, y solución de un problema económico, para otros, vía una relación contractual.[31] En ese sentido, el intercambio y debate de las ideas continúa abierto.

8. Problemas jurídicos de la fecundación extrauterina

Al igual que ocurre con la inseminación artificial, la fecundación extrauterina nos plantea una serie de problemas de orden ético y jurídico. Lo ocurri-

[31] BULLARD, Alfredo. *«¿Qué puede ser objeto de un contrato?. El alquiler de vientre y las madres sustitutas». En Derecho y Economía. Lima: Palestra, 2003, pp. 198-223. Señala el autor, como conclusión de su posición: «La capacidad reproductiva humana es, a pesar de la tecnología, un recurso relativamente escaso en cuanto muchas personas, que con el legítimo interés de tener hijos, han sido privadas biológicamente de tal posibilidad. Y nadie puede dudar que la experiencia de ser padre o madre es uno de los más hermosos canales para conseguir la realización humana. No dejar que la capacidad reproductiva pueda ser puesta al servicio de dicha realización, no sólo puede ser económicamente ineficiente, sino incluso humanamente injusto» (p. 223).*

do con Louse Brown, en julio de 1978, fue un hito trascendental en el avance de la ciencia biológica. Conseguir la fecundación fuera de la cavidad uterina, logrando unir el óvulo femenino con el espermatozoide masculino, significó, a la vez que la culminación de una serie de experiencias en el campo de la biología, el comienzo de nuevas etapas, cualitativamente diferentes de las anteriores, en el campo del conocimiento y la investigación científica. Como se trata de un tema cualitativamente diferente, los conceptos e instituciones jurídicas tradicionales se ponen en tela de juicio. En ese sentido, la creatividad, la imaginación resultan ser la prioridad en el campo jurídico, obviamente cotejadas siempre con los valores imperantes en la colectividad y lo que universalmente se ha logrado como consenso.

La investigación sobre embriones humanos in vitro ha provocado posiciones divergentes desde el punto de vista ético, filosófico, religioso y de tradiciones nacionales. En la legislación europea, se observan las discrepancias en temas como los siguientes: la regulación legal o no de la investigación sobre embriones humanos; la prohibición de investigar sobre embriones directa o indirectamente; la limitación de la disponibilidad de los embriones para la investigación; la prohibición o limitación de la creación de embriones sobrantes; la prohibición o limitación de la críoconservación de embriones sobrantes; la prohibición de otros sistemas de obtención de embriones para la investigación; la limitación de la fase de vida embrionaria; el uso de embriones después de la investigación; la supervisión de los proyectos de investigación que supongan la experimentación con ovocitos humanos fertilizados, fetos y embriones.[32]

Sin embargo, pese a las discrepancias, existen valores comunes aceptados por la comunidad europea, que merecen ser relievados:

a) el respeto a la vida humana desde el estado embrionario,
b) la necesidad de paliar el sufrimiento humano,
c) la necesidad de prestar garantías de calidad y la seguridad en los tratamiento médicos,
d) el principio de libertad de investigación y
e) la exigencia del consentimiento libre e informado de las mujeres y de las parejas comprometidas.[33]

Nos referiremos solo a algunos de los temas con implicancias jurídicas más preocupantes.

---

[32] *Bergel, Salvador Darío. Op. cit., p. 63.*

[33] *Ib., p. 64.*

a) ¿El comienzo de la subjetividad o de la personalidad?

Nuestro sistema jurídico resulta original en el mundo en lo que se refiere al tratamiento del concebido, ya que l,o considera como sujeto de derecho y le otorga un tratamiento directo, prescindiendo de la teoría de la ficción, que lo consideraba como nacido para poder protegerlo. En consecuencia, el Código Civil de 1984 considera al concebido como uno de los sujetos de derecho, mas no como persona, que es el ser humano a partir de su nacimiento con vida.

Sin embargo, esta posición clara del Código Civil es contradicha tácitamente por el Código de los Niños y Adolescentes cuando considera que el niño lo es desde el momento de la concepción. Como se trata de una norma de la misma jerarquía y ha sido dictada con posterioridad, se ha producido una derogación tácita al existir incompatibilidad entre la nueva disposición y la antigua. En ese sentido, se asemejaría a la posición del Código Civil argentino que, como sabemos, considera que persona es el ser humano desde el instante de la concepción y no solo desde el nacimiento. El concebido, para la legislación argentina y para el Código de los Niños y Adolescentes, sería persona, obviamente, sujeto de derecho.[34]

¿La fecundación extrauterina, en la que la concepción se produce fuera del claustro materno, en probeta, para luego, una vez formado el embrión, o el preembrión como algunos prefieren, introducirlo en el útero de la mujer, nos plantea alguna variante en la concepción? Recordemos que la idea de la concepción ha supuesto siempre que la misma se produce intrauterinamente. ¿Desde qué momento podemos considerar que comienza la personalidad o la subjetividad?, que es lo mismo que preguntar ¿desde qué momento podemos considerar que comienza la vida humana?

Para responder a esta pregunta existen las tres teorías que hemos expuesto líneas arriba, sobre las que no vamos a insistir. En todo caso, hay que señalar que nuestra legislación ha optado por la teoría de la concepción, es decir, cuando se unen el óvulo femenino con el espermatozoide masculino, lo que genera el cigoto. En el caso de la fecundación extrauterina, lo que ocurre es la formación de varios y, luego, se escoge uno para que continúe su desarrollo, pero ¿y los demás? Es indudable que debemos ser coherentes. Estamos en presencia de vida humana no solo del que se inocula en el útero

---

[34] *Este es un tema ampliamente debatido en la doctrina, en el que se agudizan las dificultades con el tema de la fecundación extrauterina. Diez Picazo estaba convencido de que la personalidad debe ir ligada a la existencia de vida humana; sin embargo, era consciente de la tradición de reservar la noción de persona al ser humano desde su nacimiento. (Citado por* MORO ALMARAZ *, Jesús. Op. cit., p. 134).*

de la mujer, sino de todos, por lo que es importante determinar qué es lo se va a hacer con ellos. ¿Se conservarán?, ¿los harán desaparecer?

En todo caso, la interrogante continúa en el sentido de si estamos frente a un ser humano desde el instante de la concepción, aun cuando esta se haya producido extrauterinamente, o recién vamos a considerarlo como tal cuando se implante en la cavidad uterina. Creemos, por nuestra parte, guardando coherencia, que estamos frente a un ser humano desde el instante de la concepción.[35]

b) El delito de aborto

Relacionado con lo expresado anteriormente, tenemos el tema del aborto. En efecto, si se prescinde o se hacen desaparecer los embriones ya formados, luego de haber escogido uno de ellos, estamos frente a la interrupción de un proceso de vida que ya comenzó con la concepción. ¿Es aborto? Pero resulta que la concepción tradicional del aborto implica la interrupción del proceso de embarazo, es decir, del desarrollo de la vida humana intrauterinamente. Como no funciona la analogía en el derecho penal, no podrían comprenderse como aborto, bajo el tipo señalado anteriormente, las interrupciones del proceso de desarrollo de los embriones formados extrauterinamente, in vitro. ¿No es un criterio desigualitario el sancionar penalmente la interrupción del desarrollo de la vida humana intrauterinamente y dejar impune el mismo hecho, pero respecto de embriones formados en probetas, in vitro?

Evidentemente, es imprescindible guardar coherencia respecto del inicio de la vida, porque ello nos llevará de la mano para solucionar muchos temas, entre ellos el que comentamos. Si es así, deberíamos ampliar el contenido del tipo penal del aborto o, en todo caso, generar un tipo específico que proteja dicha situación.

---

[35] *«El proceso es el mismo, se haya concebido fuera o dentro del útero materno. El que se encuentra fuera está más expuesto a su deterioro. […] Su mayor fragilidad no ha de condicionar una desatención total, sino todo lo contrario. […] Si no lo asimilamos al nasciturus la protección sería casi nula, la de éste es ya mucho más recortada que la de la persona. Al menos, debe recibir el mismo trato. Y si afirmamos que son realidades distintas, habría que llegar a la conclusión también de que los seres nacidos de mujer tras fecundación natural o artificial no son equiparables. […] La tutela debe ser al embrión vivo cualquiera que sea su ubicación, los aspectos concretos vendrán regulados por normas específicas, pero mientras éstas no se establezcan la del nasciturus le alcanzará en los mismos términos». (Ib., pp. 130-131).*

c) Selección eugenésica

Siempre han existido ideas relacionadas con el mejoramiento de la especie humana, como también siempre han existido ideas sobre la superioridad de determinado tipo de ser humano.[36] Con la manipulación de los elementos que originan la vida, no puede ser ajeno el interés de pretender efectuar combinaciones selectivas con la mira de lograr «una mejor conformación humana». La selección eugenésica es reprochable porque desvirtúa totalmente la naturaleza ética de la procreación, salvo que se utilice con fines terapéuticos que intenten prevenir taras hereditarias.

El problema no solo son las posibles combinaciones selectivas, sino las alteraciones que pudieran ocasionarse de la naturaleza del ser humano. Si se han logrado mutaciones en el campo de la zoología y la botánica, como consecuencia de buscar mejores especies, por su belleza, por su producción o por simple experimentación, nada nos impide pensar que ello no pueda ocurrir con el ser humano.

[36] *Junquera De Estefani, Rafael. Reproducción asistida, filosofía ética y filosofía jurídica. Madrid: Tecnos, 1998, pp. 148-149.*

Cambios en Derecho, cambios en su enseñanza*

Félix F. Morales Luna**

I. Introducción

El objetivo de un proceso de enseñanza del Derecho consiste, a nuestro entender, de una parte, en mostrar al alumno qué es el derecho y cómo funciona en la realidad y, de otra, dotarle de herramientas teóricas, prácticas y éticas para que, siendo profesional del derecho, pueda desenvolverse adecuadamente como operador del sistema, sea como abogado, juez, funcionario o cualquier rol que tuviera que asumir.

En tal sentido, es tanta la responsabilidad que importa esta etapa como también los riesgos que suponen eventuales deficiencias. En efecto, si al alumno se le presenta y se le forma en una idea del derecho que no refleja ni reconstruye adecuadamente las prácticas jurídicas reales, durante su ejercicio profesional advertirá el desfase entre, por así decirlo, el derecho en el aula y el derecho en la realidad. De esta forma, para desenvolverse en este último, tendría que adoptar las prácticas usuales entres los profesionales del derecho y aprendería su profesión mientras lo ejerce y ya siendo profesional. Más aún, no siendo infrecuente que este profesional tuviera ocasión de llegar a la docencia, con su enseñanza contribuiría a perpetuar esa idea del derecho que aprendió y, creemos, transmitiría una idea artificial, parcial o errada de este, junto con ciertos consejos que permitan a sus alumnos suplir las deficiencias conceptuales de aquella y que les permita desempeñarse con suficiencia en el ejercicio de la profesión. Así, mientras no llegue a sincerase

---

* *Este trabajo corresponde a la ponencia presentada en el grupo de trabajo referido a la enseñanza del Derecho en el XXII Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, llevado a cabo en la ciudad de Granada, España, durante los días 24 al 29 de mayo de 2005.*

** *Profesor de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.*

el derecho que se enseña con las prácticas jurídicas que los alumnos se encontrarán al ejercer la profesión, este ciclo de fractura entre aprendizaje de la profesión y ejercicio de la misma se perpetuará.

Por ello, creemos que el primer problema que debe ser resuelto respecto a la enseñanza jurídica, antes que el cómo enseñar derecho es qué tipo de derecho debería enseñarse. Esta pregunta se relaciona directamente con el problema análogo en la metateoría jurídica: atendiendo a la realidad social actual, determinar qué teoría del derecho debe ser elaborada. En esta línea, damos por asumido que aquella teoría que sea la adecuada para elaborar será la adecuada para enseñar.[1] Una vez definido este punto, cabría preguntarse luego por el cómo poder enseñar tal teoría del derecho.

En esta línea, coincidimos con Ruiz Manero cuando afirma que «una buena teoría del derecho es la que logra proporcionar una imagen del derecho que sea capaz de organizar en un todo coherente las ideas fundamentales compartidas en la cultura jurídica pública de nuestras comunidades jurídicas».[2] Lejos de pretender elaborar una teoría del derecho que pudiera cumplir con tal propósito, creemos que lo pertinente es, primero, someter a evaluación la teoría que se enseña en las facultades de Derecho para determinar si se corresponde o no con las prácticas jurídicas actuales; caso contrario, es necesario destacar sus insuficiencias y, de ser subsanables, proponer mejoras desde la forma en que se enseña; de no serlas, se deben sugerir los lineamientos que debería tener una nueva teoría del derecho en atención a la nueva realidad social y, sobre todo, la forma en que debería enseñarse.

II. ¿Qué tipo de derecho se enseña en nuestras facultades?

Dado que, en materia de enseñanza del derecho, uno solo podría hablar con cierto fundamento respecto de aquellas facultades de Derecho en las que ha sido formado o al menos conoce con algún nivel de detalle, el

---

1 *Se podría cuestionar que la teoría del derecho que aquí presentamos como opción es gestada en realidades distintas a las que pretendemos que se aplique. Al respecto, cabe precisar, primero, que tal teoría es consecuencia de cambios universales de los que no se puede sustraer ninguna realidad, al menos en la tradición occidental —signada, principalmente, por el reconocimiento de los derechos humanos y de las formas democráticas de gobierno—, y, segundo, que su énfasis se da en la forma de trabajar con el derecho, que exige racionalidad en su procedimiento y que establece un marco racional para justificar las normas y decisiones de las autoridades, por lo que es perfectamente aplicable a las distintas realidades que se desarrollen en estados constitucionales del derecho, por más disímiles que pudieran ser.*

2 *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial. Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005, p. 118.*

siguiente análisis se limitará a analizar la situación de la enseñanza del derecho en el Perú; sin embargo, como atinadamente afirma el profesor Rodolfo Vázquez,[3] en tanto que las facultades de Derecho latinoamericanas asumen y comparten una determinada idea del derecho, nuestras reflexiones podrán resultar extensivas a dicha región y, eventualmente, a facultades de Derecho europeas que mantengan la tradición heredada por Latinoamérica.[4]

La idea del derecho a la que alude el profesor Vázquez es aquella que es llamada como la concepción formalista o positivista ortodoxa (para algunos autores, la denominada explicación tradicional del derecho).[5] En esta concepción, el derecho es entendido como un conjunto de normas, validamente emitidas por autoridades legítimas y competentes, que se integran en un sistema unitario, coherente y pleno. Como lo señala Aguiló, partiendo del reconocimiento de la legitimidad de autoridades últimas, se construye la unidad del sistema al cual pertenecerán aquellas normas derivadas de actos válidos de autoridades competentes.[6]

---

[3] *VÁZQUEZ, Rodolfo. Modelos teóricos y enseñanza del Derecho. Texto inédito.*

[4] *La siguiente caracterización, como toda generalización, omite hacer hincapié en detalles que el plan de estudios de cada facultad de Derecho en concreto podría presentar, detalles que marcarían más o menos distancia respecto de la concepción del derecho a la que nos referiremos como la dominante. Por ejemplo, en cuanto a contenidos, existen facultades de Derecho cuyos planes de estudio incluyen materias como Sociología del Derecho; Antropología Jurídica; Proyección Social del Derecho; Análisis Económico del Derecho; o Género y Derecho, que, lejos de caber en la concepción de derecho que asumimos como dominante —la formalista o positivista ortodoxa—, se explican mejor a la luz de las teorías críticas y realistas. Asimismo, los cursos del área de Derecho Constitucional o de Derechos Humanos incorporan formas de razonamiento alejadas del formalismo y más propia de las teorías argumentativas. La metodología, por su parte, también se aleja, en algunos casos, de la que es propia del modelo que caracterizaremos, ya que no es raro encontrar facultades en las que se ha asumido institucionalmente el denominado método activo, en el cual se superan las clases magistrales para asumir un desarrollo participativo del curso, en el que el protagonismo sea del alumno antes que del profesor. En esta misma línea, merece destacarse la presencia de cursos destinados exclusivamente a la discusión de casos previamente preparados. La explicación de esta situación, creemos, pasa por considerar que la concepción del derecho asumida en los planes de estudio de una determinada facultad no suele adoptarse institucionalmente, sino que, en reconocimiento a la libertad de cátedra, cada docente cuenta con libertad para desarrollar su curso según la concepción del derecho a la que conscientemente se adhiera o inconscientemente aplique. Sin embargo, a pesar de los elementos mencionados, en el fondo creemos que, si alguna teoría dominante existe, es la que ahora caracterizaremos como la formalista o positivista ortodoxa, que es en la que fueron formados la mayor parte de los docentes y que ahora transmiten sin cuestionar mayormente sus fundamentos.*

[5] *Esta concepción, aunque con diferentes denominaciones, ha sido ampliamente caracterizada en la doctrina jurídica; sin embargo, siendo el texto del profesor Vázquez específico en el tema que nos ocupa, emplearemos su denominación, aunque lo relevante, más que el nombre asignado, son las características que presenta.*

[6] *AGUILÓ REGLA, Josep. Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico). Barcelona: Ariel Derecho, 2000, p. 196.*

Siendo el derecho una realidad que ya viene dada, se enfatiza la tarea de describirlo y conocerlo; por ello, es particularmente relevante la identificación de sus normas mediante las fuentes formales. Para ello, el criterio de distinción entre normas jurídicas de las que no lo son es la derivación o no de ciertos hechos verificables y no su correspondencia con un determinado sistema de valores.

Además de esta dimensión normativa, legado de la escuela de la exégesis francesa, la tradición heredada del conceptualismo jurídico alemán también tiene presencia en los contenidos de los cursos de este modelo. Como lo advierte Pérez Lledó, si bien cabe distintinguir la buena de la mala teoría de este ingrediente, es esta última la que predomina, la cual, entre otras características, «discute sobre interpretaciones y elabora conceptos y clasificaciones sin tener en cuenta y/o sin mostrar al estudiante las consecuencias jurídico–prácticas, sociales y político–morales a que conduciría defender una interpretación distinta o una elaboración conceptual alternativa».[7]

Bajo este postulado teórico, la actitud del estudioso del derecho tiene pretensión de cientificidad, por lo que debe ser avalorativa u objetiva o éticamente neutral, dado que su función frente al sistema normativo es de describirlo, sin posibilidad de cambiarlo o alterarlo. Más aún, cualquier introducción valorativa convertiría a la ciencia jurídica en «política jurídica», es decir, en un conocimiento de tipo prescriptivo y no descriptivo, como es el paradigma de este modelo.

El perfil de abogado[8] que este modelo requiere es el de un profesional que cuente con un razonamiento jurídico de tipo lógico o de aplicación mecánica de las normas jurídicas siguiendo el criterio de la subsunción. Este profesional —como lo señala Vázquez en el trabajo citado— debe habituarse a repetir, sin criticar ni cuestionar, el contenido de las normas y entender que los juicios de orden político o moral quedan excluidos del ámbito del derecho. Es decir, se trata de un jurista conservador, en manos de quien el derecho no es un factor de transformación social.

Para Bohmer, en esta concepción, el rol del abogado consiste en ser un auxiliar de la justicia en la tarea de «encontrar» las normas que se aplican al caso concreto.[9] Aguiló, por su parte, considera que el jurista práctico tiene,

---

7 *PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. «Teoría y práctica en la enseñanza del Derecho». En Francisco Laporta (ed.). La enseñanza del Derecho. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, n.º 6. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid y Boletín Oficial del Estado (BOE), 2002, pp. 197-268.*

8 *Por «abogado» entendemos aquí todo profesional del derecho al margen del rol que desempeñe como operador en el sistema jurídico (sean jueces, dogmáticos, fiscales, notarios, etc.).*

9 *BOHMER, Martín F. (comp.). La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía. Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 15.*

por un lado, la función de sostenedor y guardián de las estructuras legítimas de poder normativo y, por otro, la de reproductor de la convención social que es el producto de aquellas. En relación con el derecho sustantivo, añade este último autor, la tarea del jurista debe limitarse a la mera reproducción de la convención, pues de no hacerlo estaría usurpando el rol político reservado a las autoridades legítimas.[10]

Ideológicamente, señala Vázquez, este abogado puede llegar a aceptar que, sea por su validez o por la preservación de «valores intrajurídicos», el derecho debe ser obedecido no solo por temor a la sanción sino por deber moral.

Bajo estos presupuestos, los jueces ven seriamente limitada su función de interpretación jurídica, pues, siendo meros aplicadores del derecho, deben mantener una actitud de neutralidad. Así, los casos o bien son fáciles, pues su respuesta se podrá inferir deductivamente de las normas jurídicas, o bien son difíciles, por los problemas de indeterminación del derecho, en cuyo caso se resolverán discrecionalmente, lo que se entiende como el ejercicio de un poder delegado a los jueces para actuar como legisladores; se cierra, así, el sistema.

En cuanto a la enseñanza del derecho, en este modelo el objetivo es lograr que los alumnos conozcan y comprendan las normas de un determinado sistema jurídico; es decir, dicha enseñanza supone el estudio de las normas, particularmente las leyes. Los estudiantes deben conocer y saber explicar el contenido del ordenamiento jurídico; para ello, el principal material de enseñanza serán las propias normas. Como material de apoyo, los alumnos contarán con manuales de dogmática jurídica, en los que cuenten los comentarios que sobre dichas normas hubiesen realizado los juristas, que usualmente son los propios profesores de los cursos.

Las clases suelen discurrir como discusiones de los temas de estudio mediante las opiniones de los profesores o investigadores del derecho, pues, si el objeto de estudio es un sistema de normas coherente, pleno y cerrado, la docencia —a decir de Vázquez— se convierte en una suerte de espejo de un contenido ya dado y prácticamente inamovible, cuyo cuestionamiento es visto con extrema reticencia. En este punto, destaca Bohmer, la discusión crítica, los debates y la investigación empírica o normativa no tienen cabida en este esquema. Tampoco el entrenamiento en la resolución de casos, en el análisis crítico de textos legales o en la defensa de algún cliente.[11]

Coincidimos, asimismo, con este último autor cuando afirma que el diseño del plan de estudios reproduce el diseño del sistema jurídico, en el sentido

---

10 *Aguiló Regla, Josep. Op. cit., p. 196.*

11 *Bohmer, Martín F. Op. cit., p. 16.*

de que habrá tantos cursos como cuerpos normativos importantes tenga determinado sistema jurídico (v. g.: la Constitución, el Código Civil, el Código Penal, etc.). Por su parte, el colofón de este modelo lo constituye el sistema de evaluación que, por lo general, es a libro cerrado y con preguntas sobre diversos temas para saber cuánto recuerda el alumno de los textos estudiados o si los ha comprendido.

En cuanto al tipo de docente que este modelo requiere para llevar a cabo el proceso de enseñanza, añade Bohmer, que no se necesita de docentes profesionales, de forma tal que la tarea universitaria se tendría más como un *hobby* que como una actividad que demanda una intensa dedicación. Así, para los profesores, la enseñanza del derecho sería una tarea subordinada a la principal, que es, en general, la de trabajar como abogado o juez.[12] Por ello, continúa esta idea Vázquez, la facultad de Derecho no requeriría, en principio, de profesores de tiempo completo, sino de profesionales del derecho que dedicaran algún tiempo, normalmente escaso, a la docencia.

En suma, se trata de un modelo estrictamente descriptivista que concibe al derecho exclusivamente como un sistema de normas, lo que supone que su mayor déficit —que en este modelo puede verse como una virtud— consiste en no ofrecer pautas de acción al profesional del derecho que le permitan encarar adecuadamente los problemas que surgen al momento de la aplicación de las normas jurídicas. La sola exigencia de fidelidad a la ley así como la aplicación mecánica y silogística resultan insuficientes al momento de contrastar la norma con el caso concreto, mientras que, tras el recurso a la simple discrecionalidad, se esconden altas dosis de arbitrariedad.

III. ¿Es una teoría adecuada para la formación de abogados?

Lo anterior es, creemos, en líneas generales, la caracterización de la teoría del derecho imperante en nuestras facultades que ahora someteremos a evaluación a fin de ver si resulta adecuada o no para mantenerse como el eje central en torno al cual gira la formación de los abogados. Para ello, nos valdremos de un reciente ensayo de los profesores Atienza y Ruiz Manero en el que, a nivel de metateoría, justifican la necesidad de superar el paradigma positivista, ya que este no reconstruye, de forma adecuada, las prácticas jurídicas actuales.[13]

---

[12] *Ib., loc. cit.*

[13] *Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero. «Dejemos atrás el positivismo jurídico». Artículo incluido en el libro de homenaje al profesor Delgado Pinto de próxima publicación.*

Atendiendo al hecho de que compartimos, en su gran mayoría, sus razones, intentaremos reseñar los principales argumentos que luego emplearemos en el debate que nos ocupa sobre la enseñanza del derecho. Así, las principales críticas de estos autores al positivismo como enfoque y como teoría normativista (que esencialmente es el mismo que hemos caracterizado como el paradigma dominante en las facultades de Derecho) son las siguientes:

- Las principales tesis que le caracterizan o bien son irrelevantes (la tesis de las fuentes sociales) o bien impiden el desarrollo de una teoría y una dogmática del derecho adecuadas a las condiciones del Estado constitucional (la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral).
- Su concepción de las normas jurídicas como directivas de conducta, es decir, como producto de otros tantos actos de prescribir, resulta inadecuada, pues, por ejemplo, i) descuida la dimensión valorativa de dichas normas; ii) no explica aquellas normas jurídicas que no son productos de actos de prescripción sino de actos de reconocimiento por parte de las autoridades de contenidos normativos que les preexisten; iii) es incapaz de intervenir competentemente en discusiones centrales, como los conflictos entre principios en general y, muy especialmente, entre derechos constitucionales; y iv) no cuenta con argumentos para explicar las excepciones implícitas a las reglas.
- Su concepción descriptivista de la teoría hace ver al derecho como sistema y no (también) como práctica social. Siendo el derecho no simplemente una realidad que ya viene dada de antemano (esperando al jurista teórico que la describa y sistematice), sino una actividad en la que se participa y que el jurista teórico ha de contribuir a desarrollar, enfatizan la necesidad de considerar al derecho como una práctica social y no tan solo como un conjunto de reglas y principios.

Atendiendo a la seriedad de las críticas planteadas a la teoría del derecho dominante en nuestras facultades uno podría preguntarse cómo, reconstruyendo de forma tan inexacta las prácticas jurídicas actuales, ha podido consolidarse como paradigma en tales facultades y formar a quienes han sostenido el sistema jurídico. Al respecto, y haciendo justicia con este modelo, cabe precisar que surgió como alternativa a otra concepción de derecho entonces dominante —asociada a las doctrinas *iusnaturalistas*, que solían constituir, a su vez, el sustento ideológico de regímenes políticos dictatoriales—, por lo que su enseñanza y práctica permitió alentar y consolidar cambios sociales trascendentales como los que ahora gozamos, emblemáticamente representados en el Estado de derecho.

No obstante ello, no debe desatenderse el hecho de que, desde su surgimiento y consolidación como teoría dominante, sea por distorsiones generadas por el fundamentalismo a sus postulados (el esperpéntico formalismo jurídico) o por insuficiencias en sus premisas (por ejemplo, la desatención a la realidad social y a toda la dimensión fáctica de los fenómenos jurídicos, que fuera destacada por las teorías realistas), el positivismo jurídico ha llegado sumamente desgastado para encarar las nuevas transformaciones sociales. El positivismo jurídico originario no es el mismo que el positivismo jurídico de hoy (que, dada la proliferación de variantes —positivismo excluyente, incluyente y ético—, es difícil, inclusive, encontrar un criterio unívoco para poder definirlo). Aquel era novedoso y transformador al igual que el modelo político que reclamaba presencia en la realidad —el liberalismo—; este resulta obsoleto y retrógrado, pues, si antes sus postulados se erigieron como el acicate para hacer posible la transformación social, hoy constituyen un freno para viabilizar nuevas transformaciones.

Seamos justos con el positivismo jurídico y, tras reconocer los importantes cambios sociales, políticos y jurídicos que permitió concretar, no le pidamos más de lo que sus postulados permiten. El mejor homenaje que debería hacerse a su tradición no es forzar ficticiamente su vigencia y actualidad sino permitir el paso a nuevas teorías del derecho que, apoyándose en los indudables aportes de la tradición positivista, ofrezca una visión de la realidad social más adecuada a nuestras prácticas sociales y que no solo nos la describa, sino que permita hacernos partícipes de ella.[14]

Así, el juicio a una teoría de derecho debe ser realizado en función de la realidad que esta explica y reconstruye. Si antes el positivismo jurídico fue la alternativa óptima de transformación social, hoy no cumple tal función, y no porque sea errónea en sus postulados, sino por el significativo cambio que ha sufrido la realidad a la que se dirige. En suma, la realidad social ha cambiado y, por ello, el derecho ha cambiado (o debe cambiar). Más aún,

[14] *Excedería los alcances de este trabajo desarrollar en detalle la discusión de si el positivismo jurídico mantiene vigencia o no en el nuevo escenario social y político. Ver las características del actual Estado constitucional de derecho y el paradigma neoconstitucionalista como el momento culminante del positivismo jurídico o verlas como el cese definitivo de su ciclo histórico es una discusión que no abordaremos. Sin embargo, solo por dejar sentada nuestra posición, creemos que la única versión positivista que resulta relevante en la actualidad —aunque con reserva en sus postulados— es el denominado positivismo ético, planteado desde la década de los años sesenta por Uberto Scarpelli y cuya actualidad, consideramos, es de servir de recordatorio a las nuevas teorías del derecho que también cabe tomarse a las reglas —y no solo a los derechos— en serio. Constituiría, entonces, una suerte de «llamado a la conciencia» para las nuevas teorías, a fin de que no se termine diluyendo la dimensión regulativa de los sistemas jurídicos en consideraciones estrictamente morales, tentación en la que ya se incurre a juzgar por algunos énfasis en las nuevas teorías del derecho.*

habiendo cambiado (o teniendo que cambiar) el derecho, también debe cambiarse la forma de enseñarlo.

IV. Cambios de la realidad, cambios en el Derecho

Antes de abordar propiamente el tema de este trabajo —la enseñanza del derecho—, es necesario referirnos a dos puntos que debimos haber abordado desde un inicio: de una parte, en qué ha cambiado la realidad social que reclama un cambio en el derecho y, de otra, cuáles son los lineamientos de las nuevas teorías del derecho que dan una adecuada imagen de las nuevas prácticas sociales.

Desde la segunda mitad del siglo pasado, y como consecuencia de la traumática experiencia de las guerras mundiales con los actos de barbarie que supusieron, resultó imperativo recuperar la noción de persona humana, y el respeto de su dignidad, como el objeto prioritario de defensa y protección por parte de los sistemas jurídicos. Desde entonces, el reconocimiento, protección y realización de los derechos humanos se han erigido en el contenido mínimo de lo que podría entenderse como un orden justo.

Tal exigencia de reconocimiento y protección ha determinado que el derecho presente una serie de adaptaciones. La más destacada tal vez sea la fuerza normativa de la Constitución en tanto depositaria de las normas de reconocimiento de los derechos humanos en un sistema jurídico, cuyas normas, a pesar de estar enunciadas en forma abierta, obligan en su contenido a los operadores del sistema y constituyen auténticos límites al legislador ordinario. La carga moral con que cuentan estas normas ha exigido replantear la pregonada separación entre derecho y moral. Como lo señala Atienza, esta «moralización» de nuestros derechos supone que los sistemas jurídicos han positivizado (vía la Constitución) los principios de una moral universal que no pretende ser simplemente la moral de un determinado grupo. Así, continúa este autor, la moral ha emigrado al interior de los derechos, de tal forma que los conflictos morales que tiene que afrontar un jurista no son ya conflictos entre el derecho y la moral, sino entre maneras distintas de interpretar los principios morales incorporados por el derecho.[15] Ejemplo de ello serían los conflictos que plantean situaciones como la pena de muerte, el aborto, la eutanasia, la clonación, la experimentación con «células madre» o la discriminación inversa.

Tratándose de la discusión en torno a principios morales juridificados o reconocidos por el derecho, la fuerza normativa de tales principios radica

[15] *Atienza Rodríguez, Manuel. El sentido del Derecho. Barcelona: Ariel, 2001, p. 113.*

no solo en provenir de un acto de positivización, sino, sobre todo, en el valor intrínseco de su contenido. Así, en estos casos, la dimensión justificativa resulta tan o más relevante que la normativa; por ello, se le exige al operador del derecho la capacidad de poder resolver casos en los que se armonicen ambas dimensiones, y, para ello, debe aportar las razones necesarias que justifiquen su decisión.

La reivindicación de la dimensión justificativa resulta relevante en este nuevo contexto, de una parte, porque las razones, sometidas a un óptimo proceso argumentativo, no resultan manipulables como las normas que, amparadas únicamente por el criterio de «lo ordenado», pueden servir para concretar arbitrariedades. Pero, de otra parte, el exigir la presencia de razones y argumentos como justificación de decisiones jurídicas se torna relevante, pues, en el contexto actual, signado por la globalización, los Estados han cedido su protagonismo como centros de imputación de poder hasta verse en muchos casos desplazados. Así, existiendo un libre movimiento internacional de factores como el capital, el trabajo, las tecnologías, el comercio y la información, es claro que la posibilidad de regulación de tal realidad trasciende con creces la acción estatal individual.

