

THĒMIS

Revista de Derecho



Entrevista a Jorge Mosset Iturraspe • Marcial Rubio • Ramón Serrano
Alejandro Garro • Dante Negro • Javier Chocano • Fernando
Cantuarias • Alejandro Falla • Carlos Soria

THĒMIS

Revista de Derecho

**Publicación trimestral editada por alumnos de la
Facultad de Derecho de la PUC**

COMITE DIRECTIVO

Elizabeth Briones Gómez, José Ignacio Castro Otero, Nathalie Díaz Silva, Mauricio Gustin de Olarte, Ximena Zavala Lombardi

MIEMBROS

Luis Abramovich, Juan Carlos Alvarado Ortiz, Héctor Calero, Augusto Cauti, Carlos Cornejo, Paul Duclós, Enrique Felices, Enrique Ferrand, José Juan Haro, Juan José Martínez, Sara Sotelo, Robinson Vásquez

COMITE CONSULTIVO

Jorge Avendaño V., Manuel de la Puente L., Francisco Eguiguren P., Baldo Kresalja R., Javier Neves M., Beatriz Ramacciotti de C., Fernando de Trazegnies G.

Diagramación: Publicaciones Creativas S.A. Telefax 35-9122

Impresión: Santa Micaela S.R.L.

**LOS ARTICULOS REPRODUCIDOS DEBERAN INDICAR LA FUENTE
DERECHOS RESERVADOS**

© Asociación Civil Thémis - Revista de Derecho

Casilla Postal 110711 - Lima 11

Auspiciada por el Ministerio de Justicia:

Resolución Ministerial N° 072-88-JUS del 15 de febrero de 1988

Revista Presidenta del Consejo Latinoamericano de Publicaciones Jurídicas
dirigidas por Estudiantes - COLAPJE

THĒMIS

Revista de Derecho

Archivo

THEMIS

Revista de Derecho

Indice

- 3
Presentación
- 5
Marcial Rubio Correa
El Balance del Legislativo y el Ejecutivo para una Próxima Constitución
- 9
Ramón Serrano Suñer
La Justicia y la Abogacía
- 13
Alejandro M. Garro
Armonización y Unificación del Derecho Privado en América Latina:
Esfuerzos, Tendencias y Realidades
- 41
Dante Negro Alvarado
Hacia el Establecimiento de un Régimen Alternativo de Responsabilidad Internacional:
el Caso de las Obligaciones Jurídicas Esenciales para la Comunidad Internacional
- 49
Javier Chocano Portillo
Naturaleza Jurídica de la Comunidad Europea
- 55
Entrevista a Jorge Mosset Iturraspe
- 61
Fernando Cantuarias S.
Retracto: Réquiem de un Derecho "Económico y Social"
- 69
Dino Carlos Caro Coria
La Irresponsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en la Reforma Penal de 1991
- 81
Alejandro Falla Jara
Responsabilidad Civil y Eficiencia Económica: "Matrimonio por Conveniencia"
- 93
José Luis Godoy Martínez
Algunos Apuntes sobre la Informalidad y la Responsabilidad por Productos Defectuosos
- 101
Eric Palacios Martínez
La Reconoscibilidad del Error en el Código Civil Peruano
- 107
Carlos Soria
¿Cómo conceptualizar el Derecho Consuetudinario?
- 113
Jurisprudencia Comentada
Grupo de Investigación de Themis
Procedencia de la Acción de Amparo contra las Resoluciones
emanadas de un Procedimiento de Reducción de Personal
- 119
Reseñas de Tesis

Presentación

En momentos en que, con renovado ánimo, vislumbramos el anhelado retorno a la constitucionalidad, e infundidos en la esperanza de alcanzar la seguridad de un nuevo tiempo de paz, es que reafirmamos el compromiso que -desde hace más de ocho años- ha impulsado y permitido la ininterrumpida entrega de Thémis-Revista de Derecho.

En tal sentido, consecuentes con el compromiso adquirido, cumplimos con presentarles la cuarta edición del presente año, correspondiente al número 24 de nuestra revista.

En la presente entrega podrá encontrarse un contenido que recoge -en balanceada factura- ilustrados aportes de autores de renombre y valiosos ensayos de jóvenes investigadores y estudiantes de nuestro medio.

Así, colaboran hoy con nosotros el doctor Marcial Rubio Correa con una interesante propuesta sobre las relaciones de poder entre los órganos ejecutivo y legislativo; el jurista español Ramón Serrano Suñer, con un ilustrativo enfoque sobre la justicia, la judicatura y la abogacía; y el profesor uruguayo Alejandro Garro quien, desde su cátedra de Derecho Latinoamericano en la Universidad de Columbia-EE.UU., nos alcanza un excelente trabajo sobre los intentos de unificación de regímenes privados en nuestro continente.

También hacen lo propio los doctores Fernando Cantuarias S. y Carlos Soria, cada cual incidiendo en ramas de su especialidad, con la reconocida solvencia que los caracteriza.

Súmanse a ellos, los importantes trabajos realizados por Javier Chocano P., Alejandro Falla J. y Dante Negro A., todos ellos incisivos protagonistas de una nueva generación de investigadores.

Finalmente, cabe destacar la encomiable iniciativa de los alumnos Carlos Caro C., José Luis Godoy P., y Eric Palacios M., quienes contribuyen con ensayos de calidad desde distintas ramas del Derecho.

Mención aparte merece la entrevista que gentilmente nos concediera el profesor y jurista argentino Jorge Mosset Iturraspe durante su reciente estadía en nuestro país. El autorizado nivel de las opiniones en ella vertidas la constituirá, indudablemente, en una fuente de consulta del mayor interés.

Completan la edición nuestras acostumbradas secciones de comentario de jurisprudencia -desarrollada en esta ocasión por un grupo de investigación de Thémis- y de reseñas de tesis.

Esperamos que el número que a continuación les ofrecemos encuentre en ustedes tanto aprecio como dedicación y cuidado pusimos en su elaboración. Ello, no nos cabe la menor duda, revertirá en nosotros como el mejor de los alicientes.

Diciembre de 1992

El Comité Directivo

Carta abierta al Doctor Jorge Avendaño Valdez

Pando, 20 de diciembre de 1992

Señor Doctor

Jorge Avendaño Valdez

Decano de la Facultad de Derecho de la PUC

Estimado Doctor:

Por medio de la presente, deseamos hacerle llegar nuestra más sincera felicitación por su reciente elección como Decano del Colegio de Abogados de Lima, hecho que prestigia no solamente a Ud., sino a todos los que formamos parte de ésta, nuestra Facultad.

Conocedores del importante trabajo realizado por Ud. desde el decanato de la Facultad pensamos, sin temor a equivocarnos, que la labor que desempeñará al frente del C.A.L. redundará en provecho tanto de los abogados y estudiantes de Derecho de nuestra capital, como de la sociedad en general.

Hacemos propicia la ocasión para renovarle nuestros más sinceros sentimientos de admiración y estima, y asimismo, para ofrecerle a Ud., testigo promotor de lo que es hasta hoy Thémis - Revista de Derecho, las páginas de nuestra revista para lo que considere pertinente.

Sin otro particular, quedamos de Ud.

Atentamente,

Thémis - Revista de Derecho

El Balance del Legislativo y el Ejecutivo para una próxima Constitución

Marcial Rubio Correa

La ruptura del proceso constitucional, acaecida el 5 de abril de 1992, representó el epílogo del fracaso de ciertos aspectos de la Constitución en su parte orgánica. En efecto, los conflictos entre los órganos ejecutivo y legislativo se sucedieron desde los inicios de la vigencia de dicha norma política y se constituyeron en uno de los principales condicionantes del quebrantamiento del orden constitucional.

A través del presente aporte, el Dr. Marcial Rubio hace un diagnóstico de la situación de conflicto generada en las relaciones ejecutivo-legislativo, al tiempo que plantea brevemente mecanismos democráticos para su solución.

Los últimos doce años de gobierno constitucional han demostrado que hay que hacer reajustes importantes a la manera como está legislada la relación entre Legislativo y Ejecutivo y, naturalmente, también a cada uno de dichos órganos.

1. LOS PUNTOS DE PARTIDA

Nos interesa resaltar principalmente dos:

- El primero, que las normas de relación entre Legislativo y Ejecutivo no deben pretender eliminar los conflictos entre ambos, sino darles solución adecuada. La relación entre ambos órganos del Estado siempre tendrá conflictos. Esto forma parte consustancial del ejercicio del poder. Una de las consecuencias importantes de tener una Constitución es precisamente que se puede dar por adelantado, reglas que solucionen lo más pacíficamente (y con menor costo para el pueblo) los conflictos entre los grandes poderes del Estado.

Por consiguiente, la finalidad de la Constitución no es otra que diseñar soluciones previas para los conflictos entre Legislativo y Ejecutivo. Por consiguiente, el constituyente tiene que ponerse en la situación en la que ambos órganos van a chocar entre sí, y dar las soluciones más eficaces.

- El segundo es que, para encontrar soluciones, es bueno mirar libros y Constituciones de otros países, y también nuestra historia. La mejor

Constitución para el Perú saldrá de una síntesis sabia entre el conocimiento que acumuló la humanidad, y las necesidades que plantea nuestra historia concreta.

2. LO QUE MUESTRA LA HISTORIA RECIENTE

Lo que nos dicen los libros sobre la manera de tratar al Legislativo, al Ejecutivo y sus interrelaciones, es materia conocida. No lo describiremos en este artículo. Sin embargo, si nos interesa anotar ciertos hechos de nuestra historia reciente que valdría la pena tomar al diseñar la nueva Constitución.

2.1. La función legislativa no está bien distribuida

Este hecho salta a la vista desde que los tres presidentes constitucionales que tuvo el Perú, usaron y abusaron sistemáticamente de los Decretos de Urgencia. Una manera de apreciar este fenómeno es simplemente constatar el mal uso de la atribución constitucional del inciso 20 de artículo 211 de la Constitución. Es un juicio prescriptivo frente a los hechos.

La otra es constatar que si todos y cada uno de los presidentes se vieron en la necesidad de legislar de urgencia, quiere decir que el poder Ejecutivo debe tener mayores atribuciones legislativas que las que la Constitución le otorga y, desde luego, esto no puede sino significar que el Congreso debe ver reducidas las suyas. Por lo demás, la creciente

producción legislativa del Ejecutivo, es un fenómeno no sólo peruano, sino mundial (y que, por lo demás, existe en todos los países de América Latina).

De otro lado, podemos apreciar que el Congreso también mostró sus propios problemas en producción legislativa. En este artículo sólo quiero referirme a las leyes que la Constitución exige para lograr su cabal vigencia, en la medida que las prescripciones constitucionales generales, requieren de leyes que las desarrollen y hagan operativas.

Al 5 de abril de 1992, puede decirse que prácticamente la mitad de las leyes requeridas por la Constitución, no habían sido aún dadas. De otro lado, muchas de las que aparecieron durante los doce años pasados, fueron aprobadas mediante Decretos Legislativos. No hubo código importante que fuera finalmente aprobado por el Congreso (y los especialistas están cada vez más de acuerdo en que ello es prácticamente imposible en las condiciones actuales de organización del Estado).