Los cambios que ha supuesto el impacto de la globalización en nuestras sociedades son considerables y se evidencian, por ejemplo, en el desplazamiento de los Estados como únicos protagonistas en el escenario internacional por parte de organismos y entidades de alcance mundial o de bloques regionales; en la liberalización de las economías y de los mercados; en el desarrollo tecnológico de las telecomunicaciones; o en el avance de las investigaciones científicas.

La posibilidad de regulación de esta nueva realidad exige un esfuerzo conjunto, pues, si algo también se ha globalizado, es el propio derecho. En efecto, siendo el Derecho una disciplina intrínsecamente relacionada con las prácticas sociales, es inevitable que también cambie. Así, por ejemplo, la fuerza expansiva de los derechos humanos, del estado constitucional de derecho y de la democracia como forma de gobierno; la fuerza normativa del texto constitucional; la universalización de la justicia penal; la protección universal de los intereses difusos —como el patrimonio histórico de la humanidad o del medio ambiente—; las regulaciones internacionales en ámbitos de comercio exterior; la importancia adquirida por los tratados internacionales como instrumentos normativos —como los tratados de derechos humanos o de libre comercio—; las nuevas formas de organización política complementarias al modelo estatal como los bloques regionales; etc. son muestras de dicho cambio. En todos estos casos, el carácter imperativo de tales regulaciones no proviene tan solo de la legitimidad de su origen sino del contenido de lo prescrito, y cualquier acción que pretenda

cuestionarlas o concretarlas deberá apelar también a razones y no solo a fuentes.

La rapidez y la cantidad de los cambios mencionados evidencian la imposibilidad del derecho de poder someterlos a una estricta regulación; antes bien, lo que procura es dotarlos de principios, trasladando a los operadores jurídicos la labor de darles contenido. He aquí un cambio radical, ya que cada vez es más frecuente advertir en el derecho la presencia e importancia de principios que, junto con las reglas, procuran dotar de normatividad cierto sector de la realidad. Se trata de una normativa que tiende a mantener su actualidad a costa de su rigurosidad; el legislador cede protagonismo (al que por cierto no renuncia) al juez; las prácticas jurídicas reniegan de la autarquía impuesta desde la teoría del derecho para explicarse desde instancias morales y políticas; las normas dejan de ser dogmas a las que rendir culto para ser vistas como funcionales herramientas de construcción de prácticas sociales.

La presencia de tales normas de enunciado abierto y la forma de aplicarlas exigen una respuesta por parte de la teoría del derecho en tanto que, dada su trascendencia en el sistema y constituyendo límites al poder del legislador, resulta insatisfactoria una respuesta que apele simplemente a la discrecionalidad del operador jurídico para dotar de contenido a tales normas.

En esta línea, como lo destacan Atienza y Ruiz Manero, las principales teorías del derecho no positivistas —las de Ronald Dworkin y Robert Alexy— enfatizan la necesidad de considerar al derecho como una práctica social (una práctica interpretativa en la teoría de Dworkin, una serie de procedimientos en la de Alexy) más que como un conjunto de reglas y principios.[16]

Una posible caracterización de esta nueva teoría del derecho —el paradigma constitucionalista en términos de Atienza— incluye los siguientes rasgos:[17]

- reivindica la importancia de los principios como elementos necesarios para comprender la estructura y el funcionamiento de un sistema jurídico, en particular de los de las sociedades contemporáneas avanzadas;
- considera las normas —reglas y principios— no tanto desde la perspectiva de su estructura lógica, sino a partir de la función que desempeñan en el razonamiento práctico;

[16] *ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO. Op. cit.*

[17] *Ib., p. 309-310.*

- asume que el derecho es una realidad dinámica que consiste no tanto —o no solo— en una serie de normas o de enunciados de diversos tipos, cuanto —o también— en una práctica social compleja, que incluye, además de normas, procedimientos, valores, acciones, agentes, etc.;
- concede importancia a la interpretación vista más que como resultado como un proceso racional y conformador del derecho;
- debilita la distinción entre lenguaje descriptivo y prescriptivo y reivindica el carácter práctico de la teoría y de la ciencia del derecho, que no pueden reducirse ya a discursos meramente descriptivos;
- entiende la validez en términos sustantivos y no meramente formales (una norma, para ser válida, debe respetar los principios y derechos establecidos en la Constitución) y la jurisdicción no en términos legalistas —de sujeción del juez a la ley—, pues la ley debe ser interpretada de acuerdo con los principios constitucionales;
- defiende la tesis de que entre el derecho y la moral existe una conexión no solo en cuanto al contenido, sino de tipo conceptual;
- tiende a una integración entre las diversas esferas de la razón práctica: el derecho, la moral y la política;
- sostiene que la razón jurídica no es solo razón instrumental, sino razón práctica, ya que la actividad del jurista no está guiada —o no exclusivamente— por el éxito, sino por la corrección y la pretensión de justicia;
- destaca la importancia de la argumentación jurídica como característica esencial de una sociedad democrática en la que el poder se somete a la razón y no la razón al poder;
- cree en la existencia de criterios objetivos que otorgan carácter racional a la práctica de la justificación de las decisiones; y
- plantea que el derecho no es solo un instrumento para lograr objetivos sociales, sino que incorpora valores morales que no pertenecen simplemente a una determinada moral social, sino a una moral racionalmente fundamentada.

En cuanto al método, a diferencia del modelo positivista, en esta concepción no termina el razonamitento jurídico en la norma jurídica a partir de la cual se deba, por estricta deducción, inferir la norma individual que ella contendría para resolver el caso concreto; por el contrario, en la norma jurídica empieza el razonamiento jurídico, ya que esta es solo el material inicial a partir del cual se deberá desplegar un proceso de argumentación que permita construir un significado a dicha norma para el caso concreto. En otras palabras, una vez determinados los materiales jurídicos (razón de ser del «método jurídico» positivista), este nuevo modelo pone el énfasis en su aplicación al caso concreto; esto es, concibe al derecho como sistema y

como práctica, pero con énfasis en esta última dimensión, mediante el despliegue de una adecuada argumentación que implique la capacidad de ofrecer razones que permitan adhesión a lo decidido no solo por la legitimidad de la autoridad que lo dicta, sino por la corrección de los argumentos en que lo sustenta. Es decir, da pautas a los profesionales del derecho para guiar su razonamiento desde que conocen los materiales que deberán ser empleados hasta la resolución del caso concreto.

Esta exigencia al profesional del derecho supone en sí misma una nueva perspectiva de análisis del derecho. En efecto, a la perspectiva estructural (descripción del derecho tal y como es, sin compararlo con uno ideal ni pretender construir otro); sociológica (interés por la funcionalidad del derecho, tanto la de cada una de sus partes como del conjunto), y valorativa (preocupación por mostrar lo que debería ser el derecho para ser justo), se añade esta cuarta, denominada argumentativa. En ella, en términos de Atienza,

> [...] se ve al Derecho como un intento, una técnica para la solución de determinados problemas prácticos. Se trata así de una visión instrumental, pragmática y dinámica del Derecho que presupone, utiliza y da sentido a las anteriores perspectivas pues no se limita a contemplar el Derecho desde fuera o a proyectarlo idealmente prescindiendo de los problemas que plantea su ejecución, sino que participa activamente en su construcción y se siente comprometido con la tarea.[18]

En este modelo, señala Aguiló, el rol del jurista práctico supone, de una parte, ser el sostenedor y guardián de las «esencias del Derecho», es decir, de los valores y/o bienes morales últimos; y, de otra, ser constructor (no simple reproductor) del derecho sustantivo, ya que la invocación de estándares jurídicos fundados en la idea de coherencia valorativa del derecho no es algo privativo que puede quedar reservado a ciertas autoridades jurídicas.[19]

De lo expuesto, creemos que la adaptación de la teoría del derecho a las prácticas jurídicas pasa por un distinto enfoque o énfasis, es decir, por concebir al derecho como práctica social y no solo como orden jurídico; por enfatizar la importancia del método jurídico y no solo la noción de sistema; por destacar el protagonismo del juez y no solo del legislador; por subrayar el rol de las razones (dimensión valorativa), además del de las reglas (dimensión regulativa); por atender a la justificación y no a la imposición; por asumir el razonamiento jurídico más como razón práctica que como razón instrumental; por integrar las diferentes esferas de la razón práctica (derecho,

---

18 *Ib., p. 251-252.*

19 *Aguiló Regla, Josep. Op. cit., p. 197.*

moral y política); y, especialmente, por apostar por la argumentación sobre la discrecionalidad.

Como lo destacan Atienza y Ruiz Manero,

> [...] buena parte de la teoría del Derecho que hemos conocido y, eventualmente, practicado era fruto intelectual bien extraño: versaba acerca de lo que es indudablemente un artefacto construido por nosotros —nuestros sistemas jurídicos— pero se vedaba a sí misma el plantearse problemas relativos tanto a la justificación como al buen uso del mismo.[20]

Lo que ahora se reclama desde la teoría del derecho es encarar y no evadir la dimensión justificativa del derecho, es decir, asumirlo como una práctica social justificada.

Finalmente, debemos advertir que, si bien el derecho ha cambiado en función de los cambios que la realidad que regula le ha impreso, no hay que caer en el reductivismo o pretender definir el todo por la parte. Los casos que suponen una mayor carga de justificación y argumentación de la decisión no son los más, lo que no supone que no deban ser incluidos en la concepción del derecho que pretenda reconstruir adecuadamente todas las prácticas sociales: las más y las menos. Con ello, no queremos decir que los más —los casos claros o fáciles— se resuelvan según la concepción del derecho formalista hasta ahora dominante y lo nuevo, controvertible, los casos difíciles, según la nueva concepción argumentativa. De lo que se trata es de que, desde esta última concepción, se está en mejor posición de explicar y proponer justificadas técnicas de razonamiento jurídico aplicables tanto a los casos fáciles como a los difíciles; de esta forma, se dota de integridad al sistema jurídico. Todo ello pasa, en pocas palabras, por proponer un cambio de actitud por parte de los profesionales del derecho, lo que necesariamente tiene como punto de partida el proceso de formación, es decir, la enseñanza de tal derecho.

V. La enseñanza del nuevo derecho

A fin de encauzar los lineamientos con que, a nuestro entender, debe contar la enseñanza del tipo del derecho descrito precedentemente, nos basaremos en las pautas propuestas por Pérez Lledó.[21] Para él, un buen profesional del derecho tiene dos rasgos principales: i) es técnicamente competente; y ii) es

---

[20] *Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero. Op. cit.*

[21] *Pérez Lledó, Antonio. Op. cit., p. 213. Adicionalmente, y en la medida que comparten*

política y moralmente bien orientado. Por lo primero —la competencia técnica— entiende este autor, por un lado, que el profesional conozca su herramienta (el derecho) y, por otro, que esté dotado de aptitudes para manejarla hábilmente en la práctica. Por lo segundo —la orientación política y moral— entiende que se trate de un jurista comprometido o activo en una dirección de reforma o transformación social que esté moralmente justificada y que asuma la responsabilidad que supone cada una de las opciones que toma acerca del uso de la herramienta, y las ponga al servicio de objetivos justificados.

Siguiendo con este autor, el proceso de enseñanza del derecho debe formar al profesional en las siguientes tres finalidades o dimensiones: cognoscitiva —enseñanza de conocimientos—, práctica —capacidad metodológica en técnicas argumentativas— y crítica —educación en fines, valores y actitudes—. Estas finalidades responderían, respectivamente, a las preguntas ¿qué es el derecho?, ¿cómo se usa? y ¿para qué sirve? Antes de entrar en detalle de lo que supone cada una de ellas, es necesario señalar que estas finalidades no pueden verse por separado, ni media entre ellas prioridades o relaciones de subalternancia. Será parcial y, por tanto defectuoso, cualquier proceso de enseñanza del derecho que omita o minimice alguna(s) de estas dimensiones, pues produciría profesionales que, por ejemplo, usen el derecho sin saber lo que es o para qué sirve; conozcan el derecho sin saber cómo o para qué usarlo; o conozcan el derecho y sepan usarlo pero sin saber para qué.

La primera finalidad —enseñanza de conocimientos— implica proporcionar al alumno la información referida, de una parte, al sistema normativo y, de otra, al desarrollo conceptual de la dogmática. Así, respecto del sistema normativo, el alumno deberá ser capaz de identificar las piezas que constituyen tal sistema normativo y de destacar sus características y distinciones (por ejemplo, identificar y distinguir las reglas de los principios o las directrices); asimismo, deberá saber las funciones que cumple cada una de dichas piezas dentro del sistema, así como los criterios internos de ordenación entre ellas.

Un segundo elemento, en esta primera finalidad, lo constituye el desarrollo dogmático de conceptos que permitan una mejor comprensión del sistema en su conjunto. Es lo que Pérez Lledó denomina «buena dogmática», entendiendo por tal

muchos puntos en común, también nos apoyaremos en la propuesta de Rubio Correa sobre el tema. Para él, la formación de un abogado en un pregrado debe contener lo siguiente: el conocimiento de los elementos normativos esenciales del derecho, la idea sistemática del derecho y la capacidad de plantearse y resolver comprehensivamente los problemas jurídicos (RUBIO CORREA, Marcial. Ideas sobre qué es aprender (y enseñar) Derecho en un pregrado. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, p. 94).

> [...] aquella que elabora conceptos agrupando materiales de forma adecuada para una más fácil comprensión del Derecho, o para facilitar la comunicación entre los juristas o, sobre todo, para perfeccionar la creación y aplicación del Derecho (una dogmática que verdaderamente sea útil para una mejor práctica jurídica).[22]

Respecto de este elemento, como lo hace el propio autor, resulta imprescindible suprimir su pretendida pureza científica y teñirlo de elementos políticos, sociales y morales —aunque sin diluirlo en ellos—; de esta forma, se da paso a una dogmática instrumentalista que permita conectar el derecho con la realidad a la cual se dirige.

La segunda finalidad —la capacidad metodológica en técnicas argumentativas— supone dotar al alumno de un método que le permita concretar el conocimiento del que dispone en la realidad a la que se dirige. Así, a diferencia de la tradición positivista, la nueva teoría del derecho enfatiza en la importancia del método jurídico y dota al jurista de elementos que le permitan justificar una decisión de acuerdo con su ordenamiento.

Para este efecto, se debe ofrecer al alumno un método jurídico que le permita pasar justificadamente desde los materiales normativos y conceptuales de los que parte a la decisión final y mediante el cual sea capaz de ofrecer razones que sustenten que tal decisión se corresponde con el sistema jurídico al que pertenece. Así, se le debe entrenar en técnicas de interpretación e integración y, principalmente, de argumentación jurídica. En otras palabras, en la capacidad de ofrecer razones y ser capaz de defenderlas frente a otras razones que le puedan oponer para convencer que su decisión es adecuada según un determinado sistema jurídico. Como lo señala Laporta,[23] si resolver los casos apelando a los principios es una actividad de un carácter muy complejo, que no consiste solo en aplicar este o aquel, sino en argumentar moralmente y ponderar y sopesar unos principios con otros para determinar cuándo se aplica cada uno, entonces, hay que dotar a los alumnos de los recursos necesarios para llevar a cabo tales tareas. Es decir, no solamente se trata de que el alumno sepa lo que es interpretar y argumentar, sino que, efectivamente, lo haga y de forma adecuada.

Tal vez sea Rubio Correa quien desarrolla esta finalidad con mayor nivel de detalle. Las aptitudes que, a nuestro entender, estarían comprendidas en esta finalidad están incluidas, dentro de su clasificación, de un lado, entre las destrezas para la comprensión sistemática del derecho y, de otro, entre

---

[22] *Ib., p. 209.*

[23] *LAPORTA, Francisco J. «A modo de introducción: la naturaleza de las reflexiones sobre la enseñanza del Derecho». En Francisco Laporta (ed.). La enseñanza del Derecho. Op. cit., pp. 13-24.*

las destrezas para la aplicación del derecho. En el primer grupo, estarían incluidas las siguientes: determinación de qué es y qué no es norma, de qué dice la norma, de la jerarquía de la norma, de los encadenamientos de normas, interpretación e integración de normas y relación de lo sustantivo y lo procesal. En el segundo grupo, se incluirían las siguientes destrezas: elaboración de los hechos de un problema, identificación y ordenamiento de los problemas, identificación de las diversas vías de solución de los problemas, discriminación de lo relevante y lo irrelevante, descripción, enunciación, demostración, clasificación, elección, argumentación, discriminación de reglas aplicables, análisis, síntesis y determinación de las relaciones entre derecho y realidad.[24]

La tercera finalidad, aún más descuidada que la anterior en la tradición positivista, está referida a la formación del alumno en fines, valores y actitudes. Esto implica entender al derecho no como un fin en sí mismo, sino como un instrumento que permite la realización de objetivos sociales; sin embargo, estos últimos no pueden ser arbitrarios ni discrecionales para el jurista; por el contrario, se trata de objetivos correctos que vienen reconocidos por el propio sistema. Si, en esta concepción, el derecho supone la concurrencia o convergencia de la gente en torno al reconocimiento de ciertos bienes y/o valores morales básicos, el abogado debe conocerlos y, luego, orientar su ejercicio a fin de concretarlos en cada una de sus acciones profesionales.

La formación del alumno en este aspecto requiere, necesariamente, familiarizarle en teorías de la justicia que le permitan reconstruir la concepción de justicia reconocida por su ordenamiento e identificar los valores que le caracterizan y la forma como se concretan mediante la razón práctica. Asimismo, el abogado debe conocer adecuadamente la realidad social a la cual se dirige su ejercicio profesional y superar su pretendida asepsia de elementos extra jurídicos para impregnarse de esta realidad a la cual se dirige y que contribuye a transformar o consolidar. En otras palabras, hay que entender que la labor del abogado no es neutral respecto de la realidad a la cual se dirige, por lo que debe conocer las consecuencias de sus actos y ser capaz de justificarlos en las normas y valores reconocidos por el ordenamiento en el cual ejerce su profesión.

Desde una visión unitaria de las finalidades descritas, Bohmer resume que la enseñanza del derecho implicaría

> [...] entrenar en esa forma particular de deliberar, entendiendo cuestiones básicas de justificación racional, validez moral y balance entre las exigencias de la moral ideal y los límites de la democracia real. Y, respecto al perfil del profesional del

[24] *Rubio Correa, Marcial. Op. cit., p. 39-58.*

> Derecho, añade este autor que los graduados deberán ser jueces que entiendan los límites que impone la democracia a su trabajo, y que asuman su responsabilidad como custodios de los procedimientos democráticos, de los derechos fundamentales y de la práctica social en la que consiste el derecho, y como abogados deberán asumir su responsabilidad protegiendo la práctica pero acercándola (favoreciendo a su cliente) a la mejor interpretación posible. En fin, los graduados [abogados, jueces, litigantes, académicos del derecho] deberán ser los guardianes de la deliberación democrática y de las reglas que la definen.[25]

Siendo esta la agenda de las finalidades perseguidas en la enseñanza del abogado, seguidamente señalaremos algunas precisiones de tipo metodológicas o institucionales que permitan concretarlas:

- Previamente a los estudios de derecho, el alumno debería seguir unos estudios generales orientados a dotarlo de una cultura académica y formación humanista. Esta etapa le permitirá aprender disciplinas de las que directa o indirectamente se nutre la profesión en la que será formado. Aquí, recibiría cursos de filosofía, historia, lógica, psicología, literatura, economía, sociología, lengua y, en general, los cursos que le permitan adiestrarlo en capacidades y habilidades necesarias para el trabajo universitario así como consolidar un conocimiento cabal de la realidad en la que se desenvuelve y los criterios para comprenderla;
- Las facultades de Derecho deberían conciliar la libertad de cátedra con el tipo de derecho que se enseña a los estudiantes, pues, para que el alumno sea adecuadamente formado en la concepción del derecho propuesta, debe existir coincidencia y cierta uniformidad en el tipo de Derecho que se enseñe en cada uno de los cursos que integran el plan de estudios.

  En efecto, habiendo muchas formas de entender el derecho —algunas más adecuadas que otras— es nocivo que el alumno reciba elementos de distintas concepciones sin saber de dónde provienen. Al ser esta formación una empresa colectiva, esta falta de sintonía se vería, por ejemplo, como que, en una fábrica de automóviles, cada operario ensamble una pieza del producto final pero que corresponden a modelos distintos. El producto, podría decirse, en sentido lato, sería un automóvil —pues contaría con un motor, frenos, timón, ruedas, etc.—, pero sería, cuanto menos, poco funcional. En suma, se requiere que exista un nivel de consenso sobre el tipo de derecho que se debe enseñar y la forma de llevarlo a cabo en cada uno de los cursos del plan de estudios.

---

[25] *BÖHMER, Martín. Op. cit., p. 14.*

- Relacionado con lo anterior, se requiere introducir en el proceso de enseñanza todos aquellos elementos que forman parte del derecho, sea la moral, la política, la justicia, la realidad social, etc. Estos elementos deberían contar con asignaturas específicas que presenten sus principales planteamientos, como su relación con el derecho, pero, además, como lo recuerda Laporta,[26] cada asignatura debe estar impregnada de estos elementos en su contenido.
- Siguiendo con este autor, coincidimos en que los grandes cambios de la enseñanza se han producido tras la formación y la modificación en las mentalidades del profesorado, puesto que antes de esa formación no había quien enseñara las nuevas cosas; por ello, un primer objetivo en todo proceso de reforma de la educación jurídica pasa por formar a los educadores. Esto supone tanto desmontar tradiciones heredadas de concepciones superadas del derecho, como adaptar su proceso de enseñanza a las prácticas jurídicas actuales, lo que sin duda resulta una tarea de difícil empresa pero clave para el éxito del cambio en la enseñanza del derecho.
- La diversificación y especialización de las profesiones jurídicas es algo de lo que las facultades de Derecho no pueden desentenderse. Cada vez más los profesionales del derecho se desempeñan en actividades hasta hace algún tiempo inusuales en la profesión y se relacionan continuamente con profesionales de otras disciplinas. Esto ha llevado, en la práctica, a que la especialidad termine diluyendo la generalidad, de tal forma que el profesional conoce en detalle el marco normativo de su especialidad a costa de no tener una idea cabal del derecho en su conjunto. No se puede ser especialista si antes no se es profesional. Por ello, es necesario formar abogados que además sean especialistas y no al revés; así, es importante incidir en la importancia del método jurídico que le permita al profesional razonar jurídicamente y desempeñarse en cualquier área o rol en que ejerza el derecho.
- Finalmente, respecto al método de enseñanza —si clases magistrales, si un aprendizaje basado en problemas, si el método socrático, etc.—, hay que enfatizar que este es accesorio respecto de aquello que se está dictando. Usualmente, en los cambios en el proceso de enseñanza, se enfatiza mucho la forma como se enseña sin atender demasiado aquello que se enseña. No creemos posible formar alumnos en la teoría del derecho sugerida en este trabajo simplemente con clases magistrales, pero estas tampoco deberían ser abolidas del todo, pues, así como tienen desventajas

[26] *LAPORTA, Francisco. Op. cit., p. 19.*

(pasividad del alumno, enfoque exclusivo en el campo cognoscitivo, escasa retroalimentación, dependencia de cualidades innatas del profesor, etc.), también presentan algunas ventajas (economía y rapidez en la transmisión de información, aclaración de conceptos difíciles, seguridad del alumno, etc.). Por ello, creemos que la metodología de enseñanza de la nueva teoría del derecho debe ser lo más funcional posible respecto del objetivo del proceso de formación. Así, si alguna idea podríamos establecer, es que no se puede renunciar de antemano a ningún método ni tampoco imponer alguno de ellos de forma exclusiva. Será necesario, sin duda, un énfasis en la participación de los alumnos, que les permita desarrollar su capacidad crítica y constructiva, pero ello no podría ser lo exclusivo en el proceso de enseñanza del derecho. Así, la metodología que se emplee debe adaptarse a la idea del derecho en que va a formarse a los alumnos y no al revés, de ahí que, una vez entendida la idea del derecho en la que se pretenda formar, cada asignatura adecue su contenido y metodología a tal objetivo.

En suma, a nuestro entender, los esfuerzos de la teoría del derecho por ofrecer una adecuada reconstrucción de las prácticas jurídicas actuales no se ve reflejado aún a plenitud en la enseñanza del derecho; por ello, a fin de concretar los ideales y cambios planteados a nivel teórico, es necesario cuestionarse seriamente cómo estamos formando a los nuevos abogados.

El efecto exoneratorio por «desistimiento voluntario» de la tentativa: ¿lo que mal empieza, mal acaba?*

José Leandro Reaño Peschiera**

Bruscamente la tarde se ha aclarado
porque ya cae la lluvia minuciosa.
Cae o cayó. La lluvia es una
cosa que sin duda sucede
en el pasado.

Jorge Luis Borges[1]

I. Prolegómenos***

La transformación normativa que experimenta un hecho que transita de la «preparación» a la «tentativa» es de carácter cualitativa, pues con tal salto se afirma la intolerabilidad jurídico-penal del comportamiento. Luego del inicio de la tentativa, *algo* merecedor de pena ha quedado ya *consumado* en el

---

* *El presente texto tiene origen en la ponencia que diserté la tarde del miércoles 12 de mayo de 2004 en el Seminario del Área de Derecho Penal de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona, España), que dirige el profesor doctor Jesús-María Silva Sánchez. Deseo expresar mi agradecimiento a los profesores doctores Jesús Silva Sánchez, Guillermo Benlloch Petit y Ricardo Robles Planas por las valiosas conversaciones mantenidas durante la preparación de este texto, aunque debe advertirse que las ideas aquí expuestas son de exclusiva responsabilidad del autor.* *A pesar de las similitudes que en términos generales presentan los ordenamientos español, alemán y peruano en materia de «desistimiento voluntario» de la tentativa, se ha considerado conveniente introducir algunas referencias expresas a dichas legislaciones únicamente con el fin de destacar las pequeñas divergencias existentes, pues el tema aquí abordado se centra en los fundamentos de dicho instituto jurídico-penal y, por lo tanto, las conclusiones defendidas resultan generalizables con independencia de las particularidades de una determinada regulación positiva.*

** *Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica.*

1 BORGES, *Jorge Luis. «La Lluvia». En su El hacedor. Buenos Aires: Emecé, 1960.*

*** *Abreviaturas empleadas: BGH (Bundesgerichtshof): Tribunal Supremo alemán; CP73: Código Penal español derogado; CP91: Código Penal peruano vigente; CP95: Código Penal español vigente; StGB (Strafgesetzbuch): Código Penal alemán vigente; RJA: Repertorio Jurisprudencial Aranzadi; STS: Sentencia del Tribunal Supremo español; TS: Tribunal Supremo español.*

hecho[2] y, recién a partir de ese momento, el instituto del «desistimiento voluntario» despliega su operatividad como excepción a la punibilidad general del injusto intentado. Antes del inicio jurídico-penal de la ejecución, la regla es la impunidad y toda revocación de un intento cuyo sentido aún no sea interpretable como delictivo debe valorarse únicamente como ejercicio de la libertad jurídicamente garantizada y no como acto excluyente de relevancia penal, pues esta nunca cristalizó.

A primera vista, sin embargo, la existencia de una diferencia valorativa entre un acto preparatorio revocado antes de que ingrese en fase de tentativa y una tentativa desistida antes de la consumación podría cuestionarse a partir de la definición legal del artículo 16.1 CP95.[3] En dicho precepto, se supedita la sanción de la tentativa a la no producción del resultado «*por causas independientes de la voluntad del autor*»: ¿se quiere decir con ello que no hay tentativa cuando el resultado no se produce por causas dependientes de la voluntad del autor? A diferencia de la técnica seguida por el StGB[4] y por el CP91,[5] el legislador español ha optado por regular la impunidad

---

[2] *JAKOBS, Günther. «El desistimiento como modificación del hecho». Trad. de Enrique Peñaranda Ramos. En Estudios de Derecho Penal. Madrid: Civitas, 1997, p. 325; id. «Consumación material en los delitos de lesión contra la persona. Al mismo tiempo, una contribución a la generalización de la parte especial». Trad. de Sergi Cardenal Montraveta. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, n.º 4, 2002, p. 13: 3.*

[3] *Artículo 16.- «1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor. 2. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si estos fueren ya constitutivos de otro delito o falta».*

[4] *§22.- «Intenta un hecho penal quien de acuerdo con su representación del hecho se dispone inmediatamente a la realización del tipo». §23.- «1. La tentativa de un crimen es siempre punible; la tentativa de un hecho sólo es punible cuando la ley expresamente lo determina. 2. La tentativa puede castigarse más benignamente que el hecho consumado (§ 49 inciso 1). 3. Si el autor desconoce, por una falta de comprensión grave, que la tentativa según la clase del objeto o del recurso con los que debería cometer el hecho de ninguna manera podría conducir a la consumación, entonces el tribunal puede prescindir de pena o disminuir la pena conforme a su facultad discrecional (§ 49 inciso 2)». § 24.- «1. No será castigado por tentativa, quien renuncia voluntariamente a la realización del hecho o evita su consumación. Si el hecho no se consuma sin intervención del desistente, entonces será impune si él se esfuerza voluntaria y seriamente para evitar la consumación. 2. Si son varios los partícipes en el hecho entonces no se castigará por tentativa a quien evitó voluntariamente la consumación. Sin embargo, basta para su no punibilidad su esfuerzo voluntario y serio, para evitar la consumación del hecho, cuando no se consume sin su intervención o se haya cometido independientemente de su anterior aporte al hecho».*

[5] *Artículo 16.- «En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo. El Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente*

por desistimiento voluntario implícitamente en la propia definición de tentativa, mezclando la perspectiva *ex ante* con la *ex post*, aunque luego prevé reglas específicas para el desistimiento en los apartados 2) y 3) del artículo 16 CP95. La referencia al «desistimiento voluntario» en la propia definición de tentativa se remonta al §31 del Código prusiano de 1851, que, al igual que el CP73, no contenía reglas específicas para el desistimiento. Ello explica que la antigua doctrina española haya considerado a este instituto como *característica negativa* del concepto de tentativa y no como una excepción a la punibilidad de la tentativa en general.[6]

Sin embargo, desde una perspectiva sistemática, tal interpretación literal es incompatible con la regulación prevista por el propio texto punitivo español en materia de desistimiento de la tentativa en casos de pluralidad de intervinientes. Según el artículo 16.3 CP95,[7] los efectos eximentes del desistimiento son personales —solo alcanzan a quien lo realiza—, de forma que *subsiste* la responsabilidad para el resto de sujetos que no desisten. Ello solo puede ser explicado si el ordenamiento jurídico desvalora, ya en un primer momento, y para todos los intervinientes en el hecho, el solo inicio de la ejecución delictiva —sin importar que la consumación llegue a verificarse— y posteriormente, en un segundo momento valorativo, considera penalmente irrelevante el comportamiento de quien impide voluntariamente la consumación. No obstante, hubiese sido preferible un precepto que solo considere la perspectiva *ex ante* en la definición de la tentativa y que contenga las referencias al desistimiento en otro apartado, a fin de evitar que se mezcle la perspectiva de la definición legal y el contenido de injusto.[8]

La pregunta por el fundamento de los efectos exoneratorios del «desistimiento voluntario» se legitima por el trato desigual que se dispensa a aquellas tentativas inicialmente desvaloradas y que luego son desistidas, frente a

---

la pena». Artículo 18.- «Si el agente desiste voluntariamente de proseguir los actos del delito o impide que se produzca el resultado, será penado sólo cuando los actos practicados constituyen por sí otros delitos».

6 *Ello es puesto de relieve por* MIR PUIG, *Santiago. Derecho Penal. Parte General. 6.ª ed. Barcelona: Reppertor, 2002, 13/95; y* SILVA SÁNCHEZ, *Jesús María. «La regulación del iter criminis». En El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales. Barcelona: Bosch, 1997, p. 140 (nota 358). Recientemente, Pozuelo Pérez se apoya en la definición legal de tentativa contenida en el CP95 para afirmar que «el tipo de injusto no ha llegado a producirse cuando media desistimiento»; cfr.* POZUELO PÉREZ, *Laura. El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 268.*

7 *Artículo 16.- «3. Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquel o aquellos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si estos fueren ya constitutivos de otro delito o falta».*

8 *Tal riesgo de confusión es advertido por* SILVA SÁNCHEZ, *Jesús María. Op. cit., p. 140.*

aquellas —también inicialmente desvaloradas— en las que no se produce la evitación voluntaria del resultado.[9] Mientras que a estos últimos supuestos les corresponde la pena conminada para la infracción de que se trate, los casos de desistimiento voluntario son distinguidos con la impunidad en la mayoría de las legislaciones, entre las que se encuentran la alemana, la española y la peruana.[10] El debate científico sobre la búsqueda de un fundamento a la exención de pena por desistimiento voluntario da cuenta del esfuerzo por explicar cómo un comportamiento ya declarado penalmente relevante puede dejar de serlo por una actuación posterior del propio autor.