En resumen, sería deseable que el Congreso legislara sobre las materias trascendentales que le exige la Constitución para tener debida vigencia, y sobre algunos otros asuntos que fueran particularmente importantes en el Perú, y que lo que no cayera dentro de este ámbito, pasara a ser atribución legislativa del Poder Ejecutivo.

La idea no es nueva. Uno de los ejemplos más claros es la Constitución vigente de Francia. Desde luego, no se trata de copiar dicho modelo, pero sí de tomarlo como fuente de inspiración para diseñar uno propio, que asigne las competencias legislativas a la manera como el Perú las requiere. Para esto, un estudio estadístico de la manera cómo se utilizó el artículo 211 inciso 20 de la Constitución, resultaría muy significativo. Ya hay varios estudios avanzados y podría hacerse un excelente trabajo de sistematización de experiencia histórica sin demasiado esfuerzo.

Un detalle complementario, pero importante en esta materia, es que la nueva Constitución deba avanzar en el reparto de competencias legislativas entre el Gobierno Central (que incluiría en este aspecto tanto al Poder Ejecutivo como al Legislativo) y los gobiernos regionales. La solución adoptada en la Constitución de 1979 fue deficiente en este aspecto y la experiencia del proceso de regionalización de los últimos años debe ser aprovechada para corregir los defectos y lograr una descentralización más adecuada del poder. Por consiguiente cuando hablamos de las atribuciones de legislar, no sólo debemos pensar en el Gobierno Central, sino también en los regionales (mi impresión es que la atribución normativa de los gobiernos locales está, en general, bastante clara).

2.2. El Presidente es demasiado poderoso

De un lado, el Presidente de la República es desproporcionadamente fuerte en el Perú pero, de otro, no existen instrumentos políticos suficientes, ni en sus manos ni en las del Congreso, para resolver las crisis políticas entre ellos.

Lo que normalmente debe ocurrir es cualquiera de estas dos cosas, o ambas encadenadas en el tiempo como un proceso continuo:

- El Congreso puede censurar al Gobierno de manera que al establecerse otro, cambie de política en las materias en las que se produjo la censura. Esto es: si un Ministro de Agricultura fue censurado por no preocuparse de buscar financiamiento para la campaña agrícola, el siguiente ministro de agricultura que jure el cargo, deberá buscar dicho financiamiento.
- El Gobierno (Presidente de la República y Consejo de Ministros), puede disolver el Congreso cuando esté drásticamente enfrentado a él. En este caso, se debe convocar a nueva elección parlamentaria, de la cual resultará una mayoría que será favorable o contraria al Gobierno. En ambos casos el conflicto se resuelve. Desde luego, el gobierno puede disolver al Congreso haya o no haya censura de ministros. El proceso político es ligeramente distinto en uno y otro caso, pero lo sustancial es idéntico: el pueblo vota y decide con quién está de acuerdo.

En la Constitución de 1979 no existe ninguna de estas dos situaciones como solución cabal de los problemas. El Congreso puede censurar a los ministros o a todo el gabinete, pero eso no garantiza cambio de política por la sencilla razón de que, formas aparte, quien elige y nombra a los Ministros es el Presidente de la República y, a él, nadie puede derrocarlo por razones políticas porque goza de la irresponsabilidad que es propia a los Jefes de Estado.

Además, si bien es cierto que la Constitución dice que ningún acto del Presidente es válido sin refrendación ministerial, todos saben que muy raramente un ministro se enfrenta al presidente y le dice "no firmo esto y vamos a una crisis política que nos enfrente". Desde luego, que hay ministros que ante esta situación en vez de enfrentarse al Presidente renuncian, pero eso es justamente una perversión de lo que busca la Constitución porque, el nuevo ministro, será nombrado sólo si firma lo que su predecesor no quiso. En otras palabras, el control de los ministros para con el Presidente, no existe en nuestro modelo constitucional. Así, en base a esta complicada red de normas y hechos, el Presidente de la República acaba siendo un jefe de Estado, irresponsable políticamente y, al mismo tiempo,

po, jefe de gobierno. Es un contrasentido para cualquier forma razonable de organizar el poder.

De otro lado, si el Gobierno quiere disolver el Congreso, tiene los siguientes problemas: tiene que esperar que sean censurados tres consejos de ministros (lo que nunca sucedió en el Perú de los últimos decenios) y, además, sólo puede disolver la Cámara de Diputados a pesar que en muchos asuntos trascendentales como por ejemplo la aprobación de leyes, el Senado tiene iguales poderes que su legisladora. En otras palabras, la disolución constitucional del Congreso no es posible y la de la Cámara de Diputados no es verosímil (aunque formalmente sí es posible).

Lo que debería ocurrir es que el Gobierno disuelva el Congreso y convoque a elecciones porque considera que no puede trabajar con él por razones puramente políticas. La disolución no puede estar sometida a requisitos burocráticos, no debe depender de lo que haga el Congreso. Debe ser atribución, es decir, arma política que atañe utilizar exclusivamente al gobierno como, a su turno, la censura ministerial queda a arbitrio del Congreso.

Entonces tendríamos que modificar la Constitución dentro de este espíritu. Dar lanzas eficientes a uno y otro lado, de manera que de la pugna entre ellos salga siempre una solución efectiva a las crisis políticas. Se trata de que los problemas se resuelvan y no, como ocurre con la Constitución de 1979, que haya entre Ejecutivo y Legislativo un "matrimonio sin divorcio" (frase de Maurice Duverger).

2.3. Esto supone reformar al Poder Ejecutivo

Estas modificaciones suponen una significativa transformación de la actual estructura del Poder Ejecutivo, cuyas líneas maestras deben ser:

- El Presidente de la República debe ser un Jefe de Estado y no debe ser un Jefe de Gobierno. Esto es, no debe intervenir en las decisiones de política cotidiana, aunque debe tener poderes suficientes para enderezar la marcha de los órganos del Estado cuando sea necesario. El Presidente no debe ser el jefe del Ejecutivo, sino estar claramente ubicado por encima de todos los órganos y poderes. Incluso el Poder Ejecutivo lo debe sentir ajeno. En la medida que logremos esto estaremos organizando un Estado con conflictos mejor resueltos. Sí es razonable decir que el Jefe de Estado en el Perú debe tener mayores poderes que los que corresponden a los reyes europeos de las monarquías constitucionales y, aún, a los presi-

dentales como el italiano o el francés. Esto corresponde a nuestra tradición de país con líderes carismáticos. Pero es muy distinto hablar de un Jefe de Estado con poderes que de un jefe de gobierno. Esta distinción es muy clara para la teoría constitucional.

- Debemos tener un Jefe de Gobierno que sea un Primer Ministro efectivo, que tenga independencia relativa considerable del Presidente de la República. Esto puede lograrse buscando que el Presidente lo proponga y el Congreso le de un voto, así en adelante, el Presidente no puede destituirlo por decisión unilateral. Desde luego, siempre está atrás el fantasma de qué pasa si en el Congreso no se ponen de acuerdo sobre quién debe ser. Esto es bastante sencillo de resolver: se puede dar un plazo transcurrido el cual, si no hay acuerdo mayoritario en el Congreso, entra en funciones el Primer Ministro propuesto por el Presidente y, por un tiempo, se sube el quorum necesario para aprobar la censura ministerial de manera que el Congreso en realidad se vea forzado a ponerse de acuerdo para no perder atribuciones por el trascurso del tiempo. Las fórmulas imaginables pueden ser muchas. Lo importante es que podamos tener en el Perú un jefe de gobierno que sea sensible a lo que piensa el Congreso y lo tome en cuenta. Con la actual Constitución ello no es necesario y el Gobierno puede seguir haciendo lo suyo desoyendo la censura ministerial. Así ocurrió, por lo demás, en casi todos los contados casos de ministros censurados en el Perú de los últimos decenios.
- Los ministros deben ser políticos y no administradores. En la actualidad, el ministro es más lo segundo que lo primero y eso es malo. La función de un ministro es pensar en los aspectos políticos de la repartición que le toca por función. Firmar resoluciones, ocuparse de los problemas menudos del Minsiterio, etc., son en realidad distracciones a su función central y desnaturalizan el ejercicio del poder. Mientras las cosas sean así, el único que puede pensar y decidir por función es el Presidente de la República y eso contribuye, una vez más, a la centralización de poder en él. A la Constitución le compete dictar las normas conducentes a que el ministro sea un político y pueda delegar todas las funciones administrativas a funcionarios de su confianza y, naturalmente, bajo su responsabilidad. Esto permitirá un mejor uso del poder del Consejo de Ministros y, con seguridad, permitirá también que el Jefe de Gobierno sea mejor controlado por quienes ejercen los cargos ministeriales.

Creemos
en los
Peruanos,
seguimos en el
PERU



OCCIDENTAL PETROLEUM CORP. OF PERU
Petróleo para el desarrollo

La Justicia y la Abogacía

Ramón Serrano Suñer

Sin la justicia, que es exigencia de la razón y de la moral, no puede darse, en ninguna comunidad, la convivencia; y menos la convivencia en libertad; la vida civilizada no es posible.

Para la realización del Derecho, para aproximarse en la medida de lo humano posible a la Justicia ideal, crean los Estados organismos o sistemas en el ámbito del Poder Judicial, bien lejos de los otros poderes del Estado (que casi siempre intentan supeditarlos), Juzgados y Tribunales con honestidad y competencia.

En España, durante casi dos siglos hemos tenido una Magistratura que dio muchos ejemplos, como en otra ocasión escribí, de probidad, de ciencia y de experiencia, incluso de heroísmo resistiendo al acoso de quienes pretenden llevar adelante aspiraciones partidistas, inmorales, pasajeras, por encima de los graves y serios problemas de la nación. Por ello, salvo excepciones, se ha visto y considerado, con el prestigio social que ello representa, a los miembros de la Judicatura española.

La integridad de los juzgadores supone, o exige, su entera **independencia**: el juez no puede depender más que de la Ley y de su conciencia.

La Administración de Justicia requiere, para ser eficaz, la existencia de jueces con integridad, moralidad y competencia; la incompetencia, como con razón se ha señalado recientemente por un distinguido escritor en la prensa diaria, es otra forma de inmoralidad.

Han de tener una preparación adecuada y conocimientos necesarios, para llevar a sus Sentencias las consideraciones y reflexiones oportunas sobre los casos particulares que se sometan a su estudio y resolución, dentro de los preceptos lega-

les que integran el ordenamiento jurídico. Su preparación doctrinal ha de referirse no sólo a los textos legales, sino también a la teoría general, lo que es indispensable para manejar correctamente conceptos y textos concretos; incluso necesitan de una cultura humanística que ayude a la comprensión e interpretación de los problemas del Derecho y de los humanos subyacentes, pues la "**Jurisprudencia**" es tarea de los **prudentes**.

El juzgador independiente y competente necesita, además, disponer sin acosos, sin apremios, con serenidad, del tiempo necesario para la realización de su trabajo digno y serio.