Al hilo de una breve panorámica sobre el estado actual que presenta este tema en la discusión alemana y española, en las siguientes líneas se defiende la siguiente hipótesis: la impunidad por desistimiento voluntario carece de fundamento dogmático posible y es una consecuencia disfuncional en un sistema jurídico-penal orientado a preservar el respeto a la autonomía individual ajena. La supresión de la regulación legal en materia de «desistimiento voluntario», aquí defendida como propuesta *de lege ferenda*, se apoya en el siguiente razonamiento: luego del inicio de la tentativa y antes de que el sujeto renuncie o pierda la posibilidad de revocar de modo seguro el riesgo creado, el denominado *desistimiento voluntario* es una exigencia derivada de un deber de aseguramiento fundamentado en una competencia organizativa (injerencia), cuyo cumplimiento impide al juez imponer la pena máxima prevista para la tentativa; y, luego de que el sujeto renuncia o pierde dicha posibilidad de revocación y antes de que acaezca el resultado naturalista del delito, el denominado *desistimiento voluntario* no es más que una exigencia derivada de un deber de salvamento fundamentado en consideraciones de solidaridad intersubjetiva (competencia institucional), cuya observancia impide al juez imponer la pena máxima prevista para la consumación.

En lo que sigue, se ofrece una breve descripción crítica de las tesis que de modo más significativo intentan fundamentar la impunidad por desistimiento

---

9 *Benlloch Petit, Guillermo. «El desistimiento voluntario del delito. Su problemática en la tentativa de autor único». Tesis doctoral inédita. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 1998, pp. 19-23.*

10 *A diferencia de la regulación alemana en materia de tentativa, en la que se prevé un régimen de atenuación de pena facultativa (§§23.2 y 49.1 StGB), en las legislaciones española (art. 62 CP95) y peruana (art. 16 CP91) rige un sistema de atenuación de pena obligatorio para el delito intentado. Por su parte, respecto al «desistimiento voluntario», en los tres ordenamientos mencionados se prevén plenos y obligatorios efectos exoneratorios (§24.1 StGB, art. 16.2 CP95, art. 18 CP91). Por su flexibilidad, resulta interesante el tratamiento que se dispensa al «desistimiento voluntario» en el Código Penal suizo, cuyo artículo 21 prevé la exención facultativa de pena para el desistimiento de tentativa inacabada, mientras que, en el artículo 22, se dispone la atenuación facultativa de pena para el desistimiento de tentativa acabada.*

voluntario, bien apoyándose en consideraciones de *utilidad social* —ausencia de necesidad de pena—, bien en consideraciones de ausencia o disminución de merecimiento de pena (II); luego, nos adentraremos en el fundamento del castigo de la tentativa a partir de la distinción entre «tentativa inacabada» y «tentativa acabada» (III); y, finalmente, afianzaremos la hipótesis ya adelantada: la exención absoluta que *de lege lata* prevé tanto el ordenamiento peruano como el alemán y el español para el instituto del desistimiento voluntario no puede explicarse de modo posible en un derecho penal principalmente orientado a garantizar la separación de esferas organizativas y que se asienta en la idea de respeto a la autonomía individual ajena (IV).

II. Panorama doctrinal y jurisprudencial sobre el fundamento de la impunidad por «desistimiento voluntario»

1. La teoría del «puente de oro» o teoría político-criminal

Como es sabido, los defensores de esta teoría niegan la existencia de una razón dogmática que fundamente la impunidad por «desistimiento voluntario». Antes bien, la promesa de impunidad por desistimiento es interpretada como un *incentivo* para el autor de la tentativa que se justifica en la necesidad de conservación del bien jurídico que ha sido puesto en peligro o que ha empezado a lesionarse. Este pensamiento utilitarista, orientado a una maximización de los bienes, fue dominante en la dogmática alemana bajo la influencia de Franz von Liszt, quien, en la vigésima edición de su tratado, afirmaba:

> En el momento en que se traspasa la línea divisoria entre los actos preparatorios impunes y la ejecución punible, se incurre en la pena establecida para la tentativa. Este hecho no puede ya ser alterado, ni «anulado por volverse atrás», ni desaparecer del mundo. Sin embargo, puede la legislación, por razones de Política Criminal, construir un puente de oro para la retirada del agente que ya era susceptible de pena. Ella lo ha hecho, convirtiendo *en causa de extinción de la pena* el *desistimiento espontáneo*. [Las cursivas son del original][11]

Esta idea, aunque formulada negativamente, se encontraba ya en Feuerbach, quien, a principios del siglo XIX, escribió:

---

[11] *Liszt, Franz von. Tratado de derecho penal. Trad. de la 20.ª ed. alemana a cargo de Luis Jiménez de Asúa y adiciones de derecho penal español a cargo de Quintiliano Saldaña. 3.ª ed. T. III. Madrid: Reus, p. 20.*

> Si el Estado castigase a las personas que se arrepienten del hecho emprendido, obligaría en cierto modo a consumar el delito, pues el desgraciado que se deja arrastrar hasta la tentativa sabe que merece ya una pena y que si se arrepiente no ganará ni perderá nada importante.[12]

La tesis del «puente de oro» es actualmente defendida en la doctrina alemana por Ingeborg Puppe y por su discípula Weinhold, aunque con un importante giro hacia la idea de protección de la víctima. Puppe afirma que «sólo el «burdo criterio de *bien está lo que bien acaba (ende gut, alles gut)*» puede justificar la regulación del desistimiento».[13]

Suelen afirmar los autores que se inscriben en esta línea que evitar el resultado no significa sino la exigencia de una influencia causal por parte del autor, lo que plantea la cuestión de si los enunciados penales que descargan de responsabilidad poseen sentido adscriptivo o tan solo descriptivo de la causalidad.[14] La exigencia de una simple causalidad natural para apreciar la evitación del resultado relevante a los efectos eximentes del desistimiento voluntario pretende ser defendida a partir de una interpretación literal del §24.I StGB[15] y sobre la base de argumentos de corte preventivista. Así, se considera que, aunque la oferta de impunidad pueda resultar poco eficaz para motivar al autor a abandonar la ejecución, el establecimiento de exigencias superiores a la mera causalidad natural en la evitación del resultado vendría a cercenar dicha potencialidad motivadora. Desde esta perspectiva, se considera que la exigencia del «serio intento», establecida en el StGB para los casos en que la evitación del resultado se produce sin intervención del autor, no responde a la *ratio* del desistimiento en general, sino que se trata de una ampliación específica para supuestos de tentativa inidónea.

Claus Roxin se refiere a la «teoría del puente de oro» como posición actualmente marginal, a la que se le objeta su carácter poco realista al concebir un destinatario que actúa racionalmente, sopesando pros y contras.[16] Por su

---

[12] *Citado por* BENLLOCH PETIT, *Guillermo. Op. cit., p. 33.*

[13] *Citada por* ALCÁCER GUIRAO, *Rafael. ¿Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento. Granada: Comares, 2002, p. 32.*

[14] *Sobre el sentido adscriptivo de los verbos típicos, véase* SILVA SÁNCHEZ, *Jesús María. «La regulación de la «comisión por omisión»». En El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales. Op. cit., pp. 60-62.*

[15] *Véase supra, nota 3.*

[16] ROXIN, *Claus. «Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en derecho penal». Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, n.º 3, 2001. <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03.html>. En esta dirección también apuntan las críticas de Jescheck, aunque no se muestra contrario a la versión original de Feuerbach como teoría de la remoción de obstáculos al desistimiento; cfr.* JESCHECK, *Hans-Heinrich y Thomas* WEIGEND. *Tratado de derecho penal. Parte general. Trad. de Miguel Olmedo Cardenote. 5.ª ed. Alemana. Granada: Comares, 2002, pp. 578-579.*

parte, Benlloch Petit destaca acertadamente la incapacidad de esta tesis para dar razón de los límites de la impunidad por desistimiento, ya que, al sacrificar necesidades abstractas de pena en aras a la concreta salvación del objeto de ataque, se cae en un pragmatismo contrario a la función de pacificación duradera que debe cumplir el derecho penal.[17]

La teoría del «puente de oro» fue dominante en la doctrina jurisprudencial del BGH hasta principios de la década de los ochenta del siglo pasado. El punto de inflexión vino dado por la sentencia que resolvió el conocido caso del hospital,[18] cuyos hechos probados se reseñan sucintamente a continuación:

> Después de propinarle una brutal paliza, realizada con dolo eventual de matar, el procesado trasladó a su esposa malherida hasta las proximidades de un hospital, abandonándola a unos 95 metros de la puerta para que siguiera ella sola. Faltando unos 40 metros para ingresar, la mujer, como ya había ocurrido durante el trayecto, perdió el conocimiento y quedó tendida en la acera, siendo recogida por dos transeúntes que la ingresaron al hospital, donde fue atendida y salvada de la muerte. Por su parte, el procesado, dudando de si su mujer habría llegado a la puerta del centro médico, regresó a las inmediaciones del lugar y una vez que comprobó tal hecho desde fuera, retornó a casa.

Contrariamente a la doctrina jurisprudencial hasta entonces dominante, que para apreciar efectos eximentes por desistimiento se conformaba con la constatación de la mera relación de causalidad entre la acción del autor y la evitación del resultado, el BGH no apreció en este caso un «desistimiento voluntario» por entender que «el autor no puede conformarse con medidas que, como él mismo aprecia, serán (posiblemente) insuficientes, cuando tiene a su disposición mejores alternativas de evitación. Debe, por el contrario, agotar estas alternativas. Allí donde pueda impedirlo, no puede dejar espacio al azar».[19]

---

[17] *Benlloch Petit, Guillermo. Op. cit., pp. 42-44. Véase también las críticas de Jakobs, Günther. Op. cit., pp. 326-328: «Ciertamente un modo semejante de proceder (scil. el de la teoría del «puente de oro», orientada por el interés en el éxito y no por categorías de lo dogmáticamente correcto) no tiene por qué ser reprobado en todo caso, pero en lo que se refiere al derecho penal no puede operar sino de manera puramente arbitraria y lo cierto es que la teoría político-criminal en cuanto doctrina sobre el desistimiento constituye una teoría de la pura arbitrariedad» (p. 327).*

[18] *Referencias a esta sentencia de 27 de abril de 1982 en Alcácer Guirao, Rafael. Op. cit., p. 12 y ss.*

[19] *Fragmento de la sentencia, citado por ib., pp. 20-21.*

2. Las teorías premiales

Los autores que defienden esta tesis conciben el «desistimiento voluntario» como una actuación meritoria que compensa la impresión jurídicamente perturbadora que causa el hecho en la comunidad.[20] Roxin muestra cierto escepticismo acerca de la capacidad fundamentadora de esta teoría, pues considera que, al afirmarse que el «desistimiento voluntario» constituye un premio, solo se está transcribiendo el texto de la ley, mas no se aporta la razón por la que el autor que desiste es distinguido con la impunidad.[21]

La carencia de autonomía fundamentadora de la que adolecen las teorías premiales intenta ser suplida mediante una huida a la teoría de los fines de la pena. Este fenómeno, según apunta Roxin, se aprecia en la formulación de Christian Jäger cuando afirma que «el motivo decisivo para la liberación de la pena» reside «en la inversión de la puesta en peligro que se provoca o, al menos se persigue, a través del desistimiento».[22] Jäger concibe la «inversión de la puesta en peligro» como acto meritorio que incide sobre el merecimiento de pena. Esta orientación surge como extensión del desarrollo de la teoría de la imputación objetiva en el injusto, desde la premisa de una «relación simétrica» entre el tipo de injusto y el desistimiento. Siguiendo el hilo argumental de tal planteamiento, se tiene que, si el injusto de la tentativa halla su razón de ser en el peligro que genera para el bien jurídico, la razón de ser de la exención de pena en el desistimiento radica en que viene a ser una «inversión del peligro» que genera la tentativa. Partiendo de esta relación de simetría, se considera suficiente para otorgar efectos eximentes al desistimiento una disminución o anulación del riesgo que sea imputable al autor y que desarrolle su eficacia hasta la evitación del resultado, sin que sea necesario el aprovechamiento de la mejor opción de evitación del resultado.[23]

Bajo el prisma de las teorías premiales, en el caso del hospital —anteriormente narrado— se considerarían cumplidas las exigencias del grado de adecuación de la conducta salvadora para evitar el resultado, ya que la acción del sujeto aumentó las posibilidades de salvación. Conforme apunta Alcácer Guirao, los únicos supuestos de evitación «causal» del resultado que para esta concepción quedan fuera del marco de exención son, de forma

---

[20] *Uno de sus representantes más significados es Hans-Heinrich Jescheck (cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND. Op. cit., p. 579), quien afirma que el autor que retrocede voluntariamente anula la «impresión jurídicamente perturbadora».*

[21] *ROXIN, Claus. Op. cit.*

[22] *Ib.*

[23] *Cfr. los planteamientos de Jäger en Ib.*

paralela a la tentativa irreal, los casos de «desistimiento irreal», realizados con medios supersticiosos o manifiestamente inadecuados.[24]

3. La teoría del pago de la deuda

Rolf D. Hezberg propuso, en 1987, justificar la impunidad por desistimiento voluntario recurriendo a elementos propios del derecho civil; concretamente, planteó elevar el «principio de liquidación» a la categoría de principio general del derecho. Este autor sostiene que, con la realización de una tentativa, surge para el sujeto una «deuda jurídica», consistente en evitar que se llegue a producir el resultado, de forma que, si este, mediante un desistimiento voluntario y eficaz, satisface esa deuda, decae la amenaza de pena. Para apreciar efectos eximentes por desistimiento basta que el sujeto escoja la que —desde su perspectiva— sea la mejor de las opciones disponibles, sin importar si era en sí misma la más segura.

A la teoría de Hezberg se le reprocha un déficit de fundamentación respecto a la identificación que realiza entre el deber infringido por el autor al comenzar la tentativa y el posteriormente cumplido al desistir. Se le critica no haber fundamentado por qué al desistir el autor satisface completamente el deber de no iniciar tentativas y no haber refutado la posición contraria, según la cual, cuando el autor evita el resultado, una parte de su deber ha sido ya irremediablemente incumplida. Asimismo, suele oponerse a esta posición los supuestos de reparación posdelictiva, en los que, pese a que el autor cumple con lo que en ese momento era su deber, tales actos no se interpretan como cumplimiento del deber global infringido con el inicio y posterior consumación del delito.[25]

Si este pretendido deber único se formula como «el deber de abstenerse de producir el resultado típico», cuando se inicia la ejecución aun no podría afirmarse su incumplimiento. Por el contrario, si se formula como «el deber de no iniciar conductas inmediatamente dirigidas a la producción del resultado», ya se vería incumplido con el comienzo de la tentativa y, entonces, habría que fundamentar cómo, por medio del desistimiento, se cumple un deber ya infringido. Precisamente, en la búsqueda del contenido de este deber (o deberes), reside buena parte del secreto del fundamento del desistimiento.

---

[24] *Alcácer Guirao, Rafael. Op. cit., pp. 38-39.*

[25] *Sobre las críticas a esta posición, cfr. Benlloch Petit, Guillermo. Op. cit., pp. 25-33.*

4. La «teoría de la finalidad de la pena» vinculada a la teoría de la consideración global

La «teoría de la finalidad de la pena» es considerada como la teoría actualmente dominante en la discusión sobre la fundamentación de la impunidad por desistimiento.[26] Según lo indica su propia denominación, sus partidarios consideran que, tras el «desistimiento voluntario», decaen las legítimas finalidades que corresponden a la sanción penal; de esta forma, someten a una valoración unitaria los actos de ejecución ya realizados y la posterior conducta de desistimiento, de modo que en virtud de este último deben reinterpretarse los actos ejecutivos que ya de por sí entrañaban un peligro objetivo de lesión del bien jurídico. El mensaje comunicativo de la retirada voluntaria y eficaz tiene fuerza suficiente para marginalizar el mensaje contrario ya expresado mediante los actos realizados.

Frente a la interpretación psicológica del requisito de la voluntariedad, aún dominante en Alemania y que hace depender su apreciación del grado de presión psíquica a la que se encuentra sometido el autor, Roxin propone una interpretación conforme a criterios orientados hacia la teoría del fin de la pena: un desistimiento será voluntario cuando exprese un giro interno del autor, un regreso a la legalidad. Si en la tentativa acabada no se logra impedir el acaecimiento del resultado, la buena voluntad del autor dispuesto a retroceder no es suficiente para hacer decaer la necesidad de pena derivada de razones preventivo-generales. El esfuerzo infructuoso del autor solo puede conducir a la impunidad cuando el hecho no llega a consumarse por otros factores.

Al concretar los requisitos para apreciar un «desistimiento voluntario» Roxin recurre al criterio del «incremento de la probabilidad de salvación» en algunos supuestos y al criterio de «máxima seguridad en la salvación» en otros. Así, cuando sea el agente quien evite por sí mismo el resultado, bastará con que su comportamiento haya aparecido *ex ante* como un incremento de las posibilidades de salvación; y, cuando intervengan terceras personas o la propia víctima en la salvación del bien jurídico, habrá que exigirse la aportación más segura para la evitación del resultado.

A esta tesis se le reprocha su pobreza explicativa, pues —al igual que la teoría del premio y la teoría del «puente de oro»— presenta al instituto del «desistimiento voluntario» como un trato regido por criterios de mercado y no por consideraciones de justicia, que, llevados coherentemente al extremo,

---

[26] *Entre sus representantes más significados, véase* ROXIN, *Claus. Op. cit.; y, en el ámbito español,* MUÑOZ CONDE, *Francisco. El desistimiento voluntario de consumar el delito. Barcelona: Bosch, 1972, passim.*

permitirían avalar inclusive la impunidad de hechos consumados, siempre que estos pudieran ser compensados con el valor de otro hecho bueno.[27]

5. *La tesis de la máxima seguridad en la salvación*

Rafael Alcácer estima que los actos de salvación posteriores a la tentativa no pueden afectar al injusto, sino exclusivamente a la punibilidad. El desistimiento es concebido como circunstancia personal de exclusión de pena,[28] que incide sobre el fundamento de la punición de la tentativa, mas no sobre su presupuesto. Según su planteamiento, el peligro para el objeto de bien jurídico constituye el *presupuesto* de la sanción (ámbito que pertenece al merecimiento de pena como juicio orientado al pasado), mientras que el *fundamento* último de punición viene dado por el quebrantamiento de la vigencia de la norma, que lo sitúa en el ámbito de la necesidad de pena (juicio orientado al futuro en clave preventiva).[29] Apoyándose en Murmann, concluye que el desistimiento puede entenderse como un subrogado de la pena, en el sentido de que el sujeto que evita voluntariamente la consumación reestabiliza la validez de la norma ya quebrantada con su tentativa.[30] A diferencia del planteamiento de Jakobs, el «desistimiento voluntario» constituiría un equivalente funcional de la pena que opera luego de la perfección definitiva del injusto.

A juicio de Alcácer, la reestabilización que fundamenta la impunidad por «desistimiento voluntario» solo deberá ser apreciada cuando el agente haya evitado el resultado lesivo mediante la realización de la *acción óptima*

---

[27] *JAKOBS, Günther. Op. cit., pp. 326-328.*

[28] *ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Op. cit., p. 52: «Más concretamente, y como es mayoritario en la doctrina, el desistimiento, en tanto circunstancia personal de exclusión de la pena, hace que la pena de la tentativa devenga innecesaria» [cursivas en el original].*

[29] *Sobre esta concepción de injusto, véase ALCÁCER GUIRAO, Rafael. ¿Lesión del bien jurídico o lesión de deber?. Apuntes sobre el concepto material de delito. Barcelona: Atelier, 2003, passim, especialmente p. 121 y ss.*

[30] *ALCÁCER GUIRAO, Rafael. ¿Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento. Op. cit., pp. 53-54: «[L]o que caracteriza al desistimiento es precisamente que opera de igual modo que lo haría la pena: con la acción de revocación y la salvación segura del bien jurídico, el autor manifiesta que la norma sigue siendo una pauta correcta y obligatoria de conducta, y devuelve a Alter la confianza en que la norma será respetada, dado que con su acción expresa el agente que la norma ha ejercido su autoridad sobre él, al retomar, como suele afirmarse, la senda del Derecho. Así, no es precisa la imposición de una pena para reafirmar la validez de la norma negada por el ilícito realizado, por cuanto es el mismo agente quien, con su acción de desistimiento, «niega la negación» anterior, reafirmando él mismo la validez del ordenamiento. El desistimiento, entonces, puede entenderse como un subrogado de la pena: hace innecesaria la pena porque cumple su misma función» [cursivas en el original].*

de salvación. Solo cuando el agente se esfuerce por anular por completo el riesgo generado por su acción anterior, podrá considerarse su desistimiento como una expresión de respeto hacia la pretensión de validez del bien jurídico. Según esta perspectiva, luego del inicio de la tentativa, la norma de conducta ya infringida sigue rigiendo para el agente, pero bajo la forma de un mandato de salvación cualificado. Señala que la situación ante el derecho de quien ya ha quebrantado la norma de conducta no es comparable a la de quien no ha tomado aún postura ante la misma, por lo que, para que la pena devenga innecesaria, no será suficiente con que realice simplemente lo que la norma de conducta exige, sino que será precisa una exigencia *cualificada,* consistente en la realización de todo lo que esté en su mano para la salvación del bien jurídico.

Esta exigencia cualificada de salvación se desdobla en dos reglas de atribución: (1) cuando el agente actúe solo, deberá realizar la aportación de salvación más segura de las que disponía; y (2) cuando intervengan terceras personas, el agente deberá ostentar el dominio de la salvación, esto es, deberá poder atribuírsele la evitación del resultado en calidad de autor.

Por su parte, respecto al requisito de la voluntariedad, Alcácer opera con dos interpretaciones. (1) La exigencia de la máxima seguridad en la salvación le lleva a considerar innecesaria una interpretación valorativa del requisito de la voluntariedad en los supuestos de desistimiento de «tentativa acabada». En tales supuestos, considera que la voluntariedad debe interpretarse desde los parámetros de las teorías psicológicas. Así, por ejemplo, no debería apreciarse desistimiento voluntario en casos en los que el agente realiza una prestación óptima en virtud de una coacción externa impuesta por terceras personas, pues una retirada en tales circunstancias no comunica un reconocimiento personal de la norma. (2) En los supuestos de desistimiento de «tentativa inacabada», considera que se impone una interpretación más «valorativa» del requisito de la voluntariedad, pues la mera pasividad que caracteriza al desistimiento en estos supuestos no aporta el sustrato suficiente para interpretar la conducta del agente como reconocimiento del derecho.

Aplicando estos criterios al caso del hospital, Alcácer considera que el riesgo de autodelación que corría el marido en caso de ingresar al hospital con su mujer malherida no puede operar, a modo de situación de inexigibilidad, como factor que permita al que desiste servirse de una opción menos segura para la salvación del bien jurídico. Pero aclara que el otorgamiento de efectos eximentes por desistimiento únicamente debe atender a la calidad de la acción para la seguridad del bien puesto en peligro y no al cumplimiento de otros fines, tales como actitudes internas de arrepentimiento o el fomento a los fines de la administración de justicia. Dentro de un universo de alternativas similarmente seguras el agente tiene un margen de

libre elección. Así pues, refiriéndose al citado caso del hospital, concluye que, para apreciar un desistimiento voluntario relevante, no hubiese sido necesario que el marido ingrese con su víctima al interior del centro médico y confiese lo ocurrido, sino que hubiese sido suficiente con que, en vez de abandonarla a casi cien metros, la deje a la entrada del hospital y se asegure de que ha sido vista y atendida por el personal sanitario.[31]

6. La tesis del desistimiento voluntario como reverso de un ilícito subjetivo

En su segunda tesis doctoral, publicada bajo el título «Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. A la vez, una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs», Marcelo Sancinetti adopta como presupuesto que el «desistimiento voluntario» no puede hacer desaparecer la infracción de la norma ya sucedida[32] y concluye en que dicho instituto debe ser visto como una *excusa absolutoria*.[33] Con ello, se viene a

---

[31] *ALCÁCER, Rafael. ¿Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento. Op. cit., p. 88.*

[32] *SANCINETTI, Marcelo. Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. A la vez, una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1995, p. 77: «La reducción del desistimiento al caso de la tentativa inacabada es, por cierto, una explicación interna a la institución de la tentativa. Esto no alcanza a explicar, empero, cómo se podría anular una infracción ya existente. O aquel rudimento infringe efectivamente una norma, o no la infringe; la transformación del rudimento no puede ir acompañada de la desaparición de la infracción, en sí ya sucedida. Esto es asumido aquí como un postulado de la investigación».*

[33] *Ib., p. 79. Según entiende Sancinetti (p. 77 y ss.), Jakobs admite el desistimiento solo en la tentativa inacabada porque en ella se quebranta una norma flanqueante y no la norma principal. De este modo, tentativa acabada e inacabada serían injustos estructural y esencialmente distintos. Únicamente la tentativa acabada constituiría un quebrantamiento perfecto de la norma principal, mientras que la tentativa inacabada constituiría el quebrantamiento perfecto de una norma de menor jerarquía —norma flanqueante u orientada a la protección de una norma principal—, al igual que la norma de los actos preparatorios formalmente tipificados como hechos consumados. Asimismo, apunta que la distinción tajante que realiza Jakobs entre hecho y genérica conducta posterior al hecho conduce a una solución hostil al desistimiento, que, pese a ser materialmente brillante, se ve oscurecida por el uso de la distinción terminológica entre «tentativa acabada e inacabada», pues, para Sancinetti, la posibilidad de reversión segura es incompatible con el concepto de «tentativa acabada»; en ese sentido, los casos que Jakobs trata como «desistimiento de tentativa acabada» se tratan en puridad de supuestos de «desistimiento de una tentativa inacabada omisiva». Para Sancinetti, la impunidad por abandono de la ejecución o por evitación del resultado solo puede apreciarse antes de que el autor haya llegado a admitir la posibilidad de una consumación dolosa. La evitación del resultado lograda con posterioridad a ello solo podría valer como atenuante, como comportamiento posterior al hecho. Los efectos atenuantes deberían ser concedidos atendiendo a la seriedad de los actos tendentes a la neutralización del riesgo, con independencia de si fueron exitosos o no.*

afirmar que el desistimiento voluntario no anula el carácter injusto del hecho, sino que, tras la evitación voluntaria del resultado o tras la suspensión de la ejecución, decae la utilidad de la sanción penal.

Pero ¿cuál es la utilidad de la sanción penal? A la consideración del «desistimiento voluntario» como *excusa absolutoria* subyace la idea de que la evitación del resultado —entendido en sentido naturalista— debe considerarse como finalidad del derecho penal. Mas, si como aquí se considera, al derecho penal solo le interesan los riesgos idóneos para producir determinados resultados y no su acaecimiento efectivo, la utilidad de la sanción penal debe afirmarse una vez que el riesgo jurídico penalmente prohibido ha sido producido, y, partir de dicho momento, solo podrá hablarse de menor o mayor necesidad de pena en función de que el resultado naturalista sea o no evitado.[34] Luego de la realización de un riesgo idóneo para producir un resultado lesivo de objetos de bien jurídico, la evitación o no del mismo únicamente tiene relevancia en tanto expresa una menor o mayor intensificación del riesgo creado. En tal sentido, luego del resultado en sentido jurídico (creación del riesgo que coincide con el inicio de la tentativa jurídico-penal), la discusión sobre la necesidad de pena del hecho ya no discurre en el ámbito de lo cualitativo, sino que la presencia o ausencia de un «desistimiento voluntario» solo tendría relevancia a efectos de determinar el *quantum* de la respuesta al hecho punible.

En su exposición introductoria a los *Estudios de derecho penal* de *Günther Jakobs*, *Enrique Peñaranda, Carlos Suárez y Manuel Cancio* advierten que la aproximación de *Sancinetti* a la obra de *Jakobs* resulta arbitraria en lo metodológico. Así, estos autores advierten que *Sancinetti* parte de que lo «objetivo» es lo que sucede en el mundo exterior, en contraposición a lo «subjetivo» como procesos psíquicos que ocurren en la mente del autor.[35] Sin embargo, ni estos no son los criterios de referencia utilizados en la obra de Jakobs, ni dicho sistema está basado únicamente en la «*desautorización de la norma, proveniente de un defecto de voluntad*»,[36] sino que el contenido de la

---

[34] *La dimensión utilitarista de la pena es destacada con gran claridad por Lesch. Sintetizando al máximo, este autor plantea una teoría funcional retributiva y compensadora de la culpabilidad, que combina una dimensión dialéctico-hegeliana y una práctico-utilitarista. Por un lado, la función del derecho penal es absoluta (raigambre hegeliana) porque se pena quia peccatum est y no ne peccetur, pero, por otro lado, también es relativa (dimensión práctico-utilitarista), porque la pena no es un fin en sí misma —no es absoluta ab effectu—, sino que tiene una función: el mantenimiento de las condiciones fundamentales de la coexistencia social, de la identidad normativa de la sociedad. Para una aproximación a estos planteamientos, véase* LESCH, *Heiko Hartmut. La función de la pena. Trad. de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, passim.*

[35] SANCINETTI, *Marcelo. Op. cit., pp. 13-16, 40-45.*

[36] *Ib., p. 40.*

norma se define en el sentido de expresión *generalmente comprensible, con relevancia social, realizada por un sujeto al que se le atribuye por el ordenamiento competencia,* de una desautorización de la norma. Desde el punto de vista de la comunicación personal las normas no dirigen ningún comportamiento, sino que lo interpretan como perteneciente o no a un ordenamiento.

A mi juicio, el postulado que preside la investigación de *Sancinetti* —el «desistimiento voluntario» no puede hacer desaparecer la infracción de la norma ya sucedida— es acertado y compatible con el planteamiento de *Jakobs*, mas tal compatibilidad no puede predicarse respecto del concepto de norma manejado por aquél autor (norma penal como imperativo de conducta), a partir del cual el injusto es comprendido como infracción instantánea de la norma de conducta, no siendo posible —a diferencia de lo que ocurriría si se sostiene una concepción de norma como expectativas institucionalizadas de conducta—[37] comprender el injusto penal como un quebrantamiento gradual y continuo de expectativas normativas.

7. Apuntes sobre la doctrina jurisprudencial del TS

El recurso a argumentaciones político-criminales para interpretar los requisitos del «desistimiento voluntario» es frecuente en la jurisprudencia española. Así, en la STS de 16 de diciembre de 2002 (RJA 2003/478), ponente: Delgado García, se señala que, «por razones de política criminal, el legislador quiere premiar la conducta de quien en estos casos (*scil.* tentativa acabada) evita el delito por medio de su conducta impeditiva. Sin duda, es una buena manera de proteger el bien jurídico que constituye la razón de ser de la correspondiente norma penal». En esta sentencia, se declaró exento de pena por tentativa de homicidio al acusado que, luego de herir mortalmente a su hermano, arrepentido y asustado por la sangre que emanaba producto de los cortes que le había ocasionado en el cuello, le cubrió las heridas con gasas, lo acostó en la cama y le avisó a un tío suyo que vivía en el mismo inmueble, quien llamó al servicio médico de asistencias urgentes; de esta forma, la víctima fue atendida y salvada de morir. En esta sentencia, se aplicó expresamente uno de los acuerdos plenarios no jurisdiccionales de la sala segunda del TS, que, interpretando el artículo 16.2 CP95, declaró que no hay inconveniente en admitir la existencia de «desistimiento voluntario»

[37] *Sobre ambas concepciones de norma, véase* SILVA SÁNCHEZ, *Jesús María. «¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas». Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, pp. 559-575.*

tanto cuando sea el propio autor el que directamente impide la consumación del delito, como cuando desencadena o provoca la actuación de terceros que son los que finalmente lo consiguen.

Los tribunales españoles otorgan al requisito de la voluntariedad un carácter decisivo para apreciar las consecuencias eximentes del desistimiento, valorando a tal efecto la intencionalidad del sujeto expresada en la acción de salvamento. En esta línea, se inscriben dos SSTS que resolvieron supuestos semejantes al caso del hospital enjuiciado por el BGH en 1982. La más reciente es la STS de 5 de diciembre de 2003 (RJA 2003/8829), ponente: Jiménez Villarejo. Según el relato fáctico, luego de que el procesado le insistiera infructuosamente a su excompañera sentimental reanudar la convivencia que mantuvieron durante dos años, le propinó dos puñaladas en el cuello y una en el tórax con un cuchillo de cocina con hoja de cierra y 16 cm de longitud. Posteriormente, tras obtener de ella la promesa de que volvería a convivir con él si le curaba las heridas, la dejó en las cercanías de un hospital, donde fue atendida y salvada de morir. El TS apreció en este caso el requisito de eficacia, al considerar que la acción del acusado contribuyó decisivamente a la salvación de la vida de la víctima, pero desestimó la existencia de voluntariedad por considerar que el desistimiento activo exige la desaparición del dolo inicial de ejecución cuando el autor realiza los actos impeditivos y que, en el caso enjuiciado, ello no podía ser afirmado, pues el acusado llevó a la víctima al hospital solo tras haber obtenido de ella la promesa de que volvería a convivir con él. El TS mantuvo la condena por homicidio doloso en grado de tentativa, valorando la conducta del acusado, posterior a la agresión, como atenuante de reparación del daño (art. 21.5 CP95).

Por su parte, en la STS de 17 de septiembre de 2001 (RJA 2001/9465), ponente: Bacigalupo Zapater, se apreciaron los efectos eximentes del «desistimiento voluntario» en un caso en que el acusado clavó un cuchillo afilado de diez cm de longitud en el dorso de su esposa y, posteriormente, la trasladó a un centro médico de urgencias cercano a su casa, desde donde fue llevada en una ambulancia a un hospital, acompañada en todo momento por el acusado. La víctima fue intervenida quirúrgicamente y salvada. El TS consideró que la inmediata puesta en movimiento de la actividad sanitaria que finalmente permitió salvar la vida de la mujer comporta el cumplimiento de las exigencias de eficacia del desistimiento y, respecto al requisito de voluntariedad, afirmó que, si bien fue el susto posterior a la agresión lo que motivó la acción salvadora del acusado, ello no debe impedir apreciar un desistimiento relevante, pues la exigencia de voluntariedad no requiere una motivación especial, siendo suficiente que la decisión de salvación no haya sido motivada por factores externos y que el autor no haya reconoci-

do la continuación como carente de sentido. En este caso, el TS anuló la sentencia recurrida que condenaba al acusado por un delito de homicidio en grado de tentativa y falló condenándolo por la autoría de un delito consumado de lesiones.

III. Consumación jurídico-penal frente a consumación físico-natural: la normativización de la distinción entre «tentativa inacabada» y «tentativa acabada»

Günther Jakobs empieza su estudio sobre *«el desistimiento como modificación del hecho»* advirtiendo que cualquier reflexión sobre el desistimiento requiere previamente dejar sentado cuál es el fundamento de la tentativa. Y, en términos generales, con independencia de cuál sea este —la objetiva puesta en peligro del bien jurídico o la manifestación del dolo en el hecho—, afirma que, tras el inicio de la ejecución del delito, *algo* ha quedado ya *consumado* y, ciertamente, algo cuya realización puede ser penada con justicia.[38]

Esta perspectiva metodológica, que acierta al vincular la discusión sobre el fundamento de los efectos eximentes del «desistimiento voluntario» con el fundamento del castigo de la tentativa, goza de cierto predicamento en la doctrina alemana y española. A mi juicio, esta perspectiva de análisis debe considerarse adecuada, pues todo intento de explicar las razones por las que se prescinde de pena en los casos en que el autor abandona voluntariamente la ejecución ya iniciada o evita el resultado no es más que el intento de explicar por qué en dichos supuestos decae la razón por la que se castiga la tentativa.[39] Así, dentro del sector doctrinal que atribuye al instituto del «desistimiento voluntario» carácter de causa de exclusión o de disminución del injusto penal, Wolfgang Frisch lo concibe como el caso paradigmático en que la ausencia de necesidad de pena procede del propio injusto y entiende que el autor que desiste de la comisión del delito reduce la relevancia penal de su comportamiento al manifestar un regreso a la legalidad que

---

[38] *JAKOBS, Günther. Op. cit., p. 325.*

[39] *Sobre la opinión —cada vez más extendida entre los monografistas del «desistimiento voluntario»— relativa a que la explicación cabal de la exención de pena por desistimiento pasa por reflexionar en torno al fundamento del castigo de la tentativa, cfr. BENLLOCH PETIT, Guillermo. «Las diferencias entre el injusto de la tentativa imperfecta y el de la tentativa perfecta y sus consecuencias en materia desistimiento». En Esiquio Sánchez Herrera (coord.). Entre el funcionalismo y el principialismo, y las instituciones dogmáticas. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2002, p. 310 (nota 600).*

incide decisivamente en la necesidad de pena del hecho.[40] Centrando también la problemática del desistimiento de la tentativa a nivel del injusto, aunque desde una perspectiva que prescinde de consideraciones de merecimiento de pena para su fundamentación, Georg Freund considera que, en los supuestos de evitación voluntaria del resultado, no es posible constatar un injusto penalmente relevante.[41]

En una concepción funcional-normativista del derecho penal, aquí asumida, el fundamento del castigo de la tentativa se centra en la significación del hecho para la validez de la norma. La tentativa es un hecho penalmente antijurídico porque consiste en la ejecución de un comportamiento que expresa de forma perfecta el no acatamiento de la norma por parte del autor.[42] Bajo tal compresión, en la que delito y pena toman como referencia a la validez de la norma y no criterios naturalistas, la diferencia entre tentativa y consumación es simplemente cuantitativa. Ambos estadios del *iter criminis* son cualitativamente idénticos, pues, una vez que el comportamiento del sujeto abandona el ámbito de los actos preparatorios —atravesando el umbral de lo penalmente intolerable—, ya se expresa una ruptura completa de la vigencia de la norma, de suerte que la consumación solo comunica una objetivación más intensa de dicho quebrantamiento.[43]

A diferencia de la dimensión cualitativa, el aspecto cuantitativo del quebrantamiento de la vigencia de la norma admite diversas graduaciones que repercuten en el ámbito de la determinación de la pena, en función de la intensidad en que son defraudadas por el autor las expectativas de conducta penalmente aseguradas. Así, según las transformaciones que va experimentando el injusto de la tentativa, se diferencia entre «tentativa inacabada» y

---

[40] *FRISCH, Wolfgang. «Delito y sistema del delito». Trad. de Ricardo Robles Planas. En Jürgen Wolter y Georg Freund (eds.). El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2004, p. 279, afirma que muchas de las cuestiones que actualmente son abordadas con el topos de la necesidad de pena son, en realidad, casos de ausencia de merecimiento de pena. Lo que sucede es que, como consecuencia de la ausencia de merecimiento de pena, no hay tampoco, evidentemente, necesidad de pena.*

[41] *FREUND, Georg. «Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del derecho penal». Trad. de Ramon Ragués i Vallès. En Jürgen Wolter y Georg Freund (eds.). Op. cit., p. 103. Para una exposición panorámica y crítica de los planteamientos de Freund, véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. «Introducción: Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito». En Jürgen Wolter y Georg Freund (eds.). Op. cit., pp. 22-23, a los que designa gráficamente con la expresión «el absolutismo de la necesidad de pena».*

[42] *Cfr. REY SANFIZ, Luis Carlos. La tentativa jurídico-penal. Acercamiento al tratamiento doctrinal del fundamento de los criterios de imputación entre naturalismo y normativismo. Cuadernos Luis Jiménez de Asúa, n.º 13. Madrid: Dykinson, 2001, pp. 94-100.*

[43] *JAKOBS, Günther. Op. cit., p. 325 y ss.*

«tentativa acabada», cuya cabal delimitación exige que previamente se aclaren los conceptos de (i) «inicio de ejecución del delito», (ii) «consumación jurídico-penal» y (iii) «consumación físico-natural».

(i) La determinación del inicio de la ejecución del delito es llevada a cabo de la mano de la teoría de la imputación objetiva del comportamiento. El derecho penal utiliza este aparato teórico como esquema de interpretación de comportamientos que opera en función del código binario: permitido/prohibido. Si la prestación del derecho penal, en tanto subsistema del derecho, reside en asegurar o garantizar en un plano ideal la vigencia de aquellas expectativas de conducta que pertenecen al núcleo de la identidad normativa de la sociedad en que opera, será interpretable como penalmente prohibido —socialmente perturbador o intolerable— precisamente todo comportamiento que exprese o comunique un sentido contrario a la validez de dichas expectativas. Teniendo como principio rector la idea de autorresponsabilidad o competencia («*no todo atañe a todos*»)[44] y partiendo de la necesidad de reducir la complejidad inherente al carácter altamente anónimo y estandarizado que presentan en la actual configuración social los contactos interpersonales, el sistema de imputación penal se estructura sobre la noción de *rol social*.[45] Bajo esta comprensión, la dogmática penal ha desarrollado los denominados subinstitutos liberadores de la imputación objetiva,[46] cuya virtualidad radica en considerar como penalmente no prohibidos aquellos comportamientos que, aunque de acuerdo con las leyes de la causalidad natural, produzcan el menoscabo de objetos fácticamente valiosos, es decir, aquellos comportamientos que a) tengan carácter de *riesgo permitido* en el concreto contexto sociojurídico en que tiene lugar la interacción; b) se lleven a cabo bajo la vigencia del *principio de confianza*; c) sean de *competencia* (exclusiva) *de la víctima*; o d) no exista, respecto de su ejecución, un deber de evitación, con independencia de los conocimientos especiales que pudiese contar el agente (*prohibición de regreso*). La calificación de un comportamiento como objetivamente imputable equivale a afirmar el inicio de la ejecución del delito, esto es, el tránsito de la preparación a la

---

[44] *JAKOBS, Günther. «La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión». Trad. de Manuel Cancio Meliá. En Estudios de Derecho Penal. Op. cit., p. 266.*

[45] *Sobre el rendimiento del concepto de rol social en el sistema de imputación penal, véase PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. «Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del derecho penal». En El funcionalismo en derecho penal. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs. T. II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 41-60.*

[46] *Cfr. JAKOBS, Günther. La imputación objetiva en Derecho penal. Trad. de Manuel Cancio Meliá. Colección de Estudios, n.º 1. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, passim.*

tentativa jurídico-penal. La diferencia entre uno y otro estadio es cualitativa, pues —conforme se establece en el artículo 16 CP91—, mientras la fase de preparación designa un ámbito de libertad jurídicamente garantizada (no punible), con la fase de la tentativa se ingresa en el ámbito de lo punible. A partir de este momento, ya puede afirmarse el completo quebrantamiento de la vigencia de la norma por parte del autor, esto es, la configuración del injusto típico.

(ii) La consumación jurídico-penal se produce cuando, habiéndose iniciado la ejecución del delito, el sujeto pierde la posibilidad segura de revocar el riesgo creado. Aunque en la práctica muchas veces el «inicio de la ejecución del delito» coincidirá con la «consumación jurídico-penal», también son imaginables supuestos de disociación entre ambas fases del *iter* delictivo. La diferencia entre el comienzo de la tentativa jurídico-penal y la consumación jurídico-penal es simplemente cuantitativa. El injusto típico jurídico-penalmente consumado expresa, respecto a la tentativa ya iniciada pero aún no consumada, un mayor grado de intensidad en la defraudación de expectativas normativas. Según esta comprensión, afirmar que en toda tentativa el quebrantamiento de la norma es ya completo (perfecto) no excluye la posibilidad de que dicho quebrantamiento pueda seguir intensificándose hasta llegar a la consumación jurídico-penal y a la consumación físico-natural.

Asimismo, el tránsito cuantitativo que experimenta el injusto típico luego de la consumación jurídico-penal determina que el quebrantamiento inicial de la vigencia de la norma —*provisional* aunque cualitativamente completo— se considere como ruptura *definitiva*. Si luego del inicio de la ejecución y antes de que el sujeto pierda el control sobre la posibilidad segura de revocar el riesgo creado, la infracción de la norma es completa pero *provisional*; luego de que se produce dicha pérdida de dominio, el quebrantamiento —que sigue siendo completo— se torna *definitivo*. La provisionalidad que caracteriza al injusto típico aún no consumado determina la posibilidad de que el sujeto revoque parcialmente el sentido de su comportamiento.

El hecho no debe ser entendido como un mero suceso histórico, sino como un acontecimiento portador de sentido, de significado en la comunicación. La significación definitiva del suceso para la validez de la norma solo puede ser determinada a partir del momento en que el autor se separa o es separado de su hecho. Mientras esto no suceda, la posibilidad de una reversión del sentido comunicativo resulta todavía posible, pues no se tratará de un hecho pasado, sino de un acto comunicativo aún abierto y susceptible de revocación en el presente por parte del propio auto.[47]

---

[47] *JAKOBS, Günther. Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputa-*

Veámoslo con un ejemplo. Mientras realizaba sus labores de limpieza en el despacho de un profesor, el operario encargado de tal tarea encuentra un valioso reloj sobre una de las estanterías de libros. Aprovechando que se encuentra solo, piensa en apropiárselo, ignorando que está siendo observado por los guardias de seguridad a través del sistema de video-vigilancia instalado en las oficinas de la universidad. Variante 1: El operario coge entre manos el reloj pensando en sustraerlo y, luego de observarlo por un momento, lo devuelve a su lugar por temor a ser descubierto y perder el trabajo. Variante 2: El operario no solo coge entre manos el valioso reloj, sino que lo guarda dentro de uno de sus bolsillos. Al terminar su faena de limpieza, y antes de salir del despacho, decide devolver el reloj a su sitio por miedo a ser descubierto.

La diferencia entre ambas variantes es cualitativa. Mientras que en el primer supuesto el comportamiento del operario no excede los contornos de la libertad de acción jurídicamente garantizada, pues externamente su conducta no puede ser socialmente valorada como perturbadora o desestabilizadora de la expectativa de respeto a la propiedad ajena, y ello aunque haya pensado en apropiarse el valioso reloj,[48] en la segunda variante el apoderamiento *provisional* del reloj ya configura un suceso externamente perturbador, al punto que los guardias de seguridad podrían detener al operario en la medida que presencian un hurto en flagrancia delictiva. La devolución del reloj que realiza el operario antes de ser descubierto y antes de abandonar la oficina del profesor impide que el suceso avance hasta la configuración *definitiva* de la tentativa y que permanezca como una *tentativa inacabada voluntariamente desistida.* Mas el desistimiento voluntario del operario no borra el quebrantamiento de expectativas ya producido, sino

ción. 2.ª ed. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, 26/2: «El desistimiento es un comportamiento posterior al hecho, bien entendido que sólo se puede llevar a cabo cuando ya concurre un comportamiento punible (la tentativa). Sin embargo, el desistimiento es un comportamiento posterior al hecho especial en tanto que no tiene lugar tras un hecho concluido, sino que continúa y concluye un comportamiento inconcluso de modo ahora contrapuesto. Lo especial en el desistimiento no es que tenga lugar tras el comienzo de la tentativa, sino que puede aún modificar el comportamiento de la tentativa. El desistimiento es modificación del hecho» [cursivas y texto entre paréntesis en el original].

[48] *Ello es conforme con el principio del hecho, expresado negativamente en la fórmula cogitationis poenam nemo patitur y explicado por* JAKOBS, *Günther. «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico». Trad. de Enrique Peñaranda Ramos. Estudios de Derecho Penal. Op. cit., p. 323, del siguiente modo: «Sin una conducta que sea tanto externa, como perturbadora (esto es: una conducta que se arrogue una organización ajena), no existe razón alguna para efectuar una indagación vinculante del contexto interno del autor y, en particular, del aspecto subjetivo de su conducta» [cursivas y texto entre paréntesis en el original].*

que su retroceso —devolución del reloj— solo puede tener efectos hacia el futuro: no acabamiento de la tentativa, pero de ningún modo puede conferírsele el efecto de convertir en inexistente *algo* que existió. Dicho con palabras de Jakobs, *«únicamente el presente se puede modificar: no cabe resucitar el pasado»*.[49]

El *cierre comunicativo*, momento a partir del cual la conducta es separada de su autor, puede ocurrir de dos modos:[50] (1) *Pérdida o renuncia consciente a las posibilidades de modificación del hecho*. Cada vez que el autor ejecuta una conducta en la suposición de que en virtud de ella concurre un riesgo irreversible y de magnitud relevante de realización del tipo, renuncia simultáneamente en esa medida a una influencia ulterior sobre el acontecimiento y declara como concluida su expresión de sentido; y (2) *Pérdida objetiva de control sobre el hecho*. Ocurre cuando, sin haberlo organizado por sí mismo, la influencia sobre la conducta le es sustraída al autor por una circunstancia externa, independiente de su decisión. Se trata de los casos en que el autor reconoce que la tentativa se ha revelado como inidónea (tentativa fracasada) y los casos en los que el autor advierte —contrariamente a lo planificado— que la posibilidad de reversión se ha revelado inidónea (casos de consumación anticipada, también denominados de «desistimiento malogrado»).

Si luego de haber renunciado conscientemente a las posibilidades de modificar el hecho, o luego de que estas le son sustraídas, el autor recupera el control de los riesgos creados, su retirada voluntaria o renuncia a repetir el intento debe interpretarse como una toma de postura actual y futura, mas no como una reinterpretación de su anterior hecho, cuya modificación ya no es posible, pues este ya pertenece irremisiblemente al pasado.[51]

---

[49] *JAKOBS, Günther. «El desistimiento como modificación del hecho». Op. cit., p. 330 [cursivas en el original].*

[50] *Cfr. Ib., pp. 328-331.*

[51] *Al respecto, existe una encendida discusión doctrinal en torno a estos casos en los que el autor se abstiene voluntariamente de continuar la ejecución luego de una tentativa fracasada. 1. La antigua jurisprudencia alemana adoptó la «teoría del plan del autor». Si el plan del autor se limitaba a un acto concreto y este fracasaba, la renuncia a nuevo emprendimiento que asegure el resultado no se tenía como desistimiento. Por el contrario, si el plan del autor no se limitaba a ningún acto concreto, luego de un fracaso inicial, era posible el desistimiento si se abandonaba la ejecución. Esta perspectiva de análisis fue abandonada por favorecer a los autores con planes alternativos y por asumir un criterio puramente psicológico. 2. Actualmente, la jurisprudencia alemana asume la llamada «teoría de la comprensión global». Según esta tesis, la posibilidad de apreciar un desistimiento voluntario dependía de si el autor, luego del intento fracasado, abandonaba la ejecución a pesar de considerar aún posible la obtención del resultado inicialmente buscado. 3. La «teoría del acto individual», defendida por Jakobs en su versión radical, concibe cada emprendimiento como una tentativa independiente, como una tentativa acabada parcial, de modo que, luego del fracaso, no cabe un desistimiento*

Bajo una comprensión puramente normativa, en la que el derecho penal no se orienta principalmente a la protección de substratos fácticos, el punto de inflexión decisivo que determina la transformación del injusto típico de *tentativa inacabada* a *tentativa acabada* viene dado por el momento en que el sujeto pierde la posibilidad segura de revocar el riesgo de lesión creado para el bien jurídico de que se trate. En un plano ideal, la *tentativa inacabada* empieza cuando el riesgo creado ya tiene el significado de lesión de la vigencia de la norma (es objetivamente imputable), pero aún es dominado completamente por el autor, y termina cuando el sujeto pierde la posibilidad segura de revocarlo. En cambio, la *tentativa acabada* comienza precisamente con la pérdida de dicha posibilidad y termina cuando el comportamiento alcanza el significado de máxima lesión de expectativas penalmente aseguradas; este momento puede coincidir con el acaecimiento del resultado en sentido naturalista. Conforme a esta perspectiva, debe entenderse que la pena conminada en los tipos de la parte especial corresponde a la *tentativa acabada* (consumación jurídico-penal) y que la atenuación obligatoria prevista en el artículo 16 CP91 y en el artículo 62 CP95 está referida a los supuestos de *tentativa inacabada.* Bajo esta comprensión, se explica adecuadamente el mencionado régimen de atenuación obligatoria en materia de tentativa (inacabada), pues, cuando el autor abandona la ejecución o es descubierto antes de perder el control absoluto del suceso, la necesidad de reestabilización es menos intensa que en aquellos casos en los que el riesgo ya no es dominado por su creador.

(iii) Por su parte, la consumación físico-natural puede acaecer en un momento más o menos próximo a la consumación jurídico-penal o bien puede que aquella no llegue a materializarse. Empero, en todo caso, la consumación físico-natural no es decisiva para el acabamiento o perfeccionamiento de la tentativa, sino que tras ella se inicia la fase de agotamiento o terminación del delito. Si se entiende, como en el presente trabajo, que las penas conminadas en los preceptos de la parte especial se refieren a la tentativa acabada, se antoja perfectamente posible la imposición de la pena máxima prevista en un determinado tipo legal en supuestos en los que no se ha producido la consumación físico-natural, pero sí la consumación jurídico-penal del delito. Ello sucederá en los casos en que el comportamiento del sujeto posea el significado de máxima desautorización de la validez de la norma, aunque no haya llegado a producirse el resultado físico-natural del delito por causas ajenas al autor.

---

respecto de los riesgos extintos ya no dominados, mas, si el riesgo creado en un primer momento se frustra, pero el autor mantiene bajo control nuevas posibilidades de lesión, el abandono de su ejecución suprime la relevancia penal del riesgo desplazado.

Esta reelaboración normativa de los conceptos de *tentativa acabada* y *tentativa inacabada* conlleva una ruptura con la distinción —anclada en criterios naturalistas y psicológicos— que tradicionalmente se hace de ambos términos. Como es sabido, la doctrina dominante cifra tal diferenciación en criterios subjetivos, sobre cuya base la tentativa es calificada como inacabada cuando, de acuerdo con la representación del autor, este cree no haber hecho todo lo suficiente para que acaezca consumación, y es calificada como acabada cuando el sujeto se representa como quien ya ha hecho todo lo necesario para que se produzca la consumación físico-natural.[52] Según esta concepción, la única diferencia existente entre el «desistimiento de la tentativa inacabada» y el «desistimiento en la tentativa acabada» es la forma pasiva o activa en que se cumple la reversión del riesgo creado o la evitación del resultado. En la tentativa inacabada, será suficiente un dejar de actuar para apreciar un desistimiento válido, mientras que, en la tentativa acabada, hará falta que el autor realice actos positivos de revocación (el denominado *arrepentimiento activo*).

No obstante, si se parte de la existencia de una identidad normativa entre acción y omisión,[53] la eficacia del «desistimiento voluntario» en una comprensión naturalista de la tentativa acabada e inacabada puede reconducirse a la exigencia de que el sujeto retire de la esfera organizativa arrogada el curso lesivo creado y que, en alguna medida, aún domina, sin importar que, para ello, deba desplegar un enorme esfuerzo físico o simplemente le sea suficiente con abstenerse de seguir actuando.

IV. Sobre el carácter disfuncional de la plena exención de responsabilidad por «desistimiento voluntario» de la tentativa

Si, como se ha visto, el «desistimiento voluntario» siempre acaece luego de que ya ha tenido lugar el quebrantamiento perfecto de la norma, la opción legislativa por una completa exención de pena equivale a afirmar que algo que ya es penalmente relevante deja absolutamente de serlo. En lo que alcanzo a ver, cuando Jakobs afirma que la revocación voluntaria de los riesgos por parte del autor debe interpretarse como modificación de la orientación de su conducta, de forma tal que este puede quedar exento de pena,[54]

---

[52] *JESCHECK, Hans-Heinrich Y Thomas WEIGEND. Op. cit., p. 581.*

[53] *Conforme lo ha demostrado, a mi juicio convincentemente, JAKOBS, Günther. Acción y omisión en derecho penal. Trad. de Luis Carlos Rey Sanfiz y Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Cuadernos de conferencias y artículos, n.º 23. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, passim.*

[54] *JAKOBS, Günther. «El desistimiento como modificación del hecho». Op. cit., p. 345.*

en realidad solo está delimitando el ámbito en que opera el instituto del «desistimiento voluntario» (¡únicamente puede desistirse de un injusto aún no configurado de modo definitivo!). Sin embargo, con ello no viene a legitimarse la consecuencia jurídica prevista para los casos de desistimiento de la tentativa en la regulación alemana vigente, que —al igual que el ordenamiento español y peruano— le confiere efectos de plena exoneración de responsabilidad penal. Esta impresión es fortalecida por la siguiente afirmación que realiza el propio Jakobs en su *Lehrbuch:*

> La modificación del hecho desde luego sólo tiene lugar después de que el hecho se haya hecho avanzar hasta lo punible; este hecho de la tentativa que ha tenido ya lugar no lo puede hacer desvanecerse retroactivamente el desistimiento, que sólo puede quitarle al hecho su univocidad para el futuro. Dado que, aunque el autor no deja que la tentativa llegue a la consumación, sin embargo antes la ha puesto en marcha, mediante el desistimiento no se gana gratificación alguna frente al *status quo ante,* sino que *el desistimiento no puede hacer como que no ha ocurrido la mácula de que la tentativa existió en algún momento.* Cuando el autor se preocupa por la cesación inmediata de la tentativa, ello no supone ningún merecimiento especial, sino nada más que el cumplimiento de un deber. *La plena impunidad en el Derecho vigente sólo cabe explicarla, dada esta situación, por el afán del legislador de no cortar la retirada mediante la conminación penal.*[55]

El sujeto que desiste no *anula* el carácter injusto que impregnó a su hecho al momento de comenzar la ejecución del delito (inicio de la tentativa), sino que, en la medida que activa la posibilidad de revocación que se reservó de modo seguro al iniciar la ejecución, impide que su injusto provisional se convierta en definitivo. Al tratarse de un hecho actual (comunicativamente abierto) y no pasado, la tentativa no fracasada aún es susceptible de modificación *parcial* por medio del «desistimiento voluntario», pero no de modificación *completa.* En cuanto el resto de injusto provisional no puede ser borrado, los supuestos de «desistimiento voluntario» no deberían ser distinguidos con la impunidad, sino con una pena (o su equivalente funcional) más benigna que la correspondiente a la tentativa no desistida.

En la medida en que el sujeto sigue siendo destinatario de expectativas normativas negativas (consistentes en «no terminar de dañar») en la fase que va desde el inicio de la tentativa hasta su conclusión o acabamiento, el «desistimiento voluntario» debe ser interpretado como un acto debido vinculado a deberes de aseguramiento de la propia esfera organizativa. Una vez

---

[55] JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Op. cit., 26/2 [cursivas añadidas].*

que ha concluido la tentativa (cuando el control sobre el hecho ha sido abandonado por el sujeto o le ha sido sustraído por factores externos), el agente solo es destinatario de expectativas positivas (dirigidas a «evitar la consumación») expresadas en deberes de salvamento, cuyo cumplimiento o infracción expresan respectivamente una menor o mayor objetivación del quebrantamiento de la norma. Si se cumplen los deberes de salvamento, no se intensifica el quebrantamiento pasado, pero tampoco se disminuye. Por su parte, la infracción de dichos deberes de salvamento por parte del agente debe interpretarse como intensificación del injusto típico; de esta forma, se puede llegar a imponer en tal caso la pena máxima conminada en el correspondiente precepto de la parte especial.

La determinación del contenido de los deberes que se dirigen al autor con posterioridad al hecho (al perfeccionamiento o acabamiento de la tentativa), así como los efectos jurídico-penales de su incumplimiento, es una de las tareas pendientes en el sistema funcional normativista desarrollado por Jakobs. En este sentido, Rey Sanfiz ha puesto en evidencia que dicho esquema necesita de un desarrollo más detallado en lo referente a los distintos grados de objetivación de la ruptura de la norma como aumento cuantitativo del injusto, desde su primera objetivación hasta la consumación, incluido el resultado en sentido naturalista.[56] Por su parte, Ragués i Vallès ha destacado que la determinación del *quantum* de la pena constituye una de las principales debilidades de los partidarios del concepto comunicativo de injusto.[57]

Como se ha visto en el epígrafe II, las teorías que buscan fundamentar los efectos exoneratorios del «desistimiento voluntario» suelen invocar consideraciones de *utilidad social*. A esta idea subyace una comprensión naturalista del derecho penal, bajo la que se le concibe como instrumento orientado

---

[56] *Rey Sanfiz, Luis Carlos. La tentativa jurídico-penal. Acercamiento al tratamiento doctrinal del fundamento de los criterios de imputación entre naturalismo y normativismo. Op. cit., pp. 100- 104. Otras de las críticas que formula esta autor a los planteamientos de Jakobs en materia de tentativa es la remisión al plan del autor para determinar si el sujeto domina o no los riesgos creados, aunque debe mencionarse que dicha remisión constituye una exigencia impuesta de lege lata por la definición de tentativa del §22 StGB. Empero, conforme expone Rey Sanfiz, la concreción del principio según el cual el autor no debe ejecutar mediante su comportamiento un riesgo no permitido que le es reconocible debería llevar a conferir únicamente relevancia en la determinación de un injusto de tentativa funcional a los conocimientos imputados o atribuidos a la concreta persona del autor, de modo que no debería ser necesario partir del plan ni de los conocimientos o pronósticos individuales del autor, ni de su resolución de consumar el delito, sino exclusivamente de los conocimientos atribuidos a la persona con independencia de que concurran efectivamente en el individuo.*

[57] *Ragués i Vallès, Ramón. «Tres grandes dilemas de la dogmática penal del siglo XXI». Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, n.º 2, 2001, pp. 523-547.*

a prevenir la destrucción de objetos de la naturaleza preexistentes al hombre y cuyo paradigma de sujeto es el *homo oeconomicus* que solo opera guiado por criterios de racionalidad instrumental; que sopesa los beneficios que le reportaría la perpetración del hecho delictivo con los perjuicios de la probable imposición de una pena; y que —como tal— su comportamiento debe ser encauzado o dirigido coercitivamente por las normas penales, sea disuadiéndolo mediante la amenaza de sanción o incentivándolo mediante dispositivos eximentes de responsabilidad.[58] Desde esta perspectiva, la oferta de impunidad contenida en el precepto que regula el «desistimiento voluntario» no es más que una forma de incentivar el cumplimiento de un deber, consistente en abandonar la ejecución o evitar el menoscabo del sustrato físico del bien jurídico contra el que ha dirigido la conducta del autor.

En el modelo metodológico naturalista de derecho penal, el autor del delito es tomado en su facticidad y en su realidad psicofísica, como ser abstraído de su contexto social, de modo que las relaciones intersubjetivas son interpretadas en sentido empírico o mecánico-causal.[59] En términos de la filosofía kantiana, se trata del *homo phaenomenon*, cuyo comportamiento es exclusivamente explicado por medio del código básico de satisfacción/insatisfacción de las propias preferencias y que interactúa en un sistema social concebido como mera agrupación de múltiples sistemas individuales, en el que únicamente existen mundos respectivamente propios que deben ser administrados por cada uno y ningún mundo en común a todos.[60]

En tal modelo, se comporta *racionalmente* quien en sus interacciones busca la maximización de su satisfacción, calculando costes y beneficios. En la medida en que el comportamiento esperado es aquel que está en conexión

---

[58] *Para una descripción crítica del modelo naturalista de derecho penal, véase* JAKOBS, *Günther. «¿Cómo protege el derecho penal y qué es lo que protege?. Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma». Trad. de Manuel Cancio Meliá. En Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Madrid: Civitas, 2003, pp. 47-73, en la que advierte que «el Derecho no es un muro protector colocado alrededor de los bienes, sino que es una relación entre personas» (p. 61) y que, «si la pena sólo fuera un amaestramiento por intimidación, ¿para qué el principio de culpabilidad, que es tenido en cuenta por cualquier derecho penal moderno cultivado?» (p. 50).*

[59] LESCH, *Heiko Hartmut. Injusto y culpabilidad. Trad. de Ramon Ragués i Vallès. Cuadernos de conferencias y artículos, n.º 27. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 7-21.*

[60] REY SANFIZ, *Luis Carlos. «Observación naturalista del derecho penal». En Jacobo López Barja de Quiroga* Y *José Miguel Zugaldía Espinar (coords.). Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo. T.* I. *Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2004, pp. 749-764. Asimismo, cfr.* JAKOBS, *Günther. Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Trad. de Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 2003, pp. 18-25.*

con la naturaleza egocéntrica del sujeto y no aquel que obedece a una racionalidad valorativa, el resto de individuos orientan su propia conducta sobre la base de expectativas cognitivas. Coincido con quienes consideran que, en el ámbito del derecho penal, la concepción del sujeto como *homo oeconomicus* supone una visión empírica de carácter psicológico-social simplificadora e imperfecta de la realidad, pues la imagen de un maximizador racional y egoísta de ventajas soslaya la dimensión valorativa inherente a la identidad histórica del individuo dentro del derecho.[61] En definitiva, bajo tal concepción, se trata al sujeto «*como cuando se le muestra un palo a un perro, y el hombre, por su honor y su libertad, no debe ser tratado como un perro*».[62] Esta especie de esquizofrenia del derecho penal naturalista alcanza niveles patológicos en el ámbito de las teorías preventivas de la pena de corte tradicional, cuya cara más amable reivindica los derechos fundamentales del hombre (especialmente la dignidad humana), a la vez que trata al sujeto como pedazo de naturaleza que necesita de incentivos y directivas y ante cuya inobservancia debe ser instrumentalizado mediante la imposición de un castigo.[63]

Por el contrario, el sujeto observado a través de un lente puramente normativo se convierte en una persona constituida por su fidelidad al ordenamiento jurídico, que no necesita de incentivos para adecuar su comportamiento al derecho, pues la disposición a la fidelidad jurídica es inherente a su condición de sujeto imputable.[64] Partiendo de que las expectativas normativas carecen de autoresistencia frente a su defraudación, de modo que la reestabilización de su vigencia requiere de la imposición de una pena estatal o de su equivalente funcional,[65] el sujeto debe ser concebido con la carga de asegurarse por sí mismo la disponibilidad para el seguimiento de las normas.[66] Bajo tal comprensión normativa del sujeto, aquí compartida, no encuentra acomodo una pretendida exención completa de pena por «desistimiento voluntario» de la tentativa.