Frente a estas consideraciones sobre la Administración de Justicia, la realidad de hoy es que cientos, miles de asuntos, se acumulan en las Secretarías de Juzgados y Tribunales en espera de señalamientos que no llegan hasta después de varios años, cuando la resolución, por tardía, resultará inoperante o por lo menos de menor eficacia, dado el avance vertiginoso de la vida actual.

Se pretende, o se ha pretendido, resolver, o atenuar tan grave situación con remedios que son inadecuados o insuficientes; por ejemplo, en las Salas de Justicia de las Audiencias -órganos colegiados- que los magistrados en lugar de colaborar todos, de manera conjunta, en el riguroso estudio de los problemas que se les plantean, o de las sentencias inferiores que se les someten, sea uno solo de sus miembros quien estudie el asunto y redacte la sentencia y que los demás magistrados se limiten a firmar.

También se ha tratado de resolver de alguna manera, por otros medios, esa situación, que en ocasiones en lugar de resolverlas las agrava, como ocurre con la incorporación de los Jueces de Distri-

to a un solo Cuerpo de la Judicatura, accediendo al *él recta vía* sin otro requisito de preparación y competencia.

Por el deseo de "acercar la Justicia a los justiciables", en cuestiones de escasa importancia económica, de pequeña cuantía y trascendencia social, se pensó en "jueces intermedios" que con sólo los conocimientos adquiridos en los estudios de la Licenciatura en la Universidad, y que tuvieran buena fama y conducta, pudieran ejercer funciones tan delicadas por entender, como las hay en el Derecho Mercantil, en el Penal, en el Administrativo y en el Civil y que se sustraían al juicio especial de cognición, para los que no se necesitaba una mayor preparación.

Y en virtud de esa "Uniformidad", los Jueces de Distrito ocuparon con plena titularidad plaza en los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, e incluso en las Audiencias Provinciales y otros Tribunales de Justicia, con inevitable detrimento de la calidad, porque el principio, interesadamente extendido, de que el juez está preparado para ejercer en cualquier grado y fase de la Jurisdicción, no pasa de ser una peligrosa ilusión, una ficción, por mucha que sea su voluntad, a lo que se une, además, la falta o deficiencia, en medios humanos, materiales y técnicos. También se argumenta con el valor de la "experiencia", por el simple transcurso del tiempo, lo que dará lugar, sin una sólida base de conocimientos doctrinales, a una rutina chapucera que es incompatible con el espíritu, e incluso con la ilusión, que se precisa para toda actuación profesional decorosa.

Contribuye a esa lamentable situación la falta de colaboración que, en su función, el juzgador tuvo siempre de la Abogacía, buscando con ello la solución justa y adecuada a los legítimos intereses concretos que patrocinaba.

Desde siempre esta noble función del abogado se ha considerado útil y aun necesaria: en Las Partidas ya se decía que el oficio del abogado era "muy provechoso para ser mejor librados los pleitos, y porque ellos aperciben a los juzgadores". Y en nuestros días un eminente profesor de la Universidad de Florencia, autor de muy importantes obras de Derecho Procesal y de Casación Civil, Calamandrei, en un libro en el que a pesar de su título "Troppi avvocati" (demasiados abogados) nos dice nada menos que la justicia, en los Estados civilizados modernos, no podría funcionar si no existiesen los abogados, por la complicación de los sistemas judiciales, y que el juez si se suprimieran los abogados quedaría en relación con la impericia y posible mala fe de los litigantes.

De manera que ha existido siempre una noble **simbiosis del abogado estudioso del Derecho y del Magistrado "profundizador"** de las esencias jurídicas, estimulándose, recíprocamente la actividad de uno y otro; y de tal manera que cuando la judicatura decae, la Abogacía se adocena. Para la colaboración de los abogados con los Tribunales es necesario que el prestigio de aquéllos se cimentara en virtudes y valores de alta cotización intelectual y moral.

Esa misión colaboradora necesita el ejercicio de una Abogacía con toda dignidad, tanto en el aspecto de fondo jurídico como en el técnico, ya que doctrinas y norma formal constituyen un todo; de manera que, en alguna mínima medida, pueda aplicarse a la seriedad y rigurosidad de sus trabajos aquella frase de Leibniz (cima de la historia de la cultura con su saber universal: Matemáticas, Filosofía, Derecho, Teología, Arte de la Guerra, con entusiasmo por todas las ciencias), referida al ámbito jurídico de Roma, que decía: "Los escritos de los grandes juristas romanos tienen el valor y el rigor de los escritos de los matemáticos", es decir de la ciencia pura, la categoría.

Desgraciadamente, todo eso está muy lejos de la actualidad. Hoy, aquella rigurosa disciplina jurídica que mutuamente se imponían, con noble emulación, jueces y abogados en planteamientos de **auténticos** problemas de Derecho, se sustituye por oficinas gestoras de negocios, en ocasiones negocios con ramificaciones turbias internacionales, influencia política y especulaciones fraudulentas. Tales oficinas nada tienen que ver con los bufetes de los verdaderos abogados.

Es crisis de ética, dice en su libro *Ética de la Abogacía* el ilustre jurista y fino escritor profesor Martínez Val, conocedor a escala mundial de las cuestiones y las respuestas de la deontología propia del abogado, como comenta el prologuista de ese libro, el competente abogado y catedrático, don Andrés de la Oliva Santos.

Creo que es necesario recordar, y lo hice ya hace treinta años en el discurso que pronuncié para los jóvenes alumnos de la "Escuela Práctica Jurídica"¹, que no estaba entonces, y creo que tampoco ahora, suficientemente atendido por la Abogacía el sector de lo económico-financiero y del asesoramiento fiscal, con lo que la deserción profesional de aquél campo podía inducir a muchos intrusismos y desviaciones indignas, como las que estamos denunciando.