---

[61] *Rey Sanfiz, Luis Carlos. «Observación naturalista del derecho penal». Op. cit., p. 756.*

[62] *Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. Principios de la filosofía del derecho. Trad. de Juan Luis Vermal. 2.ª ed. Barcelona: Edhasa, 1999, § 99, p. 187.*

[63] *Véase Lesch, Heiko Hartmut. La función de la pena. Op. cit., pp. 38-71.*

[64] *Sobre tal concepción de persona, véase Pérez del Valle, Carlos. «La persona del derecho penal en la filosofía del derecho de Hegel». En Jacobo López Barja de Quiroga y José Miguel Zugaldía Espinar (coords.). Op. cit., pp. 625-644.*

[65] *Sobre las características de las expectativas normativas en derecho penal en contraposición a las expectativas cognitivas, véase Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier. «Algunas referencias de historia de las ideas, como base de la protección de expectativas por el derecho penal». En Cuadernos de Política Criminal, n.º 71, 2000, pp. 391-423.*

[66] *González Rivero, Pilar. «Imputación jurídico-penal en estado de defecto». En Jacobo López Barja de Quiroga y José Miguel Zugaldía Espinar (coords.). Op. cit., p. 263 y ss.*

Efectivamente, conforme con esta perspectiva, una vez que el quebrantamiento de las expectativas alcanza niveles de intolerabilidad jurídico penal (¡y ello siempre ocurre con el inicio de la tentativa!), dicha defraudación solo puede intensificarse o dejarse de intensificar con el comportamiento posterior del sujeto, pero lo que ya ha sido valorado como penalmente insoportable no puede reducirse o disminuirse a niveles de tolerabilidad, pues, al desistir de la continuación de la tentativa vía abandono de la ejecución (antes de que esta se perfeccione) o al evitar el acaecimiento del resultado naturalista del delito (luego del perfeccionamiento o acabamiento de la tentativa), el sujeto cumple respectivamente un deber de aseguramiento o de salvamento. El denominado «desistimiento voluntario» es un acto debido, no un acto supererogatorio que merezca ser premiado. Dicho carácter y, por consiguiente, lo discutible del otorgamiento de consecuencias beneficiosas a tal instituto jurídico-penal ha sido destacado en la doctrina española por Silva Sánchez:

> Resulta discutible que el modelo de regulación por el que se ha optado sea el más adecuado. En efecto, para plantear coherentemente la solución de cualquier problema en relación con la figura del desistimiento de la tentativa lo primero que habría que poner de relieve es que el desistimiento es, por encima de otra consideración, casi siempre un «acto debido» (un curso salvador generalmente obligatorio): El desistimiento pasivo está, a tales efectos, regido por la norma que proscribe la tentativa ya iniciada; el desistimiento activo, en cambio, por una norma de mandato cuya infracción hace al sujeto responsable de un delito de omisión. Tratándose de un acto debido, cuya no realización conlleva ulteriores infracciones normativas, está claro que la atribución de consecuencias beneficiosas adicionales al sujeto que desiste es discutible.[67]

La razón por la que una tentativa voluntariamente desistida es sancionada con menor pena que un injusto que alcanza la consumación jurídico-penal reside en que el hecho del autor no puede ser interpretado como negación *definitiva* de las expectativas normativas inicialmente quebrantadas de modo *provisional*, puesto que, al abandonar la ejecución o evitar la consumación jurídico-penal —siempre que el sujeto se haya reservado con seguridad dicha posibilidad al momento de iniciar la ejecución—, el autor imprime inequívocamente un cambio de sentido al hecho. Por ello, el «desistimiento voluntario» no debe concebirse como equivalente funcional a la

---

[67] *Cfr.* SILVA SÁNCHEZ, *Jesús María. «La regulación del iter criminis». Op. cit., p. 141. La matización relativa a que el desistimiento se trataría casi siempre de un acto debidoobedece a que —a juicio del profesor Silva Sánchez— dicho carácter obligatorio puede quedar restringido en algunos supuestos por consideraciones de exigibilidad (p. 141, nota 362).*

pena, pues no se trata de una reacción contrafáctica que reestablezca la vigencia de la expectativa anteriormente quebrantada, sino que, más bien, debe concebirse como *causa que impide la configuración definitiva del injusto típico*.

Esta comprensión del «desistimiento voluntario» permite distinguir nítidamente sus efectos de aquellos que producen los subinstitutos liberadores de la imputación objetiva (riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso e imputación a la víctima). Valorativamente, no es lo mismo un comportamiento que ya superó el umbral de intolerabilidad penal, aunque al momento de realizarlo el sujeto se reserve la posibilidad segura de revocación, que uno que nunca expresó sentido contrario a la vigencia de expectativas normativas. La conducta de quien inicia una tentativa que domina plenamente y luego desiste no merece la misma valoración que aquella de quien siempre se mantuvo dentro del riesgo permitido. Solo en este último caso la adecuación de la conducta a los contornos de la libertad jurídicamente garantizada determina que el hecho sea —*ab initio*— jurídico-penalmente irrelevante, mientras que, en el primer supuesto, el abandono voluntario de la ejecución o la evitación del resultado únicamente expresa la menor intensificación de un quebrantamiento normativo ya producido, aunque solo lo haya sido provisionalmente.

Con la regulación actualmente vigente en materia de «desistimiento voluntario», se premia a quien cumple con su deber. Aplicando lo dispuesto en el artículo 18 CP91 a supuestos estructuralmente similares al del mencionado caso del hospital, debería sancionarse únicamente por lesiones —y no por tentativa de homicidio— al marido que, luego de infligirle una brutal paliza a su mujer, siendo consciente de la gravedad que para la vida de su cónyuge entrañaban los golpes propinados, la socorre y acompaña al interior de un centro médico, donde esta recibe atención y es salvada de morir. Y ello debe ocurrir aunque la mujer se haya salvado por azar o por la habilidad de los médicos que la atendieron. En los casos que presentan esta dinámica comisiva, el ordenamiento exige que el juez condene por un delito (lesiones) que ni objetiva ni subjetivamente tuvo en consideración el sujeto al momento de actuar y no por el tipo penal que fue objetiva y subjetivamente configurado desde un inicio por el autor (parricidio en grado de tentativa).

A mi juicio, la derogación del instituto del «desistimiento voluntario» permitiría que la valoración jurídico-penal del suceso fuera coincidente con el esquema de interpretación social imperante, de modo tal que, si el autor de la paliza consideró como no improbable la producción instantánea de la muerte de su esposa, el control sobre el riesgo de un homicidio instantáneo por la acción ejecutada ha de considerarse irremisiblemente perdido al finalizar la

golpiza. El posterior comportamiento de salvación —exitoso— no puede modificar su anterior intento de homicidio instantáneo, de manera que la valoración jurídico-penal del hecho como parricidio en grado de tentativa no podrá ser modificada, aunque el marido acompañe a su mujer hasta el interior del hospital y contrate los servicios del mejor médico e, incluso, aunque se ofrezca como donante de sangre. Antes bien, el comportamiento posterior a la golpiza debe ser valorado como cumplimiento de deberes de salvamento y debe tomarse en consideración en fase de determinación judicial de la pena, en la que corresponde graduar la intensidad con que se ha objetivado la defraudación de expectativas vinculadas, en este caso, al respeto de la vida ajena.

La utilización de recursos escasos en telecomunicaciones: el caso del espectro radioeléctrico y la numeración

Diego Zegarra Valdivia*

Introducción

La oferta de un conjunto de servicios vinculados a la actividad de telecomunicaciones involucra la instalación de fibra óptica, antenas, cableado, etc., es decir, toda la infraestructura y equipos de los que son necesarios disponer. Todo ello está estrechamente vinculado con el uso del dominio público (sea espacial o terrestre) o de otro tipo de recursos sobre los cuales podrán darse habilitaciones administrativas para su uso privativo, con el fin de favorecer el despliegue tecnológico que sea necesario y de que se garantice la operatividad del servicio público de telecomunicaciones.

Los operadores de telecomunicaciones tienen la posibilidad de ejercer una serie de derechos de uso de aquellos recursos que son indispensables para el desarrollo de la actividad. El ejercicio de estos derechos está vinculado con una serie de obligaciones establecidas vía ley, cuya supervisión se encuentra a cargo de la Administración sectorial, la cual está en calidad de titular de los bienes que son afectados al uso, por ser ella quien ejerce competencias en la gestión de dichos recursos.

Sobre la base de las consideraciones generales antes expuestas, se ha planteado, como objetivo del presente trabajo, el estudio de los principales aspectos jurídicos vinculados a la utilización de recursos, como el espectro radio eléctrico y la numeración en la actividad de las telecomunicaciones, así como de las implicancias que derivan de su carácter escaso, que hacen

* *Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante. Master en Derecho de las Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información por la Universidad Carlos III de Madrid. Especialista en Derecho de la Competencia de la Unión Europea. Profesor ordinario de la Pontificia Universidad Católica del Perú.*

indispensable su racionalización por parte de la Administración sectorial, y que se traducen en la necesaria garantía del uso eficiente de los mismos y la igualdad de su aprovechamiento.

I. El espectro radioeléctrico

1. Consideraciones generales

Una gran parte de los servicios de telecomunicaciones que se prestan requiere el uso de ondas radioeléctricas como vehículo de transmisión de las comunicaciones. Así, dentro del género *telecomunicaciones*, se sitúa una especie de servicios en particular que integran las *radiocomunicaciones*.[1] «Se trata básicamente de sistemas de transmisión mediante microondas que utilizan el espectro radioeléctrico en mayor o menor medida».[2]

Técnicamente, el espectro radioeléctrico es el espacio donde se propagan las ondas radioeléctricas; en este sentido, se define como aquella parte del espectro electromagnético que abarca desde los 9 kilohertzios hasta los 3.000 gigahertzios y cuya utilización para aplicaciones de radiocomunicaciones está regulada por acuerdos internacionales celebrados en el marco de la Unión Internacional de Telecomunicaciones,[3] lo que significa que la legislación interna del Perú se encuentra sometida a esta normativa internacional.

La Ley de Telecomunicaciones peruana (en adelante LTel)[4] define el espectro radioeléctrico como un «recurso natural de dimensiones limitadas que forma parte del patrimonio de la Nación».[5] Se trata, entonces, de un

---

1 *MOLINA, A. Las antenas de telefonía móvil. Su régimen jurídico. Navarra: Aranzadi, 2002, p. 57.*

2 *Ib. Como precisa el autor, en estos sistemas se presentan tanto los servicios de difusión punto-multipunto como los servicios bidireccionales punto-punto.*

3 *SANCHEZ BLANCO, M. «La regulación del uso del espectro radioeléctrico». En J. Cremades (coord.). Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid: La Ley-Actualidad-Ministerio de Fomento, 1997, p. 796.*

4 *Decreto supremo 013-93-TCC, de 28 de abril de 1993, Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones.*

5 *Al respecto, véase el artículo 57 de la LTel y el artículo 206 del decreto supremo 027-2004-MTC, de 9 de julio de 2004, Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones (en adelante Riel). Al igual que la derogada ley 11/1998, Ley General de Telecomunicaciones española, la LTel no establece el objeto del espectro radioeléctrico (objeto de demanio); sin embargo, en las definiciones del Plan Nacional de Atribución de Frecuencias (PNAF), aprobado por resolución ministerial 187-2005-MTC-03, de 1 de abril de 2005, se establece:*

recurso natural escaso en la medida en que las posibilidades de ocupación de este son limitadas.[6] Esta característica se ve acentuada por dos circunstancias. Por un lado, el hecho de que cada frecuencia presente unas propiedades físicas (ancho de banda, atenuación de señal, etc.) supone que determinadas bandas de frecuencias solo puedan ser utilizadas para servicios concretos y que pueda generarse una gran demanda de distintos servicios para ocupar una misma banda.[7]

Por otro lado, los avances tecnológicos han hecho que los servicios dependientes del uso del espectro radioeléctrico se hayan multiplicado,[8] de forma que el aumento de capacidad del espectro es directamente proporcional con un aumento del uso del mismo.[9]

Ante la escasez del espectro radioeléctrico —agravada por la especificidad de determinadas bandas para el uso de ciertos servicios y la demanda cada vez mayor de servicios que se basan en el uso del espectro—, cobra gran relevancia su regulación y planificación, y, como veremos más adelante, el uso racional y eficiente del espectro radioeléctrico y de la asignación de frecuencias dependerá de la capacidad de la Administración sectorial para ordenarlo y gestionarlo.[10]

Por este motivo, es necesario que exista una coordinación internacional sobre el uso del espectro, coordinación que es llevada a cabo por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT).[11] Dicho organismo elaboró, a modo de principal instrumento de regulación, el Reglamento de Radiocomunicaciones (Ginebra, 6 de diciembre de 1979), cuya revisión y actualización es

---

«Artículo 1. Términos y definiciones. Sección 1.

Términos generales […]
1.4 Ondas radioeléctricas u Ondas Hertzianas: Ondas electromagnéticas, cuya frecuencia se fija convencionalmente por debajo de 3000 GHz que se propagan por el espacio sin guía artificial».

6 *MOLINA, A. Op. cit., pp. 57-58.*

7 *MARZO, J. «El dominio público radioeléctrico». En C. Chinchilla (coord.). Telecomunicaciones: Estudios sobre Dominio Público y Propiedad Privada. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 151.*

8 *Ib.*

9 *TORRES, M. A. Las comunicaciones móviles y su régimen jurídico. Especial tratamiento de la telefonía móvil. Madrid: Civitas, p. 146.*

10 *En este punto, seguimos el planteamiento de MARZO, J. Op. cit., pp. 151-152; en esta misma línea, véase SANCHEZ BLANCO, M. Op. cit., pp. 798-799.*

11 *Como precisa SANCHEZ BLANCO, M. Op. cit., p. 816, «con objeto de facilitar la cooperación internacional en materia de telecomunicaciones, los países participantes en la Conferencia de Madrid de 1932, decidieron crear una organización internacional única a la que se le dio el nombre de Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), regulada por un único Convenio Internacional de Telecomunicaciones, complementado por los reglamentos Telegráfico, Telefónico y de Radiocomunicaciones».*

permanente en el seno de la UIT por medio de las conferencias de las radiocomunicaciones, en las que se revisan el Reglamento y cualquiera de los planes correspondientes (frecuencias).[12]

2. Sobre la naturaleza demanial del espectro radio eléctrico

En lo que respecta a la naturaleza demanial del espectro radioeléctrico, esta llama la atención, ya que no deja de ser anómala en la medida que el aire en sí mismo no es dominio público, sino el soporte de las ondas; sin embargo, pueden existir distintas razones por las cuales el espectro radioeléctrico tiene carácter demanial.

En su momento, como sostiene Fernando Pablo, «la necesidad de proclamar la llamada «demanialización herziana» fue sentida por el socialismo francés como medio de retener las necesarias potestades públicas para ordenar un panorama audiovisual en constante cambio».[13]

Para Chinchilla,

> [...] superada la concepción clásica del demanio que lo identificaba exclusivamente con el título de propiedad hay que concluir que si bien la extravagancia del objeto —refiriéndose al espectro radioeléctrico— impide considerarlo como una propiedad del Estado, nada se opone a que venga definido como una *zona de competencia demanial* del mismo, en el sentido de título de intervención con el que el Estado pretende garantizar un uso ordenado y eficaz del bien.[14]

En el caso del Perú, podemos entender, desde un punto de vista dogmático, que la racionalidad de la demanialización del recurso tiene que ver con la configuración de potestades de intervención de la Administración sectorial, lo que supone, además, que se pueda cumplir con la finalidad de que dichas potestades sean utilizadas para que se sirva con utilidad los intereses generales.[15]

---

[12] *Al respecto, véase* SANCHEZ BLANCO, *M. Op. cit., p. 816.*

[13] FERNANDO PABLO, *M. M. «Dominio Público Radioeléctrico» En E. Garcia de Enterria y T. de la Quadra (coords.). Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones. Madrid: Civitas, 1999, p. 535.*

[14] CHINCHILLA, *C. La radio-televisión como servicio público esencial. Madrid: Tecnos, 1988, p. 141.*

[15] *En este punto, seguimos el planteamiento de* GONZALEZ, *J. V. La titularidad de los bienes del dominio público. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 1998, p. 58; véase también* SANZ MORENO, *F. «El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza, cincuenta años después de la fundación de la "Revista de Administración Pública"». Revista de Administración Pública, n.º 150, septiembre-diciembre, 1999, pp. 477-514.*

Asimismo, con la publificación de espectro radioeléctrico, la Administración asume competencias de obligado ejercicio que tienden a la protección del mismo[16] y cuya finalidad radica en preservar su existencia, disponibilidad y el servicio que con él se presta a la satisfacción de los intereses generales.[17] En esta línea, el artículo 57 de la LTel ha dispuesto que la administración y gestión del espectro radioeléctrico corresponda al Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante MTC); para ello, este organismo deberá atenerse no solo a la normativa sectorial nacional, sino también a las normas de ámbito internacional, «lo cual es absolutamente necesario debido a la especial naturaleza del espectro, que no respeta las fronteras nacionales y no admite límite alguno».[18]

En el ámbito de la Unión Europea,[19] la reciente decisión 676/2002/CE, de 7 de marzo de 2002, sobre un marco regulador de la política de espectro radioeléctrico en la Comunidad Europea (Decisión Espectro Radioeléctrico), definió el espectro radioeléctrico como «las ondas radioeléctricas en las frecuencias comprendidas entre 9 Khz. y 3000 GHz; las ondas radioeléctricas son ondas electromagnéticas propagadas por el espacio sin guía artificial».[20]

En el caso de España, con la ley 32/2003, Ley General de Telecomunicaciones, si bien se traspuso la Decisión Espectro Radioeléctrico, en opinión de Calvo y Sanmartin,[21] se buscó, además, solventar aquellos problemas

---

16 *En este mismo sentido, véase* MOLINA, A. *op. cit., p. 59.*

17 *Hemos adecuado el planteamiento de* PAREJO ALFONSO, L. *«Domino público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general». Revista de Administración Pública, n.os 100-102, p. 2379 y ss. al carácter escaso del espectro radioeléctrico.*

18 CALVO, A. y J. SANMARTIN. *«Artículo 43.- Gestión del Dominio Público Radioeléctrico». En J. Cremades y J. Rodriguez-Arana (dirs.). Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones. Madrid: La Ley, 2004, p. 582.*

19 *Como se precisa en* GRETEL. *Nuevo Diseño Europeo de las Telecomunicaciones, el Audiovisual e Internet. Madrid: Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación, 2002, p. 250, «el interés por una regulación del espectro radioeléctrico en el ámbito comunitario es reciente. Hasta el año 98 en que se publica el Libro Verde sobre Política de Frecuencias, la regulación europea se centra en el impulso de decisiones ligadas al desarrollo de servicios en el contexto de creación de un mercado paneuropeo de servicios de telecomunicaciones que sirviese al mismo tiempo para el fortalecimiento de la industria europea del sector. Es a partir del año 98 cuando, en el ámbito de la liberalización plena iniciada en enero de ese año, el espectro radioeléctrico cobra mayor importancia, al configurarse como el único recurso capaz de determinar limitaciones en el número de licencias que pueden concederse para el desarrollo de determinadas redes y servicios, a la vez que usuarios y operadores incrementan sus peticiones y necesidades sobre servicios de telecomunicaciones vía radio».*

20 *Al respecto, véase el artículo 2 de la Decisión Espectro Radioeléctrico.*

21 CALVO, A. y J. SANMARTIN. *Op. cit., p. 580.*

dogmáticos de los que adolecía la anterior ley[22] (derivados tanto de la titularidad del dominio radioeléctrico como de su objeto) al establecerse, de forma expresa, que el Estado es el titular del espectro radioeléctrico y al considerar que este es un bien de dominio público, así como también al fijar como su objeto las ondas radioeléctricas emitidas en determinadas frecuencias.[23]

Laguna de Paz realiza un interesante cuestionamiento de la demanilización del espectro radioeléctrico en el contexto actual de liberalización de los servicios de telecomunicaciones en el ámbito de la Unión Europea. Al respecto, el citado autor considera que, si bien el dominio público garantiza una protección particularmente intensa del bien así como su afectación al uso o servicio público, excluyéndola del tráfico privado ordinario, sin embargo, el legislador puede prescindir del dominio público para buscar títulos de intervención como se hacía antes y «reconocer el carácter de *res communis omnium* del espectro radioeléctrico y, al mismo tiempo, poner en manos de la Administración cuantas potestades sean precisas para la regulación y ordenación del recurso y a sus aprovechamientos».[24]

Ya Fernando Pablo había sostenido, en el caso español, que «el título que justifica la intervención estatal en el espectro de frecuencias no era el dominio público, sino que se trataba de una reserva derivada del artículo 128 de la Constitución española, consistente en la competencia exclusiva sobre la adjudicación de las frecuencias, sin que ello conlleve su demanialización».[25]

En la línea del planteamiento expuesto, coincidimos con Laguna de Paz que existe una serie de presupuestos mínimos que deben ser observados en cuanto a la ordenación normativa del espectro radioeléctrico:[26]

- Debe favorecerse, hasta donde lo permitan las condiciones económicas, de salud, seguridad y sociales, su uso libre, no sujeto a autorización administrativa previa.
- La planificación del uso del espectro radioeléctrico debe estar sometida a permanente revisión —sin por ello descartar cambios en la asignación

---

22 *Véase* FERNANDO PABLO, *M. M. Op. cit., p. 533-540.*

23 *Al respecto, véase el artículo 43.1 de la ley 32/2003. Lo cierto es que ya la sentencia del Tribunal Constitucional español 12/1982, de 31 de marzo (RTC 1982, 12) había declarado, pese a la inexistencia de una publicatio legal sobre el espacio radioeléctrico, su carácter demanial.*

24 LAGUNA DE PAZ, *J. C. Telecomunicaciones: Regulación y Mercado. Navarra: Aranzadi, 2004, p. 113; en este mismo sentido, véase* ARIÑO, *G. El proyecto de ley sobre televisión privada. Madrid: IEE, 1987, p. 105.*

25 FERNANDO PABLO, *M. M. «Sobre dominio público radioeléctrico: espejismo y realidad». En Revista de Administración Pública, n.º 143, mayo-agosto, 1997, pp. 107-147.*

26 LAGUNA DE PAZ, *J. C. Op. cit., p. 114.*

de frecuencias— para, de esa manera, garantizar una eficiente distribución de usos.

- Hay que respetar la garantía patrimonial de las concesiones o autorizaciones demaniales, ya que dicha estabilidad es la seguridad jurídica que los operadores requieren para seguir efectuando inversiones en el sector.
- Se debe considerar la ordenación del espectro radioeléctrico dentro de su carácter instrumental, para que su razón de ser sea garantizar la disponibilidad de frecuencias para los distintos tipos de servicios y su plena operatividad, mas no buscar ingresos financieros.

Finalmente, dentro del marco de las disposiciones generales de la ley 32/2003, se ha establecido que la competencia respecto de la administración, gestión, planificación y control del espectro radio eléctrico — a diferencia de lo que ocurre en el Perú— no es exclusiva del Ministerio del sector, sino que, además del mismo, se considera que asumen competencias en esta materia la entidad de regulación, es decir, la CMT, y la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones, creada con la nueva Ley.[27]

Este último aspecto se debe tomar en cuenta, porque el ejercicio de competencias administrativas en torno al espectro radioeléctrico en los distintos organismos que forman parte de la Administración de telecomunicaciones permite luego elaborar políticas más acordes con las necesidades del sector, ya que — siguiendo la filosofía de la Decisión Espectro Radioeléctrico— es necesario tener clara la importancia que tiene trascender los aspectos técnicos del espectro radioeléctrico y vincularlos con aquellos de carácter económico, cultural, sanitario, de seguridad y sociales. De esa forma, se garantizaría su equitativa asignación, su racional utilización y su uso eficiente, de manera que pueda cumplirse con los fines de interés general que derivan de su carácter demanial.

3. La habilitación administrativa para el uso del espectro radioeléctrico

El carácter de recurso escaso del espectro puede considerarse como uno de los condicionantes de que su régimen de aprovechamiento esté estructurado de tal forma que se relacione con el otorgamiento de un título habilitante para la prestación de un servicio público.

Por lo general, la técnica de intervención o título habilitante que se ha utilizado es la concesión, por ser este un recurso escaso; sin embargo, esta es una cuestión del todo aleatoria, ya que la técnica de intervención puede ser otra.

---

[27] *Al respecto, véanse los artículos 46-48 de la ley 32/2003.*

Al respecto, en la línea de cuestionamiento general a la figura de la concesión administrativa, consideramos que, en la medida que el procedimiento para otorgar el espectro radioeléctrico sea el de un concurso público, es decir, uno en el que se garantice la transparencia y la igualdad del aprovechamiento del recurso, entonces podrá prescindirse de la concesión.

En el caso del Perú, el derecho de uso del espectro radioeléctrico está directamente vinculado con el otorgamiento de una concesión o de una autorización administrativa,[28] dependiendo del tipo de servicio de telecomunicaciones que se preste. La asignación[29] de una determinada porción del espectro se realizará mediante resolución de la administración sectorial, sobre la base de lo que se establezca en el Plan Nacional de Asignación de Frecuencias (PNAF).[30] Al respecto, la cláusula 15 del contrato de concesión para la prestación de servicio portador y servicio telefónico local en las ciudades de Lima y Callao suscrito entre el Estado peruano y la CPTSA establece:[31]

> CLAUSULA 15. USO DEL ESPECTRO RADIO ELECTRICO
>
> La concesión también comprende la autorización de uso de las frecuencias y bandas de frecuencias que tiene asignada la EMPRESA CONCESIONARIA a la FECHA EFECTIVA para la prestación de los SERVICIOS PORTADORES y FINALES, comprendidos en este CONTRATO, y tendrá derecho también a obtener en el futuro, previa solicitud al MINISTERIO, las autorizaciones respectivas para el uso de frecuencias y bandas de frecuencias que adicionalmente requiera

---

[28] *Al respecto, véase el artículo 210 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones.*

[29] *Al respecto, véase el artículo 209 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones.*

[30] *Aprobado por resolución ministerial 187-2005-MTC-03, de 1 de abril de 2005. De acuerdo con lo dispuesto en la Sección II de la citada resolución, es necesario distinguir los siguientes conceptos:*

«2.1 Atribución (de una banda de frecuencias): inscripción en el Cuadro de atribución de bandas de frecuencia, de una banda de frecuencias determinada, para que sea utilizada por uno o varios servicios de Radiocomunicación terrenal o espacial o por el servicio de radioastronomía en condiciones especificadas. Este término se aplica también a la banda de frecuencias considerada.

2.2 Adjudicación (de una frecuencia o de un canal radioeléctrico): inscripción de un canal determinado en un plan, adoptado por una conferencia competente, para ser utilizado por una o varias administraciones para un servicio terrenal o espacial en uno o varios países o zonas geográficas determinadas y según condiciones especificadas.

2.3 Asignación (de una frecuencia o de un canal radioeléctrico): autorización que se da para que una estación radioeléctrica utilice una frecuencia o un canal radioeléctrico determinado en condiciones especificadas».

[31] *Contratos de Concesión con CPT S. A. ENTEL PERU S. A. (Hoy Telefónica del Perú S. A. A.). Lima: Ed. Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones-OSIPTEL, 2001, p. 236.*

> para la prestación de los servicios públicos materia de concesión. La EMPRESA CONCESIONARIA tendrá derecho a participar en los procedimientos futuros aplicables relativos a la asignación de frecuencias a fin de alcanzar los REQUISITOS DE EXPANSION DE RED establecidos en la Sección 8.05.

En España, aunque el antiguo régimen de títulos habilitantes para el acceso a la prestación de servicios de telecomunicaciones fue sustituido por uno que sigue la filosofía de intervención mínima del ámbito comunitario y al que se denomina autorización general —que, en realidad, es una técnica de control preventivo—, dicho cambio no se ha producido con los títulos habilitantes para la asignación del espectro radioeléctrico. Al mantenerse el carácter demanial del espectro, la afectación se realizará mediante la concesión[32] o la autorización administrativa,[33] mientras que el uso común será libre.

Entonces, la diferencia básica que encontramos entre el sistema peruano y el español es que, en el primer caso, la habilitación para el aprovechamiento del espectro radioeléctrico se incorpora en el título habilitante (concesión o autorización administrativa) que da acceso a la prestación del servicio de telecomunicaciones y, además, su asignación concreta se realiza por medio de un acto administrativo posterior. En cambio, en el caso español, se ha distinguido entre el mecanismo de acceso a la prestación de servicios y la habilitación para el uso del espectro radioeléctrico, sin acaso estar desvinculados, ya que, en la medida de que la verificación de la comunicación previa sea conforme a derecho y se acredite la condición de operador, podrá solicitarse la asignación de frecuencia, que, en este caso específico, será una concesión administrativa.

En los casos de personas que no tengan la calidad de operadores, de manera que se trate de una reserva del derecho de uso espacial no privativo del dominio público, o si se otorga el derecho de uso privativo para autoprestación del solicitante, entonces se requerirá de autorización administrativa.

Finalmente, otro aspecto importante en el que podemos encontrar diferencias entre el ordenamiento español y el peruano es que el primero ha delimitado la habilitación teniendo en cuenta los distintos tipos de uso que puede hacerse del dominio público radio eléctrico:[34]

- El uso común general es una modalidad de utilización de baja intensidad en la que no se ha hecho ninguna reserva, de ahí su carácter libre y

---

[32] *Al respecto, véase el inciso d) del artículo 44.1 de la ley 32/2003.*

[33] *Al respecto, véase el artículo 45.1 de la ley 32/2003.*

[34] *En este punto, seguimos los planteamientos de* MOLINA, *A. Op. cit., p. 60 y de* LAGUNA DE PAZ, *J. C. Op. cit., pp. 117-120.*

gratuito.[35] «Como contrapartida, los servicios no deberán producir interferencias ni solicitar protección frente a otros servicios de telecomunicaciones autorizados de categoría diferente».[36]

- El uso común especial es aquel que conlleva una especial intensidad, aunque no priva a los terceros de su uso libre pero requiere de un título habilitante.[37] En el caso español, si bien no se define en qué consiste este uso, la ley 32/2003 establece en qué actividades se requiere autorización demanial.[38]
- El uso privativo es aquel que impide o condiciona su uso por terceros. Supone una reserva exclusiva de la utilización de una porción de frecuencias. Su asignación requerirá de concesión administrativa.[39]
- La afectación demanial permite a las Administraciones públicas y a los entes públicos dependientes de ellas usar el dominio público para la prestación de servicios o la explotación de redes de telecomunicaciones en régimen de autoprestación y sin contraprestación económica de terceros.[40] La afectación es definida como un acto administrativo en virtud del cual se adscribe un bien demanial a un uso o servicio público.[41] Esta afectación está excluida para actividades de naturaleza comercial, por lo que, básicamente, se trata de la utilización del espectro para la ejecución directa de servicios públicos.[42]

En el caso peruano, esta diferenciación de usos del demanio no ha sido asumida por el legislador peruano en la LTel ni en el decreto supremo 027-2004-MTC, de 9 de julio de 2004, Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones (en adelante RTel). Es necesario remitirse al Plan Nacional de Atribución de Frecuencias (PNAF), el mismo que, sin seguir las categorías expuestas, sino estableciendo como pauta una

---

35 *Al respecto, véase el artículo 45.1 in fine del artículo 45.1 de la ley 32/2003.*

36 *MEDINA, E. «Régimen jurídico aplicable al uso del espectro radioeléctrico. La tasa por reserva del dominio público radioeléctrico. La protección frente a las emisiones radioeléctricas». En J. M. VILLAR URÍBARRI (dir.). La nueva regulación de las telecomunicaciones, la televisión e Internet. Navarra: Aranzadi, 2003, p. 221.*

37 *Ib. considera únicamente el uso especial y lo define de la siguiente manera: «Se considera uso especial el de bandas, sub bandas, canales y frecuencias que se señalen, en el Cuadro Nacional de Atribución, como de uso compartido, sin exclusión de terceros, no considerado como de uso común, por radioaficionados o para otros fines de mero entretenimiento u ocio sin contenido económico».*

38 *Al respecto, véanse los incisos a) y b) del artículo 45.2 de la ley 32/2003.*

39 *Al respecto, véase el segundo párrafo del inciso b) del artículo 45.2 de la ley 32/2003.*

40 *Al respecto, véase el inciso d) del artículo 44.1 de la ley 32/2003.*

41 *MOLINA, A. Op. cit., p. 60.*

42 *Ib., p. 61.*

jerarquía de derechos, distingue, para el caso de la habilitación del uso del espectro, entre servicios «primarios», servicios «permitidos» y servicios «secundarios», los cuales explicaremos a continuación.

Por otro lado, el marco jurídico peruano únicamente ha regulado el aspecto referido a la atribución de bandas de frecuencias para la operación de los servicios de telecomunicaciones de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.[43] Sin embargo, en lo referido a la utilización del dominio público radioeléctrico por la Administración sectorial o general, no hay una regulación concreta en la LTel ni en el RTel, lo que sí pueden encontrarse son reservas de frecuencias en el PNAF para la utilización por parte de entes estatales en servicios de radiodifusión sonora y de televisión.

4. Regulación del espectro: el Plan Nacional de Asignación de Frecuencias (PNAF)

El PNAF es un documento técnico normativo[44] —que está sujeto a cambios para garantizar su permanente actualización—,[45] cuya importancia radica en que en él se consigna el cuadro de atribución de frecuencias de los servicios de telecomunicaciones, así como las normas generales para la utilización del espectro radioeléctrico.[46]

En el PNAF se establece el tipo de uso de la banda o el uso común del espectro radioeléctrico, así como la clase y categoría de servicios para cada banda.[47] Cuando en una casilla del Cuadro de Atribución de Bandas de Frecuencias, una banda de frecuencias se atribuye a varios servicios, ya sea en todo el mundo, en una región[48] puede distinguirse, dentro de una jerarquía de derechos, los servicios «primarios», «permitidos» y «secundarios».[49]

---

[43] *Al respecto, véase el tercer párrafo del artículo 207 del RTel.*

[44] *Al respecto, véase el segundo párrafo del artículo 207 del RTel.*

[45] *Al respecto, véase el quinto párrafo del artículo 207 del RTel.*

[46] *Al respecto, el artículo 4 de la resolución ministerial 187-2005-MTC-17 dispone lo siguiente: «Los servicios que operen con autorización de la Administración Peruana de Telecomunicaciones deberá cumplir con lo especificado en el cuadro de atribución de bandas de frecuencias y sus notas adicionales».*

[47] *Al respecto, véase el cuarto párrafo del artículo 207 del RTel.*

[48] *Como se sabe, desde el punto de vista de la atribución de las bandas de frecuencias, se ha dividido el mundo en tres regiones, de manera que el Perú pertenece a la región 2. La región 1 corresponde a Europa, África, Siberia y algunos países de Oriente medio; la región 2 es el continente americano; y la región 3 corresponde a Australia, sur-sureste asiático y gran parte del Pacífico sur. Las zonas de adjudicación especiales son la zona africana de radiodifusión, la europea, la marítima europea y la zona tropical.*

[49] *Al respecto, véase la Sección II del artículo 4 de la resolución ministerial 187-2005-MTC-17.*

Los servicios de tipo «primario» gozan de los mismos derechos de uso que los «permitidos»; sin embargo, en la preparación de planes de frecuencia, los servicios «primarios», en relación con los servicios «permitidos», serán los primeros en escoger frecuencias.