En aquel discurso pronunciado, repito, hace ya treinta años, se contienen manifestaciones y refe-

1. Ver *Thémis Revista de Derecho*, Nº 13.

rencias que todavía hoy tienen -siguen teniendo- vigencia: las reformas, las medidas de la Hacienda española han abierto al letrado un panorama de estudio y de trabajo; para dedicarse a él hay que mejorar la preparación económica y contable de los abogados y su cultura financiera.

La organización social y política actual necesita de letrados que especializados en Derecho Financiero, Tributario y de Empresa, asistan con su consejo, con su defensa y con su ilustrada gestión, a una multitud de personas que, preocupadas con los problemas de la producción y la circulación de la riqueza, carecen de tiempo para dedicarlo a la fricción de sus actividades con el sector público. Esta especialización que presta sus servicios a sociedades y entidades que trabajan con amplios horizontes, y en ocasiones con generosos sistemas de atención para sus colaboradores, requiere estudio, capacitación y esfuerzo, que encuentran a la postre justa compensación.

Quedan, sin duda, todavía en la Abogacía despachos con letrados ilustres, con responsabilidad y gran competencia, pero que sufren a consecuencia de la situación antes expuesta, el agobio por limitaciones en el tiempo necesario para la reflexión, el estudio y la exposición en los informes orales; lo que es contrario a la exigencia de todo trabajo serio y digno.

Cuando se celebran en un Sala de Justicia, cuatro o cinco vistas en un solo día, los abogados no pueden actuar en sus informes con serenidad y el sosiego necesarios en el análisis de los supuestos de hecho y de las cuestiones de Derecho, y ello lleva consigo desánimo, desgana, en sus informes, al no poder disponer del tiempo absolutamente necesario en su intervención, ni que al preparar sus escritos, procurando hacerlo con la técnica más rigurosa y depurada, algunas veces se interrumpen en su tarea y se preguntan a sí mismos, ¿y, esto para qué?; estado de ánimo que se producirá

igualmente en el del Juzgador competente y riguroso. Todo es bien distinto a los años, no muy lejanos, en que yo, con seriedad y despreocupación en cuanto al tiempo -el necesario, ni más ni menos-, me honraba informando con frecuencia ante la ilustrada Sala Primera del Tribunal Supremo.

Estos pocos bufetes que aún quedan son continuadores de una ilustre tradición de abogados españoles cuyo conocimiento alcanzamos todavía. Se ha dado en el tiempo distintos estilos y maneras de ejercer la Abogacía, pero siempre dentro de su noble espíritu y dignidad; por ejemplo, en generaciones anteriores hubo abogados insignes, con técnica menos rigurosa (entraban en España pocos libros y revistas extranjeros), pero ejercieron desde la altura con su gran talento y buena palabra: **Montero Ríos, Maura** y otros muchos, aunque como principal ejemplo debemos citar en primer lugar a don **Francisco Bergamín**, superior a todos, **Melquiades Alvarez, Bugallal, Alcalá Zamora, García Prieto** que viene de **Montero Ríos...** en el ambiente de **Díaz Cobeña, de Alonso Martínez** y del Código civil, modelo del buen lenguaje. Y el grupo catalán -**Beltrán y Musitu** entre otros- aunque su mayor personalidad, la del gran **Cambó**, se dirigiera principalmente por las actividades antes referidas de lo económico-financiero.

No sin tristeza, al final del camino de una larga vida profesional -buscando la justicia en los casos concretos, y dedicado al cultivo del Derecho que es la gran conquista de nuestra Cultura- nos encontramos con esta situación dramática, con este panorama, con los intentos de absorción del Poder Judicial por el Ejecutivo, con la maniobra de incrustar en él miembros procedentes o simpatizantes de los partidos políticos; pero, también, con el deseo, que mantengo desde el fondo del corazón, de que pronto se tomen medidas eficaces y adecuadas para la recuperación de la Judicatura y de la Abogacía, contribuyendo así al bienestar general y a la paz interior de España.

RED LATINOAMERICANA DE DERECHO AMBIENTAL

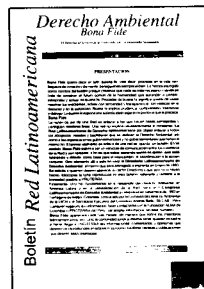
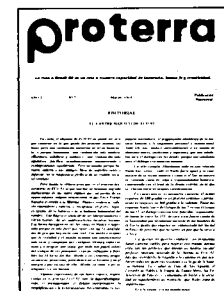
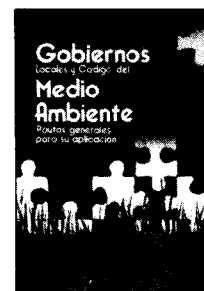
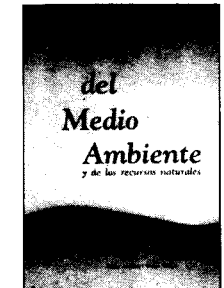
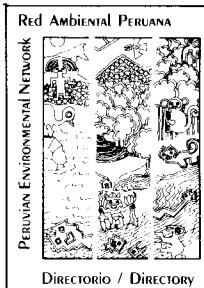
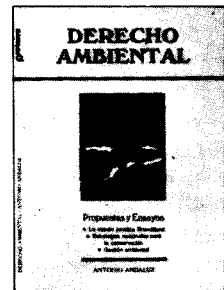
La Red Latinoamericana de Derecho Ambiental, órgano de enlace de los miembros Sudamericanos de la Unión Mundial para la Naturaleza UICN, invita a los abogados, tesistas, bachilleres, así como, a las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales a contactarse con la Coordinadora a fin de participar de las iniciativas y actividades que se vienen realizando: el Boletín Bona Fide, publicación trimestral de la Red; el Directorio Latinoamericano de Derecho Ambiental que se será entregado a imprenta en los primeros meses de 1993 y el I Congreso Latinoamericano de Derecho Ambiental que se llevará a cabo en Setiembre de 1993 en Cartagena de Indias, Colombia convocado por la Comisión de Derecho Ambiental de la UICN y la Secretaría Ejecutiva del Convenio Andrés Bello SECAB.