En cambio, los servicios «secundarios» tienen la obligación de no causar interferencias por medio de sus estaciones a las frecuencias asignadas, o por asignarse, a los servicios primarios o servicios permitidos. Tampoco podrán reclamar interferencias en sus frecuencias causadas por estaciones de estos dos servicios. Por el contrario, sí les asiste el derecho de protección frente a interferencias de estaciones del mismo servicio o de servicios secundarios a los que se les asigne frecuencias ulteriormente.

El Cuadro de Atribución de Bandas de Frecuencias —que forma parte del PNAF— distingue la atribución de bandas para región 2 —a la que pertenece el Perú— de la atribución al Perú de esas bandas a los diversos servicios de radiocomunicaciones, que, a su vez, comprende la atribución de las bandas a los servicios y las notas y observaciones relativas al tipo de explotación indicado.

Teniendo como base el PNAF, es necesario tener claro que, cuando se convoca a un concurso público de ofertas para el otorgamiento de una concesión o de una autorización administrativa para poder prestar un determinado servicio de telecomunicaciones o de radio difusión, previamente ya están establecidas las frecuencias a cuyo uso será afectado de acuerdo con lo que se establezca en el PNAF.[50] No obstante, también es posible que se dé el supuesto en el que, mediante la presentación de una solicitud, tanto para el otorgamiento de una concesión como de una autorización administrativa, en cuyo caso hay que atender a las notas y observaciones que se realicen con respecto al servicio solicitado, ya que las mismas pueden establecer

[50] *Por ejemplo, de acuerdo con el Cuadro de Atribución de Bandas de Frecuencias, a los servicios FIJO, FIJO POR SATELITE, MOVIL (salvo móvil aeronáutico) y de radioastronomía, dentro de la banda de GHz 39,5 - 54,25, se les ha atribuido una frecuencia de GHz 42,5 - 43,5, y en las NOTAS y OBSERVACIONES se ha establecido la P68, que dispone que «las bandas comprendidas entre 2200 - 2400 MHz; 25,25 - 27,5 GHz; 27,5 - 28,35 GHz; 29,10 - 29,25 GHz; 31,00 - 31,30 GHz; 37,35 - 37,55 GHz, 38,05 - 38,25 GHz, 38,6 - 40 GHz; 40,5 - 42,5 GHz y 42,5 - 43,5 GHz están atribuidas a título primario para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones utilizando sistemas de acceso fijo inalámbrico. El otorgamiento de la concesión y la asignación de espectro para la explotación de dichos servicios será mediante concurso público de ofertas para la Provincia de Lima y la Provincia Constitucional del Callao. Este mecanismo de concurso público de ofertas no se aplicará a los concesionarios que migren a la banda comprendida entre 2200 - 2400 MHz; de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 224 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones».*

especificaciones técnicas o restricciones a la disponibilidad en las frecuencias que hayan sido atribuidas.[51]

Otro aspecto que debe señalarse con relación al PNAF es que, vía la resolución ministerial 098-2000-MTC/15.03, de 24 de febrero de 2000, dicho documento fue adecuado a los Lineamientos de Política de apertura del Mercado de Telecomunicaciones del Perú con el objetivo de garantizar la más eficiente administración del recurso, lo que permite al concesionario operador de servicios públicos de telecomunicaciones que tiene asignada una banda de frecuencias para uno o más de dichos servicios prestar adicionalmente otros servicios en la banda asignada, aunque no se encuentre atribuida para los servicios adicionales.[52]

Si bien es una norma que apunta hacia un uso eficiente del espectro por parte del operador, dicho dispositivo establece como requisito que previamente se haya otorgado la concesión para cada servicio que quiera prestar dentro de determinada banda, así como que se cumpla con las obligaciones, las características técnicas de operación y la normativa vigente.[53]

Una de las reglas importantes que debe seguirse una vez sea asignada la frecuencia al operador de servicios de telecomunicaciones es la referida a que no son modificables las características de instalación y operación autorizadas para el uso o explotación de frecuencias, la potencia de transmisión y otros parámetros relativos al uso del espectro radioeléctrico. Ello, salvo que antes se haya obtenido la correspondiente autorización del MTC o este, de oficio, haya dispuesto el cambio de las características técnicas asignadas, cuando se ponga en peligro la vida o la salud de las personas, a efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en la norma que establece los límites máximos permisibles de radiaciones no ionizantes en telecomunicaciones y las normas técnicas del servicio de radiodifusión, en cumplimiento

---

[51] *Por ejemplo, de acuerdo con el Cuadro de Atribución de Bandas de Frecuencias, a los servicios de RADIODIFUSIÓN, dentro de la banda KHz 14.250 - 18.068, se les ha atribuido la frecuencia KHz 15.600 - 15800, y en las NOTAS y OBSERVACIONES se ha establecido la P24, que dispone que «las bandas de 5900 - 5950 KHz, 7300 - 7350 KHz, 9400 - 9500 KHz, 11600 - 11650 KHz, 12050 - 12100 KHz, 13570 - 13600 KHz, 13800 - 13870 KHz, 15600 - 15800 KHz, 17480 - 17550 KHz, 18900 - 19020 KHz, a partir del 1 de abril del año 2007 será atribuida al servicio de radiodifusión, y están sujetas a la aplicación del procedimiento del artículo 12 del Reglamento de Radiocomunicaciones de la UIT. La UIT recomienda que se utilicen estas bandas a fin de facilitar la introducción de las emisiones moduladas digitalmente según dispone la Resolución 517(Rev. CMR- 03)».*

[52] *Al respecto, véase el artículo 1 de la resolución ministerial 098-2000-MTC/15.03. Aunque esta es una disposición que ya se había insertado anteriormente en el artículo 214 del RTel, la adecuación del PNAF era necesaria.*

[53] *Al respecto, véase el artículo 2 de la resolución ministerial 098-2000-MTC/15.03.*

de las normas que el MTC emita sobre el sistema de gestión y control de espectro.[54]

5. El uso eficiente del espectro radioeléctrico y su control

El espectro radioeléctrico es un recurso natural ampliamente demandado por los operadores que utilizan redes radioeléctricas para ofrecer sus servicios, lo que ha motivado el interés dentro de la política del sector por su aprovechamiento racional y porque se regule su uso eficientemente.[55]

Tal es el objetivo de eficacia en la gestión del espectro radioeléctrico que deberá presidir toda actuación de la Administración sectorial relacionada con el dominio público radioeléctrico; la consecución de dicha finalidad evitará que, en un futuro, se produzcan situaciones de ineficiencia, del todo indeseables en toda buena gestión del espectro.[56]

Precisamente, en el ámbito europeo, la Decisión Espectro Radioeléctrico se aprobó dentro de la filosofía de que los países miembros deben coordinar sus políticas, y cuando sea necesario unas condiciones armonizadas, con respecto a la disponibilidad y al uso eficiente del espectro radioeléctrico.[57]

Además, introduce una importante consideración, según la cual «la política del espectro no puede basarse exclusivamente en parámetros técnicos, sino que debe también tener en cuenta consideraciones económicas, políticas, culturales, sanitarias y sociales».[58]

Dentro de esta línea, la Decisión incide en el hecho de que la demanda cada vez mayor de una oferta limitada de espectro radioeléctrico disponible puede generar presiones contrapuestas para dar cabida a los distintos grupos de usuarios del espectro radioeléctrico en sectores como las telecomunicaciones, la radiodifusión, el transporte, las fuerzas de seguridad y militares

---

[54] *Al respecto, véanse los artículos 220-221 del RTel.*

[55] *Como sostiene* LAGUNA DE PAZ, *J. C. Op. cit., p. 111, es necesario tener en cuenta que «los Estados disponen de un apreciable margen de actuación en la definición de la política del espectro radioeléctrico», que «se acepta que la distribución de las frecuencias debe responder a las necesidades y prioridades de cada país, por lo que sólo una reducida parte de los usos del espectro se encuentra armonizada a nivel internacional» y que «las frecuencias disponibles para algunos servicios pueden variar así de un país a otro, lo que dificulta la introducción de servicios paneuropeos y globales».*

[56] CALVO, *A. y J.* SANMARTIN. *«Artículo 44.- Facultades de Gobierno para la gestión del dominio público radioeléctrico». En J. Cremades y J. Rodriguez-Arana (dirs.). Op. cit., p. 593.*

[57] *Al respecto, véase el considerando 1 y el artículo 1.1 de la Decisión Espectro Radioeléctrico.*

[58] *Al respecto, véase el primer párrafo del considerando 8 de la Decisión Espectro Radioeléctrico.*

y la comunidad científica. De todo ello se deriva la importancia de que la política del espectro radioeléctrico deba de tener en cuenta a todos los sectores y equilibrar sus necesidades respectivas.[59]

A la demanda creciente del espectro debe añadirse, como elemento que sustenta la búsqueda de eficiencia en los servicios de telecomunicaciones, el que no todas las partes del mismo reúnen las mismas propiedades físicas.[60] Cada frecuencia presenta unas características típicas, de lo que se deduce que determinadas bandas estén especialmente indicadas para proporcionar unos servicios concretos, lo que provoca, en ocasiones, conflictos entre distintos servicios que pugnan por la misma banda.

En el esquema peruano, se han identificado dos aspectos vinculados directamente con el uso eficiente del espectro radioeléctrico: en primer lugar, la promoción de inversiones, lo que contribuiría a aumentar la cobertura y calidad de los servicios de telecomunicaciones; y, en segundo lugar, el desarrollo del mercado y de la competencia en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones.[61]

Todas estas motivaciones se han visto reflejadas en el marco jurídico que regula los servicios de telecomunicaciones en el Perú. Así, respecto al uso eficiente del espectro, el RTel dispone:

> Artículo 21.- La asignación de espectro para servicios públicos, estará sujeta al cumplimiento de metas de uso de espectro, las cuales estarán contempladas en el instrumento que lo asigna. Entiéndase por metas de uso de espectro la obligación y compromiso que tiene la empresa concesionaria de utilizar en forma eficiente y efectiva el espectro asignado, de tal manera que se garantice el uso eficiente de dicho recurso.

Sobre esta base, vía la resolución ministerial 087-2002-MTC/15.03, publicada el 11 de febrero de 2002, se aprobó la norma de metas de uso del espectro radioeléctrico de servicios públicos de telecomunicaciones. En ella, se establecen los principios que lo informan y que se constituyen en los lineamientos sobre la base de los cuales la autoridad competente funda-

---

59 *Al respecto, véase el segundo y tercer párrafos del considerando 8 de la Decisión Espectro Radioeléctrico.*

60 GRETEL. *Competencia y regulación en los mercados de telecomunicaciones, el audiovisual e Internet. Madrid: Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación, 1998, p. 220.*

61 *Al respecto, véase los incisos b) y c) del artículo 1 de la resolución ministerial 087-2002-MTC/15.03.*

mentará su evaluación y decisión en los casos de uso ineficiente[62] del espectro radioeléctrico.

El punto de partida de esta norma es que, sobre la base de que el espectro radioeléctrico es un recurso escaso de oferta fija, este debe estar asignado a aquellos concesionarios que mejor contribuyan con el desarrollo de los servicios de telecomunicaciones —sin acaso distinguirlos— de manera eficiente.[63]

En la evaluación que realice la autoridad sectorial sobre el uso eficiente del espectro radioeléctrico, esta tendrá que observar los principios de igualdad de trato, imparcialidad y transparencia, de tal forma que se garantice al operador que no será discriminado frente a otros operadores, que la evaluación va a ser objetiva, y que la decisión que se tome estará dentro del marco de actuación de la Administración y que tal decisión tendrá la motivación correspondiente.[64]

De acuerdo con la norma de Metas de Uso de espectro radioeléctrico, la autoridad competente para realizar la evaluación será la Unidad Técnica Especializada en Telecomunicaciones (UECT), perteneciente al MTC. Las referidas Metas de Uso serán establecidas por la propia UECT[65] y constarán como anexos técnicos al instrumento que habilite al operador a prestar el respectivo servicio de telecomunicaciones.

La norma ha previsto que la verificación del cumplimiento de las Metas de Uso del espectro radioeléctrico deba realizarse desde que se inicia la prestación del servicio de telecomunicaciones por parte de los operadores. Sin embargo, luego de la finalización de los plazos establecidos en los anexos que contienen las Metas de Uso de Espectro Radio Eléctrico, las verificaciones serán de carácter periódico.[66]

---

[62] *De acuerdo con el artículo 3 de la resolución ministerial 087-2002-MTC/15.03, «se entiende por uso ineficiente del espectro al no uso o uso parcial injustificado de las frecuencias asignadas para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, medido de acuerdo a las Metas de Uso aprobadas mediante el acto administrativo correspondiente. Dichas Metas de Uso constituyen valores mínimos que deben cumplir los concesionarios de acuerdo al período de tiempo establecido en los correspondientes anexos técnicos sobre Metas de Uso de Espectro Radioeléctrico».*

[63] *Al respecto, véase el inciso a) del artículo 1 de la resolución ministerial 087-2002-MTC/15.03.*

[64] *Al respecto, véanse los incisos d) y e) del artículo 1 de la resolución ministerial 087-2002-MTC/15.03.*

[65] *De acuerdo con lo dispuesto en los numerales 2 y 3 del artículo 4 de la resolución ministerial 087-2002-MTC/15.03, deberá observarse el Plan Mínimo de Expansión del servicio o, en caso de que este haya finalizado, deberá basarse en los indicadores de las Metas de Uso del último año.*

[66] *Al respecto, véase el último párrafo del artículo 4 de la resolución ministerial 087-2002-MTC/15.03.*

El procedimiento[67] de verificación será realizado por la UECT, de acuerdo con las pautas establecidas en las normas de Metas de Uso, y podrá generar, en caso de uso indebido del espectro, la revocación parcial (cuando el concesionario haya cumplido solo parcialmente y de manera injustificada con las Metas de Uso en los plazos establecidos), por lo que los canales asignados no utilizados revertirán al Estado; o la revocación total (cuando el concesionario no ha utilizado el espectro radioeléctrico), que podrá producir, además, la cancelación de la concesión.[68]

La actividad de verificación debe estar considerada dentro de lo que es el control de espectro radioeléctrico —que consiste en comprobar que el uso real que se hace del espectro se ajusta a los objetivos y regulación establecidos—,[69] ya que, dentro de la obligación general del Ministerio del sector de velar por el correcto funcionamiento de los servicios de telecomunicaciones que utilicen el espectro, se encuentra la de asignar el uso racional del mismo.[70]

Las acciones de control[71] tienen como objetivo el realizar comprobaciones técnicas de las emisiones radioeléctricas e identificar y localizar interferencias perjudiciales y demás perturbaciones a los sistemas y servicios de telecomunicaciones.[72] Asimismo, estarán dirigidas a detectar a las personas que presten servicios de telecomunicaciones en condiciones técnicas distintas de las establecidas[73] por la Administración sectorial o sin la correspondiente concesión, autorización, permiso o licencia.

---

67 *Al respecto, véase el artículo 7 de la resolución ministerial 087-2002-MTC/15.03.*

68 *Al respecto, véase el artículo 8 de la resolución ministerial 087-2002-MTC/15.03 y el artículo 225.1 del RTel.*

69 *MARZO, J. Op. cit., p. 160.*

70 *Al respecto, véase el artículo 229 del RTel.*

71 *Idem.*

72 *Al respecto, los operadores deberán observar lo dispuesto en el artículo 219 del RTel:*

«Artículo 219.- Toda estación radioeléctrica operará sin afectar la calidad ni interferir otros servicios de radiocomunicaciones autorizados. En caso de interferencia perjudicial, el causante está obligado a suspender de inmediato sus operaciones hasta corregir la interferencia a satisfacción del Ministerio».

73 *Al respecto, el artículo 223 del RTel establece la prohibición general del uso de estaciones radioeléctricas para finalidad diferente de la autorizada. Sin embargo, también establece la posibilidad de que se exceptúe dicha regla cuando se utilicen las estaciones radioeléctricas en apoyo de los sistemas de defensa.*

II. Numeración

1. Necesidad de un ordenamiento de la numeración

Al igual que el espectro radioeléctrico, la numeración constituye un recurso escaso necesario para la operatividad de los servicios de telecomunicaciones. Por ello, es importante su regulación y la adecuada planificación por parte de la Administración sectorial. Dos son las motivaciones que pueden identificarse para el establecimiento de un ordenamiento de la numeración:[74]

- La numeración es un recurso escaso que requiere una gestión eficiente a través de la Administración sectorial y de forma independiente de los operadores de los servicios de telecomunicaciones.[75] Asimismo, es un recurso limitado por razones técnicas (capacidad limitada en el tratamiento de las redes, dimensionamiento del plan de numeración y el número máximo de cifras utilizable recomendado por la Unión Internacional de Telecomunicaciones - UIT) y por la propia universalización del servicio telefónico fijo, así como por la presencia de nuevos operadores que prestan nuevos servicios de telecomunicaciones y que precisan, para esos servicios, de nuevos números.[76]
- Las implicancias de la numeración sobre las decisiones de consumo de los usuarios pueden convertirse en un obstáculo para los operadores entrantes en el mercado. Al respecto, como sostiene Sánchez Rodríguez, cuando aparecen en el mercado multitud de operadores debido al proceso de liberalización, la numeración es, además, un medio técnico y jurídico por el que se debe fomentar la competencia entre operadores, ya que, al tratarse de un recurso escaso, es posible que los operadores dominantes pretendan acapararla y controlarla, de modo que no puedan entrar nuevos operadores.[77]

Estas motivaciones conducen no solo a que se regule un marco normativo general sobre la gestión con control de la utilización del recurso de

---

[74] *En este punto, seguimos el planteamiento de* GRETEL. *Competencia y regulación en los mercados de telecomunicaciones, el audiovisual e Internet. Op. cit., p. 237.*

[75] *En este mismo sentido,* MONTERO, J. J. *y* H. BROKELMANN. *Telecomunicaciones y televisión. La nueva regulación en España. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 273 consideran que la exigencia de una gestión eficiente evitará el colapso de las estructuras y permitirá la introducción de nuevos servicios.*

[76] *Seguimos el planteamiento de* SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, A. J. *Derecho de las telecomunicaciones. Nuevo Derecho y nuevo mercado. Madrid: Dykinson, 2002, p. 115.*

[77] SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, A. J. *Op. cit., p. 116.*

numeración, sino también que se instaure un plan de numeración que sea el referente de todos los operadores y a que se implanten procedimientos que eliminen cualquier barrera que afecte la competencia entre operadores, como son los mecanismos de selección y la portabilidad.[78]

El número del abonado a un servicio público de telecomunicaciones (servicio de telefonía fija, los servicios públicos móviles tales como el servicio telefónico móvil, el servicio de comunicaciones personales, el servicio móvil de canales múltiples de selección automática-troncalizado, el servicio móvil por satélite, así como otros servicios públicos definidos por la Administración sectorial) tradicionalmente cumplió tres funciones: ser el medio de identificación del abonado, constituirse en un medio de identificación de los operadores de servicios y ser utilizado con propósitos técnicos para identificar los canales por medio de los cuales se transmiten las comunicaciones.[79] Asimismo, de forma específica pueden mencionarse las siguientes funciones:

- El número por sí mismo es un indicativo directo del tipo de servicio, la tarifa y el destino geográfico.
- Cumplen una función comercial, ya que los números cuyos dígitos son fácilmente identificables pueden tener un alto valor en el mercado.
- Posibilitan el acceso a servicios públicos esenciales (policía, atención sanitaria de urgencia, etc.).

A pesar de la importancia de la numeración y de su funcionalidad en el ámbito de los servicios públicos de telecomunicaciones, en el Perú, la LTel y el RTel no han regulado dicha temática como se ha hecho en el caso del espectro radioeléctrico. Si bien las directrices básicas de la utilización de la numeración tienen su referente en los Planes Nacionales de Telecomunicaciones (PNT),[80] solo hasta la expedición de la resolución suprema

---

[78] *En términos similares, véase* SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, *A. J. Op. cit., p. 118.*

[79] NIHOUL. *P., y P.* RODFORD. *EU Electronic Communications Law. Competition and regulation in the European Telecommunications Market. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 130.*

[80] *Actualmente, a pesar de su importancia para el desarrollo tecnológico, económico y normativo del sector de las telecomunicaciones, el MTC no cuenta con un plan nacional de telecomunicaciones. El único plan aprobado a la fecha data del año 1978; sin embargo, con los avances tecnológicos y el crecimiento del sector, ya se encuentra desactualizado. El artículo 17 del ya derogado decreto supremo 06-94-TCC, antiguo Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, definía el Plan Nacional de Telecomunicaciones como «el documento que contiene los planes técnicos fundamentales que sobre la base del principio de integración de redes, sistemas y servicios, establece las pautas y lineamientos técnicos básicos que aseguran la integración e implementación de los servicios*

022-2002-MTC, de 31 de agosto de 2002, se contó con un Plan Técnico Fundamental de Numeración (PTFN), el cual fue aprobado con el objeto de establecer las bases para una adecuada administración y una eficiente asignación, supervisión y uso de la numeración, considerada como un recurso escaso, así como para definir las estructuras de numeración para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.[81]

2. Características básicas del Plan Técnico Fundamental de Numeración (PTFN)

El PTFN aprobado en el Perú es un documento concordante con la Recomendación UIT E.164 («Plan Internacional de Numeración de Telecomunicaciones Públicas») y con los acuerdos internacionales de telecomunicaciones suscritos por el Perú. De igual forma, recoge la versión realizada con la participación de la UIT en el año 1999.[82]

El punto de partida para analizar el PTFN es la consideración de la numeración como un recurso escaso; sin embargo, no queda claro si dicho numeración tiene carácter demanial, como sucede con el espectro radioeléctrico. La duda surge por las siguientes razones: por un lado, no hay una declaración expresa del legislador peruano respecto a que la numeración sea considerada como bien de dominio público y, por otro lado, si bien para que uno pueda solicitar la asignación del recurso de numeración es necesario tener la calidad de operador con concesión vigente, no hay ninguna disposición que establezca que el otorgamiento de la concesión comprenda, además, la asignación de numeración.

A nuestro parecer, además de las razones expuestas hay que considerar que los recursos de numeración no tienen la calidad de dominio público a pesar de su carácter escaso, ya que el mecanismo de asignación establecido

de telecomunicaciones a nivel nacional« y establecía que su elaboración corría a cargo del MTC y que debía ser aprobado por resolución suprema refrendada por el Titular del Ministerio; asimismo, disponía que su actualización o revisión debía realizarse obligatoriamente en períodos no mayores de cinco (5) años y que el MTC podía convocar a audiencia pública previamente a la aprobación de las modificaciones del Plan, a fin de recoger los aportes de las personas o entidades especializadas. Los planes nacionales de desarrollo de las telecomunicaciones deberán elaborarse tomando en cuenta el citado Plan. Desde la fecha de expedición de la glosada norma, no se aprobó ningún Plan; el año 1998, se elaboró un documento técnico que se consideraba como un Plan Nacional de Telecomunicaciones. Con la expedición del nuevo texto del RTel (decreto supremo 027-2004-MTC), el texto de la norma del artículo 17 permanece vigente en términos similares a los señalados anteriormente en el artículo 20 del Rtel; sin embargo, como se refirió, el MTC no ha aprobado el referido Plan.

[81] *Al respecto, véase el tercer considerando de la resolución suprema 022-2001-MTC.*

[82] *La referencia es tomada de la Introducción al PTFN.*

por el legislador peruano es el de un acto administrativo y porque, a diferencia de la especificidad técnica de las bandas de frecuencias, los recursos de numeración pueden asignarse y generarse en caso de que una estructura de numeración no tenga series disponibles.

Ahora bien, es necesario poner énfasis en que la falta de reconocimiento en el Perú del carácter demanial del recurso de numeración no significa que la Administración sectorial no pueda establecer mecanismos de intervención en su ordenación (gestión y supervisión). Al contrario, es esta la vía para garantizar que la asignación de la numeración a los servicios públicos de telecomunicaciones es eficiente y se realiza respetando principios de igualdad, de oportunidades y de transparencia.[83]

En el Perú, lo que ha operado en el caso de la numeración es una reserva en lo que a gestión y administración del recurso se refiere, y no hay, en sentido estricto, titularidad respecto del mismo. Jurídicamente, la numeración es un *res comunis omnium*, que, no siendo demanio, tampoco es posible jurídicamente la apropiación a título exclusivamente privado.[84] Según Sánchez Rodríguez, «lo que se quiere con la reserva es la ineficacia de todo mecanismo de derecho privado en la utilización excluyente de este bien».[85]

El tratamiento de la numeración en España[86] es similar al de la legislación peruana, ya que la ley 32/2003 no se pronuncia respecto de su naturaleza jurídica, sino que es considerada como recurso público, de manera que lo que se habría fijado es una reserva de un recurso esencial, en el

---

[83] *SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, A. J. Op. cit., p. 118.*

[84] *Ib., pág. 119.*

[85] *Ib. Al respecto, NIHOUL, P. y P. RODFORD. Op. cit., p. 131 consideran que, bajo el nuevo marco regulatorio comunitario de 2002, los números pueden ser transferidos comercialmente entre operadores; así, piensan que esta puede ser una forma de uso correcto de los mismos, ya que evita que estén en poder de operadores que, por dificultades económicas, no pueden hacer uso de ellos.*

[86] *En el ámbito de la Unión Europea, el considerando 20 de la Directiva Marco hace referencia al tema de la numeración en los siguientes términos: «Para que las empresas puedan competir en el sector de las comunicaciones electrónicas, resulta esencial que el acceso a los recursos de numeración se base en criterios transparentes, objetivos y no discriminatorios». Asimismo, el artículo 10.2 de la Directiva Marco (cuya lectura debe hacerse conjuntamente con el artículo 5 de la Directiva autorización) dispone:*
«Artículo 10. Numeración, denominación y direccionamiento […]
2. Las autoridades nacionales de reglamentación velarán porque los planes y procedimientos de numeración se apliquen de forma que exista igualdad de trato entre todos los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público. En particular, los Estados miembros garantizarán que las empresas a las que se haya atribuido una serie de números no discriminen a otros proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas en lo que se refiere a las secuencias de números utilizadas para dar acceso a sus servicios».

sentido del artículo 128.2 de la Constitución española.[87] De esta forma, conforme lo dispone la ley española, la asignación de números solo supondrá el otorgamiento de derechos de uso.[88]

Por otro lado, también se considera que, en su calidad de recurso escaso, está sujeto a un régimen de planificación, por lo que se ha dispuesto que la aprobación de los planes de numeración estén a cargo del Gobierno,[89] y que la gestión y control de los mismos queden a cargo de la entidad reguladora sectorial (la CMT).[90]

Un segundo punto importante es el referido a los objetivos de PTFN, los cuales son concordantes con las consideraciones expuestas en el apartado precedente; entre estos pueden distinguirse los siguientes:[91]

- el establecimiento de las bases para una adecuada administración y la oportuna supervisión y uso de la numeración mediante la asignación eficiente y no discriminatoria de los recursos disponibles;
- la definición de las estructuras de numeración para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones con la finalidad de identificación de los destinos y/o equipos terminales de las diferentes redes públicas de telecomunicaciones;
- la facilitación del acceso a los diferentes servicios prestados por los operadores de las redes públicas de telecomunicaciones;
- el permiso de la interoperabilidad entre las redes y servicios de telecomunicaciones;

---

87 *Respecto de la caracterización de los recursos de numeración realizada en España,* LAGUNA DE PAZ, J. C. *Op. cit., pp. 126-128 ha formulado tres importantes comentarios. En primer lugar, señala que la reserva al sector público del espacio público de numeración, con el fin de asegurar su disponibilidad para los servicios públicos de telecomunicaciones, podría conducir a una demanilización del bien. En segundo lugar, considera que, al estar la numeración al servicio de la expansión de las telecomunicaciones, el recurso de numeración debería adaptarse a las necesidades que requiera la proliferación de terminales de telecomunicación; de esta manera, es posible discutir el carácter de recurso limitado de numeración o del sistema que haya de aplicarse para la identificación; asimismo, recuerda que, aunque se tratase de recursos limitados, debe recordarse que la escasez no necesariamente supone la reserva del bien al sector público. Y, en tercer lugar, afirma que es necesario tener presente que el objeto de la reserva es el espacio público de numeración, de tal manera que la elaboración de guías electrónicas y los servicios especializados en suministro sobre números de abonado son actividades que se prestan en régimen de libre competencia.*

88 *Al respecto, véase el primer párrafo del artículo 16.7 de la ley 32/2003.*

89 *Al respecto, véase el artículo 16.3 de la ley 32/2003.*

90 *Al respecto, véase el artículo 16.4 de la ley 32/2003.*

91 *Al respecto, véase el punto 1 del PTFN.*

- la facilitación del ingreso de nuevas empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones, de la incorporación de nuevos servicios y de la ampliación de los existentes;
- la facilitación al abonado, en la medida de lo posible, del reconocimiento de los diferentes servicios y sus proveedores; y
- el cumplimiento de los requerimientos estimados de numeración a largo plazo (no menos de veinte años).

Ahora bien, el PTFN define cuáles son los conceptos que sirven de base al plan,[92] así como los distintos servicios especiales[93] y los servicios suplementarios que, por medio de la numeración, pueden ser prestados a los abonados.

De otro lado, es necesario prestar atención respecto de la configuración que hace el PTFN de las estructuras de numeración, las que comprenden:

- la estructura del número internacional y la estructura del número nacional;
- la estructura de los números geográficos (estructura del número nacional [significativo] geográfico, estructura del número de abonado);
- la estructura de números no geográficos (estructura del número nacional (significativo) móvil, estructura de numeración para facilidades de red inteligente);[94]
- la estructura de numeración de servicios especiales (estructura de numeración de servicios especiales básicos,[95] estructura de numeración de servicios especiales facultativos, estructura de numeración para servicios especiales con interoperabilidad);

---

[92] *Nos referimos, a las definiciones de prefijo (internacional y larga distancia nacional), indicativo de país (CC: Country Code), indicativo nacional de destino (NDC: Nacional Destination Code: Trunk Code, Destination Network), número de abonado (SN: Suscriber Number), número internacional, número nacional (significativo), números geográficos, números no geográficos, código de identificación del concesionario del servicio portador de larga distancia, códigos de acceso para comunicaciones de larga distancia mediante el uso de tarjetas de pago, códigos de acceso a servicios diversos.*

[93] *Nos referimos a los servicios especiales, servicios especiales facultativos y servicios especiales con interoperabilidad.*

[94] *Las facilidades de red inteligente comprendidas son serie 800 (servicio de cobro revertido automático o «llamada libre de pago»), serie 801 (servicio de pago compartido), serie 802 (número universal), serie 804 (número personal), serie 805 (llamadas masivas/telefoto), serie 806 (red privada virtual), serie 806 (audio servicios de valor adicional).*

[95] *Los servicios especiales básicos comprendidos son 101 (centro de mantenimiento), 102 (servicio de reclamo por avería), 103 (informaciones de guía local y nacional), 104 (telegestión comercial), 105 (emergencia-policía), 108 (operadora internacional), 109 (operadora nacional), 111 (emergencia nacional), 115 (defensa civil), 116 (emergencia-bomberos), 117 (emergencia hospital).*

- la estructura de numeración para los servicios suplementarios;
- la estructura de numeración para la identificación del concesionario del servicio portador de larga distancia;
- la estructura de numeración para las comunicaciones de larga distancia mediante el uso de tarjeta de pago;
- la estructura de numeración para el acceso a servicios diversos;
- la estructura de numeración de reserva;
- los prefijos;[96] y
- los indicativos (de país y larga distancia nacional).

Junto con las estructuras de numeración, se han delimitado las zonas o áreas de numeración geográfica, en las que los departamentos constituyen la unidad básica para la configuración de las zonas de numeración, de tal forma que uno o más departamentos conforman una zona de numeración cuya identificación será realizada mediante los códigos de áreas de numeración.

El PTFN ha establecido ocho zonas de numeración y considerado seis de ellas, habiendo reservado las zonas dos y tres, de acuerdo con el siguiente esquema:

Zona de numeración	**Cobertura geográfica (por departamentos)**
1	Lima y Provincia Constitucional del Callao
4	La Libertad, Ancash, San Martín y Amazonas
5	Arequipa, Moquegua, Tacna, Puno e Ica
6	Junín, Pasco, Huánuco, Ucayali, Huancavelica, Ayacucho y Loreto
7	Tumbes, Piura, Lambayeque y Cajamarca
8	Cusco, Apurímac y Madre de Dios

También se ha establecido una zona o área virtual, que se encuentra reservada para la telefonía móvil y que podrá implementarse cuando las necesidades del mercado y/o la Administración lo consideren pertinente.