La Red tiene como objetivos realizar actividades coordinadas de promoción y difusión del Derecho Ambiental a fin de contribuir de manera efectiva al logro de la conservación de la naturaleza y del desarrollo sustentable.

Coordinadora PROTERRA - Av. Esteban Campodónico 208, Urb. Santa Catalina Lima 13, Perú.

Teléfonos (51) (14) 723800 - (51) (14) 703930

Telefax: (51) (14) 703371



Armonización y Unificación del Derecho Privado en América Latina: Esfuerzos, Tendencias y Realidades

Alejandro M. Garro*

Abogado, Profesor de Derecho Latinoamericano en la Universidad de Columbia (Nueva York)

INTRODUCCION

La mayoría de los países de la región que suele identificarse como América Latina comparten una cultura jurídica de raigambre neo-romanista en el campo del derecho privado,¹ un marco institucional de corte netamente liberal, original y fundamentalmente inspirado por el constitucionalismo norteamericano,² y un compromiso internacional con el sistema interamericano de protección de los derechos humanos³. Los países iberoamericanos también mantienen puntos de contacto surgidos de

historia política contemporánea relativamente accidentada e inestable y una estructura social y económica similar. A pesar de las distinciones de matiz, en algunos casos importantes, que pueden trazarse entre sub-culturas jurídicas luso e hispanoamericana, y teniendo en cuenta las diferencias culturales entre países de extracción colonial francesa y británica en el seno de la Organización de Estados Americanos (O.E.A.), continúan existiendo puntos de contacto entre los sistemas jurídicos latinoamericanos. Estas características comunes se apoyan fundamentalmente en una identidad regio-

* El autor es, además, investigador Asociado, Parker School of Foreign and Comparative Law; Abogado (Universidad Nacional de La Plata); LLM (Louisiana State University); JSD (Columbia University). El autor expresa su agradecimiento por las observaciones críticas del Dr. José Luis Siqueiros a un borrador inicial de este manuscrito; su reconocimiento al Estudio Jurídico Budreaux & Dahl por haber puesto a su disposición su biblioteca y asistencia secretarial durante su estadía en Dallas, y a la Sra. Grossman del Departamento de Asuntos Jurídicos de la Organización de Estados Americanos, por su gentil predisposición para hacer llegar documentos de la OEA utilizados en este trabajo. Los errores de información y de juicio, obviamente, corren exclusivamente por cuenta del autor.

1. V., *infra*, texto que acompaña las notas.
2. La influencia del constitucionalismo norteamericano en América Latina sobrevino a la independencia política de España y Portugal y se extendió durante el siglo XIX fundamentalmente a través de la obra de Alexis de Tocqueville, *La Democracia en América del Norte*, cuya traducción castellana por Sánchez de Bustamante ya se conocía en América Latina desde 1837. Véase H. Fix-Zamudio, "Función del Poder Judicial en los Sistemas Constitucionales Latinoamericanos", en *Latinoamérica: Constitución, Proceso y Derechos Humanos*, México, 1988, p. 223; *ibidem.*, "Breves reflexiones sobre los instrumentos de armonización jurídica en América Latina", *ibidem.*, p. 313.
3. En el año 1992, 23 países latinoamericanos ya han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, adoptada el 22 de noviembre de 1969 y que entró en vigor el 18 de julio de 1979. O.A.S.T.S. No. 36, Off. Rec. OEA/ser.L/V/II.23, doc. 21, rev. 6 (1979). Esos países son: Argentina, Barbados, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. De estos veintitrés países, catorce, habían aceptado, a principios de 1992, la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos contenciosos: Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Véase *Annual Report of the Interamerican Commission on Human Rights 1990-1991, Annex "A"* (1991).

nal que permite analizar sus esfuerzos y contrastar sus logros y fracasos en el campo de la armonización y unificación del derecho privado ⁴.

El propósito del presente trabajo es el de reseñar la labor y las tendencias pasadas y futuras de la de armonización y unificación del derecho privado en América Latina. Un segundo objetivo es el de examinar las tendencias actuales de integración jurídica latinoamericana a la luz de la creciente globalización del comercio internacional. Este análisis me conduce a aconsejar el abandono de la tradicional postura regionalista en los esfuerzos de unificación y armonización del derecho privado, al menos en tanto y en cuanto dicha postura no encuentre justificación en genuinas diferencias jurídicas con aquellos países con quienes las naciones de América Latina, individual y colectivamente, mantienen un nivel significativo de tráfico comercial internacional. La postura asumida propone una participación más activa por parte de los países latinoamericanos en los esfuerzos de unificación que llevan a cabo organismos con vocación unificatoria universal como la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya (Conferencia de La Haya), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, también conocida por sus siglas en inglés UNCITRAL) y el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT).

La primera parte de este trabajo pretende ubicar el tema de la unificación del derecho privado dentro de la perspectiva actual de creciente globalización de la economía y solidificación de áreas li-

bres de comercio. Luego haré un repaso de las dos etapas fundamentales en que se han dividido estos esfuerzos de unificación, destacando el rol protagónico asumido durante los últimos treinta años por el Comité Jurídico Interamericano de la O.E.A. Finalmente, se formulan algunos planteos respecto a los obstáculos con que se enfrentan las fuerzas de la unificación jurídica latinoamericana y se esbozan algunas perspectivas sobre la integración futura de los países de América Latina a las corrientes universales del derecho mercantil internacional.