Finalmente, el PTFN ha establecido los procedimientos que se siguen para la marcación y acceso a los servicios de telecomunicaciones. Por medio

[96] *Prefijo internacional: por preselección, de llamada por llamada; prefijo de larga distancia nacional: por preselección, llamada por llamada; prefijo para el acceso a facilidades de red inteligente.*

de dichos procedimientos, se combinan las diferentes estructuras de numeración a las que hemos hecho referencia.

3. De la gestión y supervisión de la numeración

3.1. Ámbito de aplicación

Los operadores o concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones, los titulares de servicios de valor añadido y los comercializadores de servicios de telecomunicaciones están sujetos al marco reglamentario de gestión y supervisión de los recursos de numeración, aprobado por el legislador peruano.[97]

Como regla general, en caso de asignación de numeración, los titulares están obligados a garantizar que sus planes de numeración estén enmarcados en el PTFN.

3.2. Ámbito institucional

Desde un punto de vista institucional, los órganos que ejercen competencias de tipo administrativo en la gestión y supervisión de la utilización del recurso de numeración son los siguientes:

- la Dirección de Gestión del MTC, como órgano encargado de la atención y resolución de solicitudes de asignación de numeración que se presenten, así como para dejar sin efecto la asignación, disponer la reversión del recurso numérico y absolver las consultas relativas a la gestión de la numeración;
- la Dirección de Control del MTC, como órgano a cargo de la supervisión del cumplimiento de las obligaciones y las condiciones específicas establecidas para la utilización de la numeración asignada; y
- la Secretaría de Telecomunicaciones del MTC, como órgano a cargo de evaluar y proponer las modificaciones al PTFN, así como también la definición de los servicios especiales con interoperabilidad.[98]

---

[97] *Al respecto, véase el artículo 1 del Reglamento para la Gestión y Supervisión de la Numeración de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, que fue aprobado vía el decreto supremo 021-2004-MTC, de 22 de abril de 2004.*

[98] *Al respecto, véanse los artículos 2 y 4 del decreto supremo 021-2004-MTC.*

3.3. Principios y criterios aplicables a la asignación

En relación con los principios aplicables,[99] la norma establece que, durante la realización del proceso de asignación, tendrá que observarse los siguientes principios: eficiencia, que debe considerar la satisfacción de la demanda de los usuarios; igualdad de oportunidades e imparcialidad; y transparencia.

Estrechamente vinculados con los principios antes enunciados, los criterios que se denben tomar en cuenta son la asignación eficiente, la disponibilidad de la numeración, y la utilización del registro asignado de acuerdo con el plan previsto.

Complementariamente, se tendrán en cuenta los siguientes aspectos: la asignación de un código único por concesionario, el mantenimiento del mismo código de concesionario en el caso de servicios especiales con interoperabilidad y la utilización de sorteos en caso de coincidencia en la solicitud de un mismo número.

Finalmente, el MTC, en la medida de lo posible, establecerá los rangos de numeración diferenciados por los servicios públicos de telecomunicaciones, así como de identificación de los concesionarios que los prestan.

4. Procedimiento para la asignación de la numeración y causales para dejarla sin efecto

El procedimiento de asignación establecido por el reglamento se inicia con la presentación de una solicitud por el operador concesionario, quien deberá describir el plan de numeración y/o el servicio por utilizar; la justificación del recurso solicitado; y cuál va a ser su uso, detallando los servicios o facilidades que se van a prestar.[100] En el supuesto concreto de que la solicitud esté dirigida a la obtención del código de numeración de servicios especiales con interoperabilidad,[101] esta se encuentra sujeta a las siguientes condiciones: que se verifique que la peticionante ya ha iniciado la prestación comercial del servicio telefónico fijo otorgado en concesión y que se amplíen planes mínimos de expansión.[102]

---

[99] *Al respecto, véase el artículo 5 del decreto supremo 021-2004-MTC.*

[100] *Al respecto, véase el artículo 6 del decreto supremo 021-2004-MTC.*

[101] *Los servicios especiales con iterporalidad son definidos por el PTFN como aquellos servicios especiales brindados por los concesionarios de los servicios públicos locales, que deben ser necesariamente reconocidos por todas las redes de los demás concesionarios de los servicios públicos locales. Por ejemplo, se consideran servicios de este tipo las tarjetas prepago para llamadas locales e internacionales. Con respecto a estos servicios, se ha dictado el decreto supremo 062-2003-MTC, en el que se busca precisar sus alcances.*

[102] *Al respecto, véase el artículo 22 del decreto supremo 021-2004-MTC.*

Por otro lado, el legislador peruano ha establecido una serie de supuestos que implica que se deje sin efecto, de forma parcial o total, la asignación del recurso de numeración, de tal forma que, de producirse estos, los recursos revertirán al Estado.[103] En caso de dejar sin efecto parcialmente la asignación, esta procederá si el operador así lo ha solicitado o si se ha establecido que el operador precisa de menos recursos de numeración que los asignados. Sobre este segundo supuesto, es necesario tener presente que, de forma previa, se tiene que haber realizado una supervisión de la autoridad sectorial, de manera que pueda garantizarse la legalidad de la resolución administrativa.

En caso de que se disponga dejar sin efecto totalmente la asignación, esta podrá producirse en los siguientes supuestos:

- Si es que el operador así lo ha solicitado, se ha incumplido con las obligaciones de los operadores y con las condiciones específicas para la utilización asignada.
- La utilización del recurso sea manifiestamente insuficiente, se incumplan las normas sobre servicios especiales con interoperabilidad.
- Se resuelva o termine el contrato de concesión del operador.
- Se cancele la inscripción.

5. Derechos y obligaciones de los titulares de la numeración

Con relación a los derechos que corresponden a los operadores a los cuales les ha sido asignada numeración, la legislación ha considerado los siguientes:[104]

- el uso y administración del recurso numérico asignado;
- la potestad de transferir el recurso numérico asignado, previa aprobación del MTC; y
- otros aspectos que pueda determinar el MTC mediante resolución ministerial.

En el caso de transferencia del recurso de numeración, conforme lo dispone la norma reglamentaria, deberá seguirse un procedimiento para conseguir el pronunciamiento en que el MTC autorice dicha operación.[105] En

[103] *Al respecto, véase el artículo 18 del decreto supremo 021-2004-MTC.*

[104] *Al respecto, véase el artículo 10 del decreto supremo 021-2004-MTC.*

[105] *Al respecto, véase el artículo 17 del decreto supremo 021-2004-MTC.*

nuestra opinión, dicha solicitud no debe tener el carácter de mero trámite, sino que debe ser analizada detenidamente por la autoridad sectorial, ya que puede llevar a que se genere todo un tráfico especulativo de dicho recurso, lo que perjudicaría las condiciones de competencia en el mercado en lo que a oferta de servicios se refiere.

En lo que respecta a las obligaciones de los operadores con relación a los recursos de numeración que le han sido asignados, puede distinguirse una serie de *obligaciones generales* de aquellas otras de *carácter específico*.

Obligaciones generales:[106]

- Usar el recurso asignado de acuerdo con los fines especificados en la resolución administrativa.
- Iniciar la utilización de la numeración asignada en un plazo no mayor de 12 meses, que se cuentan desde la fecha de notificación de la respectiva resolución.
- Contar y poner a disposición de las Direcciones de Gestión y Control un registro actualizado que contenga el uso del recurso numérico asignado.

Obligaciones específicas:

- Cumplir con aquellas condiciones específicas para el uso de la numeración que imponga la Dirección de Gestión a efectos de dar cumplimiento al PTFN.[107]
- Facilitar los números a sus abonados, suscriptores y comercializadores, de ser el caso.[108]
- Informar a los operadores con los que se encuentran interconectados (nacionales e internacionales) la nueva numeración asignada por el MTC.[109]
- Remitir información a la Dirección de Gestión del MTC durante el mes de enero de cada año y siempre que hayan transcurrido más de seis meses desde la fecha de la resolución de asignación del recurso sobre las previsiones de utilización de la numeración para el año en curso, así como la relativa al año precedente.[110]

---

[106] *Al respecto, véase el artículo 11 del decreto supremo 021-2004-MTC.*

[107] *Al respecto, véase el artículo 12 del decreto supremo 021-2004-MTC.*

[108] *Al respecto, véase el artículo 13 del decreto supremo 021-2004-MTC.*

[109] *Al respecto, véase el artículo 14 del decreto supremo 021-2004-MTC.*

[110] *Al respecto, véase el artículo 15 del decreto supremo 021-2004-MTC.*

- En caso de modificación de las condiciones especificadas para la utilización de la numeración, el operador deberá solicitar autorización a la Dirección de Gestión.[111]

Es importante, a efectos de supervisión, el cumplimiento de la obligación de remitir información a la Dirección de Gestión, ya que dicha autoridad sectorial podrá establecer si el operador utiliza de forma eficiente el recurso y si no realiza reservas del mismo que puedan perjudicar a los otros operadores de servicios similares.[112]

6. La portabilidad numérica

La LTel, el RTel y el Reglamento para la Gestión y Administración de Recurso de Numeración no han previsto la regulación de aquellos aspectos que tienen que ver con la portabilidad numérica. Sin embargo, de la interpretación del artículo 73[113] de la LTel, puede colegirse que el derecho de elección del usuario/abonado está directamente vinculado con el derecho a la portabilidad numérica, ya que, precisamente en el ejercicio del derecho de elección, puede cambiarse de operador de los servicios de telecomunicaciones conservando el número que le fuera asignado. Además, la citada norma establece la prohibición general de que los operadores de servicios realicen prácticas que impidan o distorsionen el derecho del usuario a la libre elección.

Si nos atenemos a la naturaleza jurídica de la numeración, se puede admitir que esta no tiene la consideración de derecho o interés patrimonial legítimo de los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, de ahí que no sea expropiable, ni que sobre ella se proyecte derecho real alguno de propiedad industrial o intelectual de los operadores ni que pueda ser libremente transferida, salvo si el MTC lo autoriza.[114]

La no apropiabilidad del recurso de numeración por los operadores implica, para el abonado, el derecho de conservación de los números que les han sido asignados, de modo que podrán cambiar de operador del servicio

---

[111] *Al respecto, véase el artículo 16 del decreto supremo 021-2004-MTC.*

[112] *Al respecto, véase el artículo 24 del decreto supremo 021-2004-MTC.*

[113] *Al respecto, el artículo 73 de la LTel dispone:*

«Artículo 73.- El usuario, en la medida que sea técnicamente factible tiene derecho de elegir el operador del servicio de telecomunicaciones que a su criterio le convenga. En este sentido las empresas que presten servicios de telecomunicaciones se abstendrán de realizar prácticas que impidan o distorsionen el derecho del usuario a la libre elección».

[114] *Seguimos el planteamiento de* SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, *A. J. Op. cit., p. 120.*

público de telecomunicaciones cuantas veces estimen y sea técnicamente posible; así, los operadores tienen la obligación de transferir el número al operador libremente seleccionado por el usuario.[115]

De acuerdo entonces con lo sostenido, la portabilidad se entiende como el derecho de los abonados a un servicio público de telecomunicaciones a conservar su número cuando cambian de operador.

El cambio de número puede ocasionar tales perjuicios al abonado que incluso puede llegar a hacerle desistir de cualquier intento; de esta forma, este renuncia a las nuevas condiciones que le pudiese ofrecer otro operador. Sin embargo, el problema de fondo es que se crea una situación que puede llegar a dificultar la libre competencia y la libertad de elección del operador concesionario y que carece de justificación cuando no hay limitaciones técnicas para realizar la operación.[116]

Por ello, fundamentalmente, con el objetivo de tomar la decisión de cambiar de operador sobre la base de consideraciones relacionadas exclusivamente con el servicio (técnicas y/o económicas) y no por los perjuicios que pudiera ocasionarle el cambio de número, se introduce la figura de la portabilidad numérica como medida liberalizadora del reconocimiento del derecho a conservar el número al abonado.

Es claro, entonces, que la conservación del número se ha revelado como una cuestión importante desde la perspectiva de la promoción de la competencia, de ahí que la exigencia se haya ido introduciendo en todos los países.[117]

En España, la ley 32/2003 ha regulado la portabilidad en el artículo 18,[118] intitulándola como «Conservación de los números telefónicos por sus usuarios». Asimismo, en el ámbito de la Unión Europea, la Directiva

---

[115] *Ib., loc. cit. Como precisa* FERNANDO PABLO, *M. M. Derecho General de las Telecomunicaciones. Madrid: Colex, 1998, p. 87; este derecho «se traduce en la obligación de los operadores de redes públicas y de servicios abiertos al público de facilitar tal conservación, mediante una suerte de «tráfico de números», en el que es el abonado el que aminora o incrementa los números asignados a cada operadora, si bien una vez que cesa en abono a una operadora, ésta pierde el derecho a explotar dicho número».*

[116] *Al respecto, véase* GRETEL. *Competencia y regulación en los mercados de telecomunicaciones, el audiovisual e Internet. Op. cit., p. 250;* CONTRERAS, *L. «Portabilidad de número de abonado en redes actuales y futuras». En* VII *Jornadas Telecom I+D, 28-29 de octubre de 1998, Madrid; y* MONTERO, *J. J. y H.* BROKELMANN. *Op. cit., p. 349; entre otros.*

[117] LAGUNA DE PAZ, *J.C. Op. cit., pág. 130.*

[118] *Al respecto, véase el comentario que de este artículo realiza* CREMADES, *J. «Conservación de los números telefónicos por los abonados». En J. Cremades u J. Rodriguez-Arana (dirs.) Op. cit., p. 293 y ss.; y el estudio sobre la materia de portabilidad de* FERNANDEZ-ARAGONCILLO, *M. En J. M. Villar Uríbarri (dir.). Op. cit., p. 115 y ss.*

Servicio Universal ha regulado esta materia, incidiendo en que es extensible «a todos los abonados a servicios telefónicos disponibles al público incluidos los servicios de telefonía móvil»[119] con independencia de la empresa que preste el servicio en una ubicación geográfica (números geográficos) o en cualquier ubicación (números no geográficos).

Como señalamos, en el Perú aún no se regulado la portabilidad. A la fecha, solo existe un comité liderado por el MTC que está evaluándola; además, recientemente se ha hecho público un «Estudio Relacionado con la implementación de la Portabilidad Numérica»,[120] en el cual destacan:

- la definición de portabilidad dentro de los parámetros antes señalados;
- los tipos de portabilidad que pueden darse (del proveedor de servicios, de servicio y geográfica);
- la identificación de los beneficios que representa, entre los que destacan el referido a la libertad de elección del abonado con respecto al proveedor de servicios, así como el de la promoción de la competencia;
- las pautas para su implementación (procedimientos simples, bajo costo, plazos breves, intervalos razonables al momento de portar, razones válidas para impedir la portabilidad, números por portar por abonado), así como los aspectos que deben garantizarse (flexibilidad de arquitectura, transparencia, calidad de funcionamiento e interconexión);
- las técnicas de implementación de la portabilidad más comunes, sus ventajas y desventajas y la técnica que debe ser implementada;
- los impactos usuales en la red;
- los costos generales de la portabilidad numérica y un análisis de la demanda del servicio;
- las acciones para implementar la portabilidad numérica.

De acuerdo con el referido informe, el tipo de portabilidad más adecuado para el grado de desarrollo del servicio de telecomunicaciones que debe implementarse sería el de Portabilidad del Proveedor de Servicios, denominado «Portabilidad del Número Local». De esta forma, corresponderá al MTC establecer en qué casos la portabilidad será aplicable, ya sea por el cambio de operador del servicio de telefonía pública fija (pudiendo establecerse restricciones cuando el cambio implique la modificación del servicio o cuando el cambio de ubicación física afecte la zona de numeración y la

---

[119] *Al respecto, véase. el artículo 30 de la Directiva Servicio Universal y los comentarios al mismo que realizan* NIHOUL *P. y P.* RODFORD. *Op. cit., pp. 742-744.*

[120] *El informe esta disponible en <http://www.mtc.gob.pe/novedades/pdf/Portabilidad_Numerica.pdf> (4 de diciembre de 2004).*

cobertura geográfica de la misma), o por el cambio de operador de servicios de telefonía móvil.

Sobre esto último, el informe se inclina porque la portabilidad numérica sea implementada en las redes de telefonía fija y plantea como una posibilidad el hecho de que también lo sea en caso de telefonía móvil. Al respecto, consideramos que, si la portabilidad es implementada, debería hacerse en ambos tipos de servicios (fijo y móvil), porque el crecimiento del mercado de telefonía móvil en el Perú es gradual y progresivo,[121] porque hay una importante utilización personal y comercial del servicio y porque este es un sector en el cual hay mayor movilidad de los abonados (particulares y empresas) con respecto a las ofertas de servicios que hacen los operadores.

Finalmente, es necesario tener presente la importancia de la pauta de implementación de la portabilidad mencionada en el informe, referida a que deben diseñarse procedimientos simples y con plazos y condiciones adecuados, porque, si ello no fuera así, a la luz de la experiencia en otro países, la portabilidad se convertiría en un verdadero cuello de botella (*bottle neck*) en el mercado de servicios de telecomunicaciones, con los perjuicios que ello acarrearía tanto al abonado como a la competencia entre operadores.

[121] *Al respecto, véanse las cifras del crecimiento del mercado de telefonía móvil expuesta recientemente por OSIPTEL y que están disponibles en http://www.osiptel.gob.pe/*

RESEÑAS

ACADEMIA PERUANA DE DERECHO. *Libro homenaje a Max Arias Schereiber*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005.

La Academia Peruana de Derecho ha querido testimoniar su reconocimiento y afecto al ilustre jurista y expresidente de dicha institución doctor Max Arias Schreiber Pezet con la presentación de este libro-homenaje en el que han participado destacados abogados.

Como señala el actual presidente de la institución doctor Fernando Vidal Ramírez, el doctor Arias Schreiber, en sus largos años de ejercicio profesional, destacó como jurista, maestro universitario, asesor, consultor, así como árbitro, donde participó en importantes casos. Además, trabajó intensamente durante 16 años como integrante de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936, en la que fue ponente de la Parte General de Contratos y también de varios contratos innominados que conforman la parte especial. Asimismo, colaboró con la Comisión Revisora.

El Libro Homenaje contiene 23 artículos en el orden siguiente:

1. «Principios reguladores del control penal del Código Penal de 1991»
   Autor: doctor Luis Bramont Arias

El doctor Bramont expresa que los diez artículos del Título Preliminar contienen criterios políticos o enunciados que orientan y, a su vez, limitan las decisiones del control penal a cargo del Estado. Estos tienen, pues, un rol muy importante porque orientan al legislador en la tarea de construcción de un sistema de control penal que respete los derechos humanos.

Debe buscar la solución a los conflictos sociales en vías alternativas al uso de la pena. Seguidamente, hace un interesante análisis del contenido de tales principios.

2. «La relación jurídica del médico con el paciente»

Autor: doctor Carlos Fernández Sessarego

El autor afirma que es difícil aprehender la relación jurídica en una sola dimensión dada su complejidad. Por eso, resulta necesario afrontarla en diversos planos, como el humano, el profesional y el jurídico, que él explica.

Asimismo, considera que el médico nunca debe perder de vista que el paciente es un ser humano constituido por una unidad psicosomática que se sustenta en la libertad. La dignidad del paciente debe ser respetada por el médico independientemente de su condición social o económica. No puede ser cosificado. Expresa que la misión ética del médico es preservar la salud de los pacientes y, si no es posible, aliviar las dolencias y consolarlas.

También aborda materias interesantes cuando analiza la relación ético-jurídica del médico con el paciente así como sus responsabilidades por ignorancia o negligencia.

Finalmente, analiza la legislación pertinente a la profesión, como la Constitución, la Ley General de Salud del 15 de julio de 1997 y el Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú del 05 de octubre del 2000.

3. «A doscientos años del Código de Napoleón»

Autores: doctores Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre

En este artículo, se destaca la importancia de Código Civil de Napoleón en la historia del derecho.

Este Código incorpora los principios de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Se convierte, así, en la traducción al derecho privado de los principios emanados de la Revolución francesa.

El principio de igualdad pone fin a los privilegios y logra la destrucción de la aristocracia. El espíritu de libertad de la Revolución se va traduciendo en la regulación de los contratos. Esa libertad —señalan los autores— convertirá a cada ciudadano en legislador en sus relaciones privadas con terceros. Destruyó el orden feudal y los privilegios y permitió el acceso del pueblo a la propiedad. Nace así un nuevo derecho de sucesiones, así como un nuevo derecho de obligaciones.

El Código frones se convirtió en el Código Civil del mundo y prueba que es posible lograr una convivencia pacífica entre la contingencia jurídica y su espíritu de permanencia.

4. «Legado de cuota»

Autor: doctor Augusto Ferrero Costa

El legado de cuota se confunde con el derecho del heredero cuando a este se le asigna parte de la herencia. El autor expresa que, no obstante, existen entre ambos algunas diferencias:

a) El legatario de cuota carece del derecho de acrecer, mientras que el heredero de cuota sí lo tiene.
b) El legatario de cuota no responde por las deudas de la herencia, porque es responsabilidad exclusiva de los herederos. Sin embargo, la cuota del legatario podría verse reducida cuando sea necesario para cubrir el pasivo existente.
c) La colación es un derecho exclusivo de los herederos forzosos y no se extiende a los legatarios ni a los acreedores de la sucesión según el artículo 843.

Asimismo, el autor comparte el criterio de Albadalejo al afirmar que, en esta clase de legado, no hay propiamente sucesión a título universal sino a título particular, aunque lo legado sea algo no concretamente determinado.

5. «El caso contra el Derecho Civil: críticas, estrategias, perspectivas»

Autor: doctor Fernando de Trazegnies Granda

El autor comienza afirmando que los cambios tecnológicos, sociales y políticos que venimos presenciando permiten sostener que parecería que nada puede quedar como antes.

Asimismo, señala que, con la labor de codificación realizada en el siglo XVI, parecía que el mundo había descubierto valores jurídicos eternos, instituciones y doctrinas perennes y que necesitarían más cambios. Fue la era de la idolatría.

El derecho civil antes tuvo un papel impulsor y fue ingrediente de la modernidad, pero ahora aparece como el área menos dinámica del sistema jurídico; ahora significa retraso. No responde a las urgencias del momento actual. Ahora interesan más las disciplinas de contenido social. Los estudiantes se preocupan más por el desarrollo social y económico de los países. Ahora interesa más el derecho público y el derecho laboral.

Seguidamente, el autor hace una crítica al derecho civil, señala las desventajas de la nueva legislación y se pregunta si sobrevivirá el derecho civil. No puede quedar incólume, tiene que ser desmantelado y rearmado como único camino para su supervivencia.

El nuevo derecho civil conservará los elementos de libertad, individualidad y racionalidad, pero los concebirá en términos contemporáneos.

6. «Papel público y orientador del Colegio de Abogados de Lima»

Autor: doctor Raúl Ferrero Costa

El autor manifiesta que, desde la fundación de la República, el Colegio de Abogados de Lima ha tenido una importante presencia moral y se ha constituido, a lo largo de la historia, en un verdadero bastión protector del Estado de derecho en los momentos más álgidos; en ese sentido, señala casos concretos. Por esta trayectoria democrática, le corresponde mantener una vigilancia permanente frente a situaciones de crisis. El Estatuto del Colegio revela esta función pública cuando entre sus fines señala defender la Justicia y el Derecho, como valores supremos, así como defender y difundir los derechos humanos y el ordenamiento jurídico.

7. «Introducción al derecho internacional privado»

Autor: doctor Jorge Basadre Ayulo

El doctor Jorge Basadre expresa que la rama del derecho internacional privado tiene, como fundamento de su existencia, la diversidad de leyes y organizaciones jurídicas entre los Estados, así como el comercio y el tráfico internacional, por lo que corresponde al jurista buscar su armonía. La diversidad de leyes en el mundo hacen posible el surgimiento del conflicto de leyes en su aplicación a casos concretos y determinados. La diversidad de leyes obedece a diferentes indicaciones ideológicas.

Pregunta central de esta materia es saber las causas que permiten en un país aplicar la ley extranjera. Señala que se regula por tratados. Finalmente, se ocupa de temas relativos a los contenidos del derecho internacional privado, consideraciones en el Código Civil de 1984 y campo de aplicación.

8. «La autonomía y la interpretación del derecho tributario peruano»

Autor: Enrique Vidal Cárdenas

La autonomía del derecho tributario se caracteriza por mantener normas jurídicas propias sin desconocer la existencia de la unidad del derecho. El derecho tributario es autónomo porque tiene instituciones de naturaleza jurídica propia; son uniformes entre sí que integran su objeto y contenido;

además porque su actividad es regulada; no es discrecional; como derecho público proviene de la ley tributaria que considera su naturaleza económica y la capacidad contributiva del sujeto obligado. No se atiene a los conceptos del derecho privado.

También se ocupa sobre la interpretación de la tributación y sus métodos, derecho tributario nacional, la Constitución, el Código Tributario y el Tribunal Fiscal.

9. «Bilingüismo y multilingüismo en Iberoamérica (con especial referencia al caso del Perú)»

Autor: doctor Domingo García Belaúnde

La lengua es materia de investigaciones no solo para los filólogos y literatos, sino también para los historiadores, filósofos y juristas, entre otros. Particularmente, lo es para el derecho, porque las normas legales se formalizan por medio del texto escrito mediante el lenguaje. El idioma castellano llegó a América con la Conquista, pero asimiló las lenguas nativas.

Este artículo toca diversos aspectos como el panorama lingüístico de América Latina, las lenguas a nivel oficial, el quechua en la actualidad.

Concluye afirmando que la lengua, por razón de su función, es muy importante porque constituye una necesaria forma de comunicación que debe ser tomada en cuenta por los titulares del Estado.

10. «Conflictos y soluciones entre las dos culturas jurídicas de las Américas: la latina y la sajona»

Autor: doctor Juan Vicente Ugarte del Pino

El autor afirma que el desarrollo del comercio entre la América sajona y la latina, a partir de los Acuerdos de Libre Comercio inspirados en el derecho anglosajón, plantea el problema de la confrontación de ambos sistemas y la conciencia de un sistema único de solución de controversias que nos está imponiendo una informalidad y un retroceso en el sistema jurisdiccional e, incluso, en el de integración.

La fuente de la que emanan los procesos de integración surge de los tratados internacionales y estos se encuentran siempre sobre el derecho interno de los Estados.

No se puede hablar de integración si no se parte de un riguroso respeto al *pacta sunt servande*.

Los objetivos de los procesos de integración se refieren, básicamente, a la interpretación económica en su modelo original, la actual Unión Europea.

El subdesarrollo económico, social y político ha sido el más grave problema en Iberoamérica para el logro de estos objetivos. Salir de esta situación es la más grande preocupación.

Aborda también temas como supernacionalidad, derecho de la integración y solución de controversias.

11. «Luces y sombras del arbitraje en el Perú»

Autor: doctor Lorenzo Zolezzi Ibárcena

Comienza señalando que, según una encuesta realizada por Apoyo, Opinión y Mercado, el Poder Judicial tiene una baja apreciación, ya que no proyecta una buena imagen. Como demostración del aserto, relata algunos hechos negativos que demuestran el aserto y, si a ello se aúnan las continuas huelgas de sus trabajadores que paralizan gravemente el sistema, se explica la razón de por qué existe una creciente utilización del arbitraje por parte de la ciudadanía como solución a los conflictos de intereses. Esa confianza se ve robustecida por la existencia de prestigiosas instituciones como el Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional de la Cámara de Comercio de Lima, el Centro de Análisis y Resolución de conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, entre otras.

Como prueba del prestigio alcanzado, informa que el Estado peruano ha asumido el compromiso de llevar a arbitraje las controversias relativas a las contrataciones y adquisiciones del Estado.

12. «La teoría pluridimensional del Derecho»

Autor: doctor José A. Silva Vallejo

Esta teoría trata de solucionar integralmente el problema partiendo de una premisa fundamental: la cientificidad del Derecho. Así, establece el concepto del Derecho y resuelve, sobre la base de la hermeneútica, el problema esencial referente a la esencia de la crisis: el de la desinterpretación del derecho.

Seguidamente, analiza el concepto del Derecho, el legalismo, el normativismo y el *ius naturalismo* moderno.

Se afirma, además, que esta teoría constituye el punto de convergencia para unificar la teoría general del Derecho y las teorías especiales del delito, del proceso, de la Constitución, del trabajo, del contrato, del negocio jurídico, de la prenda, etc.

13. «Apuntes introductorios sobre la conveniencia de ciertas modificaciones a la ley general de arbitraje»

Autor: doctor Guillermo Lohmann Luca de Tena

Se afirma que la Ley de Arbitraje 26572 es buena y rectificó algunos errores de su predecesora.

El arbitraje nacional se ha desarrollado exitosamente y ha tenido gran difusión. También se comentan algunas deficiencias en la actual legislación de la materia sin dejar de reconocer sus bondades.

14. «Gobernabilidad y constitucionalismo en América Latina. El presidencialismo peruano. Retos y propuestas»

Autor: doctor Valentín Paniagua Corazao

El autor señala que la gobernabilidad se ha convertido en la piedra de toque del debate político. Es el objetivo fundamental de los sistemas políticos e implica una de las competencias fundamentales del Estado. Se vincula con todas las áreas: democracia, financiera, delictiva, etc. Aparece vinculada a las formas de gobierno, especialmente en el presidencialismo de América Latina.

También, analiza temas como el sistema presidencialista, la gobernabilidad y qué implica la reforma del régimen presidencial y eliminación del absolutismo presidencial.

15. «El terrorismo al ser juzgado desata vendaval destructor. Para vivir en democracia apliquemos el rigor de las leyes».

Autor: doctor Juan Chávez Molina

El autor empieza recordando cómo la audiencia del tribunal para juzgar a los cabecillas de Sendero Luminoso fracasó por las maniobras de los acusados, lo cual constituye un hecho sin precedentes en los anales judiciales. Afirma que faltó que se impusiera la autoridad por parte de los magistrados. El vendaval continúa. Es menester ejercitar de modo inmediato acción efectiva. El Gobierno no puede titubear ni dar traspiés. La democracia no debe quedar inerme. Democracia no es debilidad.

16. «La regla del favor *debitoris* y la reforma del libro VI del Código Civil»

Autor: doctor Carlos Cárdenas Quirós

Es un error que debe ser prescrito de la legislación. A priori no puede calificarse al deudor como la parte débil de un contrato por el solo hecho de serlo. Mal se puede legislar en función de este concepto. Según Ripert, puede acontecer que la parte débil sea más bien el acreedor.

Las soluciones legislativas deben procurar el mayor equilibrio de las prestaciones y ajustar sus reglas en la dirección que mejor se ajuste a la naturaleza de las cosas, a la finalidad del contrato y a la realidad.

En materia de obligaciones y contratos, las normas del Código son fundamentalmente supletorias frente a lo pactado por las partes.

Analiza diversos temas del libro VI.

17. «¿Qué es la ley en la Constitución?»

Autor: doctor Marcial Rubio Correa

Hace un análisis detallado de las principales normas constitucionales en las que figure el término ley. Se pregunta ¿qué significa esta palabra en la Constitución?

El tema de su definición ha tenido repercusión mundial: la Corte Iberoamericana tiene una opinión consultiva sobre el tema. La ley no solo es un concepto formal, un mandato de la autoridad. Implica también un contenido (protección de los derechos humanos) y una finalidad (establecer una sociedad jurídicamente organizada en beneficio de las personas). En una sociedad democrática, el principio de legalidad está vinculado al de legitimidad. Se relaciona con el ejercicio efectivo de la democracia representativa.

La ley debe entenderse (como señala una sentencia del Tribunal Constitucional) como una fuente formal del derecho y, mientras no sea publicada, no es obligatoria. Seguidamente, hace un interesante análisis de la palabra ley en nuestra Constitución, de cuándo la palabra ley significa legislación y expone los casos en que un mismo artículo de la Constitución tiene dos significados distintos.

Termina señalando que, en una reforma constitucional, es menester discriminar conceptualmente entre los conceptos de ley, rango de ley, legislación y normas generales en el sentido amplio de la palabra. Así se evitarán equívocos.

18. «En torno al tema jurídico de la representación»
Autor: doctor Luis Diez Picazo

Señala que esta figura no existía en España cuando se redactó el Código Civil español. En él, se utiliza con el nombre de representación lo que hoy se utiliza para denominar la representación legal y cita como ejemplo el artículo 1259 de este cuerpo legal. Allí se contraponen la representación autorizada y la legal. Como se sabe, la idea de autorización es propia del mandato. Esta expresión también se utiliza en derecho sucesorio. La hipótesis de lo que hoy se llama genéricamente representación voluntaria debe buscarse en la regulación de los contratos de mandato y de sociedad.

Persona jurídica y representación son dos términos jurídicos que han permitido el desarrollo económico del capitalismo.

Finalmente, precisa las características de la representación resultante de la evolución.

19. «Hechos y actos jurídicos en la legislación iberoamericana»
Autor: doctor Luis Moisset de Espanés

El autor señala que, en toda relación jurídica, hay tres elementos esenciales: sujeto, objeto y el hecho o acto jurídico. Luego, se analiza, a la luz del modelo francés, germano, iberoamericano y los Códigos de Argentina, Brasil y otros.

Concluye afirmando que todas estas codificaciones toman como base la visión precursora de Freitas, en la que se señala la causa generadora del acto jurídico: actos voluntarios que persiguen como fin jurídico inmediato crear sus efectos. La doctrina moderna la denomina «Negocio Jurídico».

20. «La expropiación en las legislaciones de Argentina y del Perú»
Autor: doctor Víctor H. Martínez

La propiedad tiene limitaciones; no es un derecho absoluto. La expropiación es el instituto por el cual el Estado, para el cumplimiento de sus fines, después de calificar por ley un bien como de utilidad pública, posibilita que el sujeto expropiante obtenga el derecho sobre el bien, previa indemnización. Este régimen es similar en ambos países. También se ocupa de la expropiación minera.

21. «Algunos enfoques de la relación entre Derecho y Economía»
Autor: doctor Jorge Mosset Iturrospe

Se investiga acerca de la relevancia que los criterios económicos del Derecho tienen en materias tales como las «fuentes» del ordenamiento, la moral, etc. Se alude a los distintos rostros del capitalismo. Se comienza afirmando que los defensores de la economía libre pretenden reducir el ámbito de competencia del Estado. Se trata así de reemplazar la caduca sociedad civil por el mercado y el derecho del Estado por el derecho de las empresas.

Hay una iniciativa por reemplazar la interpretación jurídica del Derecho por una interpretación económica del Derecho. Se trata de reemplazar la escala de valores de la ciencia jurídica por la propia de la economía, valores y principios éticos comunes para superar el divorcio entre la ética del mercado y la ética del Derecho.

22. «Semblanza del doctor Max Arias Schreiber Pezet»
Autor: doctor Manuel de la Puente Lavalle

Destaca en la persona del homenajeado su notable inteligencia y su entrega sin reservas al estudio del Derecho, que materializó mediante los nueve tomos de su obra, exégesis en donde demuestra el profundo conocimiento particularmente en el campo de los contratos, y lo lleva a comparar con el maestro José León Barandiarán.

23. «Max Arias Schreiber Pezet: recuerdo y homenaje»
Autor: doctora Gabriela Araníbar Fernández Dávila

La autora hace una semblanza muy puntual de la vida y obra de Max Arias Schreiber Pezet y lo llega a calificar como humanista cristiano, jurista, maestro e ilustre peruano. Cita una de las exhortaciones hechas a su alumnado: «Luchen por la prevalencia del Derecho y la justicia, con respeto e hidalguía, con las armas de la razón y sus ideales, pero también con firmeza e inquebrantable decisión»

César E. Fernández Arce

RAMOS, Carlos. *Historia del Derecho Civil peruano*. Tomo 4. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.

La historia del derecho peruano ha encontrado en Carlos Ramos Núñez su más destacado cultor entre los estudiosos contemporáneos. Su monumental *Historia del Derecho Civil peruano*, cuyo cuarto tomo me honro en prologar, constituye sin duda uno de los esfuerzos intelectuales más notables de las últimas décadas. Este enciclopédico trabajo, concebido, investigado y escrito al mismo tiempo que su autor cumplía tareas docentes en varias universidades del país y viajaba con frecuencia a congresos y conferencias en distintas partes del mundo, representa una hazaña casi sin paralelo entre los intelectuales de su generación. Sin embargo, la obra de Carlos Ramos no destaca solo por su envergadura y dimensiones; se trata, además, como ya ha sido subrayado por otros especialistas, de un esfuerzo sólido y sistemático de ordenamiento e interpretación de la evolución del derecho civil republicano de la que habremos de nutrirnos y aprender todos quienes nos interesamos por las relaciones entre derecho, historia, y sociedad.

La historia del derecho peruano como disciplina de estudio tiene ilustres, si bien escasos, antecedentes. En 1876, apareció lo que parece ser la primera historia del derecho peruano, escrita por Román Alzamora.[1] Se trata de una obra pionera, incluso en el ámbito de América Latina, pues no hay muchos tratados similares para ese período. Por entonces, los esfuerzos por organizar el corpus legal de las todavía jóvenes repúblicas quedaban plasmados sobre todo en compilaciones de normas jurídicas y diccionarios legales como los que prepararon Manuel Atanasio Fuentes, Miguel Antonio de la Lama, y Francisco García Calderón en la segunda mitad del XIX.[2]

---

[1] *ALZAMORA, Román. Curso de historia del derecho peruano. Lima: Imprenta del Estado, 1876.*

[2] *La bibliografía de Manuel Atanasio Fuentes es inmensa y puede consultarse en el tomo III de esta colección. Véase, entre otros, su Curso de Enciclopedia del Derecho. 3 tomos.*

Más tarde, a comienzos del siglo XX, estos esfuerzos serían continuados por Germán Leguía y Martínez y Atilio Sivirichi, entre otros.[3] La redacción de manuales o comentarios detallados de ciertos códigos o corpus legislativos dominaban las preocupaciones de los juristas, interesados sobre todo por facilitar el acopio y manejo de tan vasto archivo legal. La investigación histórica sobre la evolución del derecho, sin embargo, no recibía en el Perú la atención que merecía en otros países. Una obra pionera dentro de lo que propiamente se puede considerar la historia del derecho es la de Jorge Basadre, pero su esfuerzo no tuvo inmediatos seguidores.[4] Casi por excepción, en 1944, Julio Altmann Smythe sintetizó los grandes rasgos de la evolución del derecho penal peruano.[5] Mucho más recientemente, en las décadas de los años setenta y ochenta, especialistas como Fernando de Trazegnies y José Hurtado Pozo producirían valiosas obras de interpretación sobre la historia del derecho civil y penal republicano, respectivamente.[6]

Sorprende, ciertamente, la falta de una tradición de historia legal en nuestro país. Mientras en países como Argentina o México han existido, y existen todavía, asociaciones para el estudio de la historia del derecho (destacando entre ellas las dedicadas al llamado «derecho indiano»), en el Perú solo hemos tenido esfuerzos aislados e intermitentes. Esto tiene que ver, en gran medida, con el escaso interés de los historiadores profesionales por los temas vinculados al mundo legal y sus ramificaciones, preocupados como estaban por los temas de la historia política, económica y social. Desde los años ochenta, nuevas generaciones de historiadores y estudiosos del derecho, peruanos y extranjeros, inspirados por los trabajos antes mencionados y por nuevas corrientes historiográficas internacionales, han hecho confluir

Lima: Imprenta del Estado, 1876; y su Diccionario de Jurisprudencia y de Legislación Peruana. Lima: Imprenta del Estado, 1877, escrito con Miguel A. de la Lama. Sobre la obra de De la Lama, véase la sección 2.3 de este volumen. La obra fundamental de Francisco García Calderón es el Diccionario de la Legislación Peruana. 2 tomos. Lima: Imprenta del Estado, 1860.

3 *Leguía y Martínez, Germán. Diccionario de la legislación criminal del Perú. Lima: Imprenta Gil, 1931; id. Nuevo diccionario de la legislación peruana. 2 tomos. Lima: Tipografía El Lucero, 1914-1916; y Sivirichi, Atilio. Derecho indígena peruano. Lima: Ediciones Kuntur, 1946.*

4 *Basadre, Jorge. Historia del derecho peruano. Lima: Editorial Antena, 1937; id. Los fundamentos de la historia del derecho. Lima: Librería Internacional del Perú, 1956.*

5 *Altmann Smythe, Julio. Reseña histórica de la evolución del derecho penal. Lima: Sanmarti y Cía, 1944.*

6 *Trazegnies, Fernando de. La idea de derecho en el Perú republicano del siglo XIX. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1980; Pozo, José Hurtado. La ley importada. Recepción del derecho penal en el Perú. Lima: CEDYS, 1979.*

ambas disciplinas y han venido ofreciendo valiosos aportes que iluminan diversos aspectos de la historia legal peruana. Pienso, por ejemplo, en los trabajos de Armando Guevara Gil, sobre tierra y propiedad en el Cusco;[7] de Renzo Honores, sobre abogados y litigantes en el Perú colonial;[8] de Steve Stern, sobre la litigiosidad indígena en Huamanga colonial;[9] de Sarah Chambers, sobre la ley y el orden en la Arequipa republicana;[10] o de Charles Walker, sobre el uso de los tribunales por parte de los grupos indígenas de Cusco a fines de la Colonia.[11] Hay que mencionar también los esfuerzos originados en el «Seminario de Historia del Derecho del Instituto Riva Aguero», así como la fugaz experiencia de la revista *Crónicas de Historia del Derecho*, cuyo único número apareció en 1993. Con diferentes énfasis y puntos de partida disciplinarios y metodológicos dispares, todos estos aportes tienen en común una aproximación al derecho como un elemento constitutivo de la realidad social y como una arena de conflicto y negociación entre diferentes actores sociales. El derecho empieza a ser pensado en toda su complejidad (y no solo como una parte de la «superestructura» de la sociedad o como una herramienta de dominación en manos de los poderosos), y eso significa elaborar aproximaciones múltiples e incluso multidisciplinarias. La historia se acerca así a la antropología, la sociología y los estudios culturales para producir cada vez más sofisticados estudios sobre las relaciones entre derecho y sociedad. Al interior de este renovado interés por la historia del derecho debemos ubicar el trabajo de Carlos Ramos.

Se trata de un proyecto ambicioso pero realista. El autor busca aproximarnos a las complejidades del mundo del derecho, los tribunales, los códigos y los abogados, pero lo hace dentro de una cuidadosa contextualización que obtiene gran parte de su riqueza de los métodos y fuentes de la

---

7 *Guevara Gil, Armando. Propiedad agraria y derecho colonial. Los documentos de la hacienda Santotis, Cuzco (1543-1822). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993.*

8 *Honores, Renzo. «Estudios sobre litigación y la litigiosidad colonial». Revista de Historia del Derecho Privado, II, 1999; «Litigando en la Audiencia: El devenir de un "pleito"». Historia y Cultura, 22, 1993.*

9 *Stern, Steve. «The Indians and Spanish Justice». En Peru's Indian Peoples and the Challenge of Spanish Conquest. Huamanga to 1640. Madison: University of Wisconsin Press, 1982.*

10 *Chambers, Sarah. «Crime and Citizenship: Judicial Practice in Arequipa, Peru, during the Transition from Colony to Republic». En Carlos Aguirre y Robert Buffington (eds.). Reconstructing Criminality in Latin America. Wilmington: Scholarly Resources, 2000.*

11 *Walker, Charles. «Crime in the Time of the Great Fear: Indians and the State in the Peruvian Southern Andes, 1780-1820». En Ricardo Salvatore et. al. (eds.). Crime and Punishment in Latin America. Durham: Duke University Press, 2001. Véase también su libro De Túpac Amaru a Gamarra. Cusco y la formación del Perú republicano, 1780-1840. Cusco: Centro Bartolomé de las Casas, 1999.*

historia social.[12] Para ello, Carlos Ramos ha venido rescatando del olvido, a lo largo de los últimos años, desconocidos folletos escritos por abogados y litigantes, rarísimas tesis que a veces no aparecen siquiera en catálogos bibliográficos y algunos valiosos periódicos legales poco usados por los historiadores. Este acopio de información, sumado a su sorprendente capacidad de trabajo y sistematización, le ha permitido adquirir un conocimiento enciclopédico sobre el derecho civil republicano.

Este cuarto tomo gira en torno a un número importante de temas vinculados al derecho civil del siglo XIX y que pueden resumirse en dos preocupaciones centrales: reconstruir el proceso de formación del corpus legislativo republicano, en particular durante las primeras décadas después de la independencia; y echar luces sobre el universo (profesional, doctrinario, político, social) de los abogados y juristas, precisamente aquellos encargados de formular e implementar las leyes. Demás está decir que ambos temas resultan de primera importancia para entender el derrotero histórico de la temprana República.

En primer lugar, Carlos Ramos acomete el análisis de los esfuerzos de compilación legal iniciados a comienzos de la República. A pesar de que numerosos historiadores, incluyendo al autor de este prólogo, han consultado y usado ampliamente las colecciones de leyes de Quirós y Oviedo, nadie las había descrito hasta ahora en detalle y conocíamos muy poco sobre su estructura interna y la historia detrás de su existencia. En segundo lugar, el autor ofrece una valiosa discusión sobre lo que él llama la «siembra legal republicana», en otras palabras, los esfuerzos por crear e implementar un corpus legal que gobierne a las personas y las cosas en la naciente República. Aquí, el autor despliega una asombrosa erudición en torno a temas tan diversos como la esclavitud, la condición jurídica de los extranjeros, la desamortización y los casos de «manos muertas». Enfatiza el carácter «coyuntural» de la producción legal, una condición casi inevitable en vista de la inestabilidad política reinante como producto de las pugnas caudillescas. Pese a todo, gradualmente, la República establece un armazón jurídico que, con todas sus deficiencias, ofrece cierto sentido de continuidad y jurisdiccionalidad sin el cual no habría República posible. Demás está enfatizar que estos esfuerzos legislativos mantenían, en muchos aspectos, la normatividad española colonial, una situación que no parecía angustiar a la mayoría

[12] *Ya en el primer tomo de esta obra Carlos Ramos anunciaba que, lejos de pretender una «historia de monumentos» o de «protagonistas momificados», él apostaba por una aproximación en la cual sus personajes «se animarán, se colorearán de sangre, de vicios y de flaquezas. Se tornarán, en suma, vivientes y verdaderos». Ramos Núñez, Carlos. Historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX. Tomo I: «El orbe jurídico ilustrado y Manuel Lorenzo de Vidaurre». Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000.*

de legisladores republicanos. Particularmente valiosas son las páginas dedicadas en este volumen a la esclavitud —una impecable reconstrucción de los entretelones jurídicos del proceso que condujo a la abolición— y el acápite titulado «Peruanos, antes indios», expresión tomada de un índice legislativo de Mariano Santos de Quirós, en el cual Carlos Ramos reconstruye, con erudición y cuidado, la evolución del estatus legal de los habitantes indígenas de esta nueva entidad llamada «república peruana».

Las tres siguientes secciones de este tomo están dedicadas a estudiar la vida y obra de algunos de los más destacados juristas y abogados del siglo XIX: primero, los «exegetas» (José Silva Santisteban, Toribio Pacheco y Miguel Antonio de la Lama); luego, los «juristas finiseculares» (Cesáreo Chacaltana, Ricardo Ortiz de Zevallos y Francisco Samanamú); y, finalmente, Luciano Benjamín Cisneros, uno de los abogados y hombres públicos más destacados de la época. Los casos de Silva Santisteban y Benjamín Cisneros resultan particularmente interesantes.

Silva Santisteban fue uno de esos incansables juristas, hombres públicos y publicistas que tienen en Manuel Atanasio Fuentes (estudiado en el tomo tres de esta colección) su representante más destacado y conocido. A diferencia de Fuentes, Silva Santisteban optó por una clara militancia liberal y buscó afanosamente contribuir a la construcción de una sociedad republicana y democrática moldeada por la experiencia europea. Educado en San Marcos, contemporáneo y colaborador de Pedro Gálvez, incansable polemista, Silva Santisteban exhalaba por todos los costados un liberalismo de raigambre europea que, con todas sus contradicciones, aspiraba a construir una república de ciudadanos iguales ante la ley, una verdadera utopía en el contexto de una sociedad tan segregada y jerárquica como la peruana del siglo XIX. Silva Santisteban ejemplifica al hombre de derecho que cree casi fanáticamente que las leyes buenas y justas bastan para mejorar la sociedad (esa «fé en los códigos» de que habla Carlos Ramos). Se enredó en una polémica áspera (aunque con poca respuesta de su interlocutor) con Bartolomé Herrera, a quien acusó de favorecer un tipo de gobierno «fuerte» y «aristocrático» (hoy diríamos autoritario y excluyente). Incursionó en la política y fue elegido senador por Cajamarca, vocal superior de Lima y diputado por Huaraz y Cajatambo. Dejó importantes trabajos de exégesis del derecho civil y penal y publicó numerosos trabajos relacionados con el mundo del ligitio y el debate legal. Silva Santisteban fue un liberal consecuente, pero no exento de contradicciones. Defendió la abolición de la pena de muerte, combatió las dictaduras y promovió el librecambismo, pero vaciló en relación con el destino de la esclavitud: vio en ella una institución relativamente benigna cuya abolición, pensó, produciría más perjuicios que beneficios. En una fecha tan tardía como 1852, se opuso a una ley de

manumisión y propuso que se dejase a la institución «languidecer» gradualmente hasta su extinción por muerte natural. Como tantos otros liberales de su época, Silva Santisteban tenía una concepción idealizada de la sociedad, a la que había llegado tras haber pasado por el filtro de una formación europeísta, legalista y poco conectada con la realidad del Perú profundo. Era un liberal elitista, sin duda, y allí radica el origen de sus contradicciones.

Con igual erudición, Carlos Ramos reconstruye la trayectoria personal y profesional de Luciano Benjamín Cisneros. Hombre público, jurista, panfletista consumado, Benjamín Cisneros (repárese en el hecho, no siempre tomado en cuenta, de que Benjamín era su apellido paterno) resume en su biografía las peripecias de los hombres de leyes del Perú decimonónico. Graduado a una edad muy jóven (antes de cumplir los 20 años), iniciado en el periodismo en las páginas del periódico conservador *El Heraldo de Lima*, profesor de la Facultad de Derecho desde los 24, Luciano Benjamín Cisneros era ya, hacia fines de la década de 1850, un reconocido y exitoso abogado. En la década de 1860, como era frecuente entre los miembros de su gremio, incursionó en la política. Fue elegido representante por el Partido Civil y ocupó brevemente el cargo de ministro en el gobierno de Balta, pero a fin de cuentas primó su condición de abogado y dedicó sus mejores esfuerzos a la defensa de sus casos y clientes. En 1887, fue elegido decano del Colegio de Abogados de Lima. Su éxito profesional le permitió gozar de ciertos lujos (poseer un carruaje, por ejemplo) pero, sobre todo, del estatus adscrito a quienes como él ejercían una de las profesiones más reconocidas de la República.

¿Qué nos dicen estos retratos sobre el mundo de los abogados en el Perú del siglo XIX? Estamos frente a un tema cuyo interés suele estar emparentado más con la sociología que con el derecho mismo, pero que nosotros consideramos crucial para establecer los mecanismos que vinculan al mundo del derecho con las estructuras sociales, políticas y culturales que lo rodean y dan forma. Los abogados como grupo social han merecido algunos pocos estudios en el contexto de América Latina, pero casi nula atención en el caso peruano. Recientemente, hombres de derecho como Rogelio Pérez Perdomo e historiadores como Víctor Uribe han reconstruido este mundo de los hombres de derecho en distintos países latinoamericanos.[13] Pese a las diferencias, existen algunas características comunes, que se aplican también

[13] *Pérez Perdomo, Rogelio. Los abogados de América Latina. Una introducción histórica. (En prensa, Santiago de Chile: Universidad Diego Portales); Uribe-Urán, Víctor. Honorable Lives. Lawyers, Family, and Politics in Colombia, 1780-1850. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2000.*

al caso peruano. Se trata de un grupo social que, durante el siglo XIX y gran parte del XX, aparece como relativamente homogéneo (clases medias y altas), masculino, con una muy alta conciencia corporativa y, sobre todo, muy vinculado al mundo de la política oficial y el Estado. Son los «constructores de naciones», como les llama Pérez Perdomo. Viven generalmente en las ciudades (sobre todo en la capital), participan activamente de los debates públicos (y no solo en aquellos que tratan de cuestiones directamente vinculadas a su profesión) y su peso en la opinión pública trasciende de lejos su número. Son los «hombres públicos» por excelencia. Dentro de la «ciudad letrada», los abogados han disfrutado (desde tiempos coloniales) de unas prerrogativas y unos privilegios raramente alcanzados por otros profesionales y se han convertido en sus más preclaros representantes y beneficiarios.[14] Algunas de las más célebres polémicas de nuestra temprana República, a diferencia de épocas posteriores, enfrentarían a hombres de derecho. Y prácticamente no había suceso notable en cualquier ámbito que no pudiera ser visto, analizado y debatido como un problema legal, a veces con prescindencia de otros factores igualmente importantes: el caudillismo, la esclavitud y su abolición; la condición indígena; y muchos otros. Esto nos remite a una constatación central: el enorme peso que el derecho y sus practicantes tuvieron dentro de la constitución política de la temprana República peruana. Al mismo tiempo, y paradójicamente, se constata también que esta influencia no se tradujo en la emergencia de una tradición jurídica y constitucional estable y duradera.

Para resolver esta aparente paradoja, tenemos que mirar más allá del «mundo del derecho» y las disputas entre abogados o los debates doctrinarios en la prensa o los tribunales. El derecho está íntimamente ligado a la política, a los cambios sociales, a los fenómenos culturales, a las pugnas de poder y, en general, a la vida cotidiana de los seres humanos de carne y hueso. Uno de los méritos de este libro, que comparte con las tendencias más recientes de la historia social del derecho, es, precisamente, devolvernos una visión dinámica (es decir, histórica) de la evolución del derecho al interior de (y en relación con) las estructuras sociales, económicas, políticas y culturales de la sociedad peruana. Al hacerlo, nos invita a revisar episodios, personajes y procesos que echan abundante luz sobre algunas de las claves de nuestra peripecia colectiva republicana.

Quedan pendientes, sin duda, muchos otros temas, pero sería injusto reprochar al autor por no haberlos incluido en su estudio. Hay aquí toda una agenda de investigación que, esperamos, mantendrá ocupadas a varias

[14] *Rama, Angel. La ciudad letrada. Hanover: Ediciones del Norte, 1984.*

generaciones de estudiosos. Mencionemos, por ejemplo, temas como la relación entre diversas tradiciones y culturas legales (occidental e indígena, por ejemplo); el uso del litigio como estrategia de contestación de los grupos subalternos; el rol de los intermediarios legales (escribanos, procuradores, tinterillos, tramitadores) en la diseminación de las formas, procedimientos y contenidos del aparato estatal de justicia; el impacto sobre el funcionamiento de la justicia de fenómenos como el gamonalismo, el militarismo y la discriminación racial; entre otros. Estos son temas que preocupan a quienes entendemos el derecho como un componente central y dinámico de la totalidad social, y es precisamente gracias a trabajos como el de Carlos Ramos que vamos a poder seguir avanzando por esos derroteros.

Por todo ello, dejo constancia de mi admiración por esta espléndida obra de Carlos Ramos Núñez y mi gratitud por el honor que me ha conferido al solicitarme estas palabras preliminares.

Carlos Aguirre

ABAD YUPANQUI, Samuel. *Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005.

Cuando en 1993 ingresé a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, me encontré con una conyuntura jurídica bastante interesante: estudiaba Derecho Constitucional en un momento en el que carecíamos de una Constitución y estudiaba Derecho Procesal con un código que aún no estaba vigente. Como joven estudiante de derecho, esa situación me produjo una cierta perplejidad, que fue disipada con una aproximación dogmática y reflexiva a los diversos institutos constitucionales y procesales que los profesores de la Facultad de Derecho hacían. Recuerdo especialmente los cursos de Derecho Constitucional con el profesor Eguiguren y el de Derecho Procesal con el profesor Monroy. Esa extraordinaria combinación de profesores me permitió apreciar la necesidad de contar con mecanismos jurisdiccionales para garantizar la supremacía de la constitución y la vigencia de los derechos fundamentales.

En esa coyuntura (y probablemente debido a ella), uno de los primeros libros que compré como estudiante de derecho fue un colectivo denominado *Sobre la jurisdicción constitucional*, en el que se encontraban trabajos de los profesores Francisco Eguiguren, Domingo García Belaunde, Marcial Rubio Correa, Fernando de Trazegnies Granda y, por supuesto, el profesor Samuel Abad Yupanqui (además, de dos trabajos de dos profesores extranjeros, Dale Furnish y Franciso Fernández Segado).

Desde la presentación que de dicho libro hacía Jorge Avendaño y la nota introductoria que escribía Aníbal Quiroga, descubría que me encontraba ante una importante obra que abordaba un tema que, en la fecha de la edición de ese libro (1990), era absolutamente novedosa: el Derecho Procesal Constitucional. Descubría, en las páginas de dicho libro, una nueva disciplina y la necesidad de establecer no solo su contenido, sino incluso lograr un consenso acerca de su denominación y naturaleza. Descubría también la trascendencia del Derecho Procesal Constitucional en el Perú de aquella época.

Sin embargo, notaba fundamentalmente dos carencias: (i) si bien era fundamental delinear el contenido de la disciplina, su naturaleza, denominación e importancia, no existía un estudio sistemático de la disciplina; y (ii) no existía un estudio de la disciplina desde el Derecho Procesal, pues el estudio de esos institutos había sido realizado fundamentalmente por constitucionalistas; con ello, se dejaban grandes vacíos y algunas inconsistencias en el estudio de la disciplina.

Mientras iban transcurriendo mis estudios de derecho, tuve la oportunidad de matricularme en el curso entonces denominado «Garantías Constitucionales» (hoy «Derecho Procesal Constitucional») con el profesor Samuel Abad, uno de aquellos profesores con el que todos los alumnos recomendaban matricularse. Matricularse con el profesor Abad, era, pues, un imperativo, más aún si se quería seguir esa extraordinaria escuela que como estudiante había tenido en Derecho Procesal Constitucional.

Con dicho curso, se llenaron aquellas carencias que denuncié hace un momento. En su curso, el profesor Abad realizaba un estudio de las instituciones de Derecho Procesal Constitucional desde el Derecho Procesal. Lograba esa perfecta síntesis que se requería del Derecho Procesal. Enseñaba los institutos, a partir del Derecho Procesal, sin olvidar esa necesaria vinculación con el Derecho Constitucional. Lograba esa perfecta síntesis que el procesalismo contemporáneo reclama: mantener la autonomía del Derecho Procesal como disciplina científica, pero, al mismo tiempo, reconocer la necesidad de que el Derecho Procesal mire al Derecho Material (en este caso, al Constitucional) en la medida de que aquel es el instrumento de este; solo así se puede conseguir que el proceso sea un mecanismo efectivo de tutela jurisdiccional.

El libro que reseño es el reflejo de esas enseñanzas y constituye un vivo aporte al Derecho Procesal Constitucional peruano. En efecto, ya en el prólogo del libro el profesor Samuel Abad menciona que el propósito del libro es «introducir a quienes lo lean en el Estudio del derecho procesal constitucional». Y, para ello, inicia el libro elaborando los conceptos básicos del Derecho Procesal Constitucional y haciendo algo que resulta fundamental, y que es aquello que dota al libro de una importancia capital: los estudia «estableciendo su indispensable relación con la teoría general del proceso»; luego, desciende a los antecedentes de los procesos constitucionales en el Perú y al diseño de cada uno de ellos, tanto en el plazo normativo como jurisprudencial; finalmente, evalúa las deficiencias de cada uno de los procesos constitucionales.

De esta manera, el autor logra una extraordinaria comunicación entre el Derecho Procesal y el Derecho Constitucional, comunicación difícil, pues la logra sin confundir los principios ni las instituciones de uno con el del

otro, sino que, por el contrario, reafirma la autonomia del Derecho Procesal y sus institutos, pero destaca su instrumentalidad. Así, los institutos son estudiados, como debe ser, desde el Derecho Procesal, sin olvidar la finalidad que deben cumplir. Algunas palabras del propio autor pueden ayudarnos en explicar lo que queremos:

> La autonomía del derecho procesal constitucional de ninguna manera significa que el derecho constitucional no influya en la regulación y funcionamiento de los procesos constitucionales, pues precisamente su aporte será el de inspirar el diseño y aplicación de procedimientos ágiles que garanticen la tutela de los derechos fundamentales y la salvaguarda del principio de supremacía constitucional.

Estamos, pues, ante un libro inagural, un libro que proporciona un estudio serio y sistemático de las instituciones del Derecho Procesal Constitucional. Es, nos atrevemos a decir, el primer libro escrito en el Perú sobre Derecho Procesal Constitucional. Si bien existen trabajos anteriores de respetables constitucionalistas peruanos, ninguno de ellos agota la disciplina como lo hace el libro de Samuel Abad, ni la estudia sistemáticamente con grandes e importantes conocimientos de Derecho Procesal general.

No queda más que invitar a la lectura de tan importante libro, en el cual el lector encontrará no solo un importante estudio sistemático, sino una constante referencia a la jurisprudencia, a la historia y al Derecho Comparado, elementos que enriquecen la lectura del libro.

GIOVANNI F. PRIORI POSADA

Homenaje a Jorge Avendaño. 2 tomos. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004.

En julio de 2004, se presentó *Homenaje a Jorge Avendaño*. El entusiasmo de cincuenta especialistas nacionales y extranjeros dio lugar a una obra sin precedentes en la literatura jurídica del país. Solo el cariño y respeto por el maestro Avendaño podía convocar a reconocidos intelectuales, juristas consagrados y jóvenes profesores. Ellos vuelcan en esta obra agudas reflexiones sobre diversas materias vinculadas al quehacer legal. Desde las emotivas y justas semblanzas al homenajeado, que no abandonan el referente jurídico, hasta los aportes a la enseñanza del Derecho, pasando por casi todas las áreas de la ciencia forense, los artículos y ensayos de esta obra colectiva constituyen un valioso aporte y un feliz intento por emular la trayectoria del insigne Jorge Avendaño.

El comité, liderado por Javier de Belaunde López de Romaña, coordinó y produjo esta obra editada por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Más de 1.000 páginas en dos tomos finamente impresos albergan diversos artículos y ensayos divididos en siete capítulos: i) «Jurista y Maestro», ii) «Enseñanza del Derecho», iii) «Derecho y Ética», iv) «Derecho Constitucional», v) «Derechos Reales», vi) «Derecho Civil» y vii) «Derecho en General». Como suele ocurrir en una obra colectiva, la diversidad de autores y pensamientos dificulta articular los trabajos entre sí; sin embargo, sus elementos comunes han permitido agruparlos por áreas específicas y dejar para el final (aunque igualmente valiosos) los trabajos jurídicos sobre temas solitarios.

Las materias de cada capítulo guardan relación con la labor académica y profesional de Jorge Avendaño. Además, dentro de cada materia, los autores tratan temas que han inquietado permanentemente al maestro y sobre los cuales versan sus contribuciones más notables al mundo académico y al país.

El capítulo I («Jurista y Maestro») contiene emotivas reflexiones sobre los aportes de Jorge Avendaño a la ciencia jurídica, a la enseñanza legal y a

la vida personal de los autores. Amigos cercamos, algunos de ellos ex alumnos, comparten, en este capítulo, su experiencia con el ser humano, abogado y profesor. Mención especial merece la semblanza de Paco Avendaño Arana y su visión como hijo de Jorge.

En el capítulo II («Enseñanza del Derecho»), se trata en detalle la reforma de la enseñanza que promovió Jorge Avendaño en la década del sesenta, el entorno nacional e internacional de dicha reforma y el impacto que la misma produjo en la educación y formación de nuevos abogados. Los autores resaltan la sorprendente vigencia de las reflexiones que impulsaron la reforma y definen el perfil del abogado que resulta de un adecuado proceso de aprendizaje.

El capítulo III («Derecho y Ética») contiene apuntes sobre la ética en la modernidad; los retos que los abogados enfrentan en un mercado altamente competitivo, especializado, globalizado y tecnificado; y el rol de la institucionalidad. También se desarrolla el papel de la reforma penal en el objetivo de frenar la corrupción y aspirar a cambios inmediatos en las conductas éticas.

El capítulo IV («Derecho Constitucional») aborda dos aspectos fundamentales de la Constitución económica: la protección de las libertades económicas y el caso concreto de los contrato-ley. Estos temas están en la mira de la reforma constitucional; por ello, resulta de especial interés el recuento que hace Valentín Paniagua del proyecto de reforma constitucional de Manuel Vicente Villarán, que, pese a su antigüedad, muestra inusitada vigencia.

El capítulo V («Derechos Reales») centra su atención en los temas predilectos del maestro Avendaño: clasificación de los bienes, posesión, garantías (constitución y ejecución), asignación y circulación de titularidades (nacional e internacional) y, finalmente, una interesante presentación de Ricardo Luis Lorenzetti sobre el desdoblamiento de la propiedad en tiempos modernos.

El capítulo VI («Derecho Civil») alberga claramente tres materias: sucesiones, responsabilidad civil y codificación. En esta parte, se tratan temas puntuales vinculados a la colación y el derecho de acrecer, la cláusula penal, la culpa médica, el daño (pérdida de chance) y la responsabilidad en accidentes de tránsito. La labor legislativa de Jorge Avendaño es resaltada por Manuel de la Puente al ocuparse en este capítulo de la historia y fundamento de la codificación.

Finalmente, el capítulo VII («Derecho General») contiene reflexiones sobre áreas jurídicas diversas: Derecho Societario, contratos mercantiles, Derecho Laboral y Derecho Penal. Resalta la gran actualidad de los asuntos tratados: interpretación legal; reorganización empresarial; esponsorización;

arbitraje; tratado de libre comercio (TLC); y la paradoja del actuar ilícito en cumplimiento de un deber, una orden e incluso un derecho.

En suma, una obra colectiva que, más allá de las posturas jurídicas que siempre son debatibles, contiene una verdad irrefutable: la emoción de los autores y la seriedad de sus planteamientos se inspiran en la figura y obra del homenajeado Jorge Avendaño.

Martín Mejorada Chauca