HOMOGENEIDAD JURIDICA LATINOAMERICANA Y LA UNIFICACION DEL DERECHO PRIVADO EN UN MUNDO DE CRECIENTE INTERDEPENDENCIA ECONOMICA

La armonización y eventual unificación del derecho privado en América Latina está sugerida por su identidad lingüística y geográfica, religión, lengua, una cierta homogeneidad de costumbres, una similitud de problemas de orden económico, social, político, y, fundamentalmente, raíces jurídicas comunes. De allí que nunca hayan faltado iniciativas en favor de la unificación jurídica latinoamericana, cuyo largo historial se extiende desde el Congreso de Panamá de 1826 convocado por Bolívar ⁵, hasta las modernas convenciones interamericanas adoptadas por las Conferencias Interamericanas Especializadas de Derecho Internacional Privado (CIDIPs), que desde 1975 se llevan a cabo en el seno de la O.E.A. ⁶.

En una primera etapa, que precedió a los movimientos europeos de unificación jurídica continen-

4. Los términos "armonización" y "unificación" son empleados en forma flexible en este artículo, pero conviene puntualizar que ambos vocablos tienen un alcance diferente. Una genuina "unificación" del derecho privado podría implicar la adopción de un texto común, que pueden ser tratados o convenciones internacionales, o una ley modelo, y su aplicación directa por los tribunales locales o su revisión judicial por un tribunal supranacional. En cambio, el concepto de "armonización" (*rapprochement* o *Angleichung*) es más flexible y no implica necesariamente la adopción de un texto uniforme; se refiere más bien a una simple aproximación de criterios jurídicos, apoyándose en bases, leyes modelos, o doctrina común, que pueden servir de punto de partida para que los legisladores y jueces nacionales puedan coordinar el enfoque jurídico de un conflicto de intereses determinado. Véase Ancel, "From the Unification of Law to Its Harmonization", *Tulane Law Review*, diciembre 1976, pp. 114-117; Fix-Zamudio, "Breves reflexiones sobre los instrumentos de armonización jurídica en América Latina", en *Latinoamérica: Constitución, Proceso y Derechos Humanos*, México, UNAM, 1988, pp. 313, 316, 322; Zaphiriou, "Harmonization of Private Rules Between Civil and Common Law Jurisdictions", *American Journal of Comparative Law*, vol. 38, 1990, p. 71. Véase también, Monaco, "L'evoluzione attuale del diritto uniforme", en *Raccolta di Scritti in Memoria di Agostino Curti Gildino*, vol. 1, 1990, pp. 145, 147 (quien ubica la armonización como una etapa intermedia entre la comparación y la unificación del Derecho).
5. Aunque sería exagerado considerar al Congreso de Panamá de 1826 como un paso concreto en materia de codificación del derecho internacional privado latinoamericano, su convocatoria refleja una temprana voluntad política en favor de la armonización jurídica latinoamericana. Fundamentalmente, el Congreso de Panamá se propuso establecer las bases de una política exterior común, un pacto de alianza defensiva y establecer un tribunal internacional de justicia. El Tratado de Panamá, aprobado por este Congreso y suscripto por México, América Central, Colombia y Perú, dispuso el entendimiento futuro de los gobiernos con el fin de discutir y aprobar los principios jurídicos que debían regir sus relaciones mutuas. Véase Briceño Berrú, "Reflexiones sobre la codificación del derecho internacional privado en América Latina", en *L'Unificazione del Diritto Internazionale Privato e Processuale. Studi in Memoria de Mario Fiulano*, pp. 157, 1989 (citado como Briceño Berrú, "Reflexiones sobre la codificación").
6. Véase *infra*, texto acompañando las notas

tal, los países de América Latina se embarcaron en un ambicioso proyecto de codificación del derecho internacional privado. Una segunda etapa más pragmática, protagonizada por las CIDIPs, abandonó la aspiración romántica de la codificación global y se concentró en temas más específicos. Si bien los esfuerzos pioneros y comprensivos de unificación del derecho privado no tuvieron mucho éxito⁷, aquellos realizados por las CIDIPs han culminado hasta la fecha con la aprobación de 21 convenciones interamericanas. Los esfuerzos encaminados a la próxima CIDIP, a realizarse en México en 1994, afirman esta tendencia unificadora hacia una codificación progresiva del derecho internacional privado interamericano⁸.

Los trabajos de las CIDIPs han sido modesta y realísticamente limitados en cuanto a la materia y al espacio. Así, los temas objeto de unificación o armonización no se han extendido más allá de cuestiones relacionadas con los criterios de selección del derecho aplicable y la coordinación de mecanismos de cooperación judicial internacional. Aún cuando se prevé la adhesión de estas convenciones por países que no pertenecen a la O.E.A., el ámbito espacial de aceptación de los instrumentos interamericanos no excede en la mayoría de los casos el de América Latina. Este objetivo y lo que ya se ha logrado en su cometido no es desdénable. Sin embargo, la realidad contemporánea del derecho mercantil internacional exige un replanteo acerca de la conveniencia de mantener una postura regionalista en los esfuerzos de unificación

del derecho privado.

La implantación de bloques económicos regionales constituye un impulso muy importante en los esfuerzos de armonización y unificación del Derecho⁹. Esto puede comprobarse con la experiencia contemporánea de los países de Europa, que continúan elaborando a ritmo acelerado un derecho comunitario por conducto de la integración económica. Sin embargo, los esfuerzos de armonización y unificación del derecho mercantil en el mundo contemporáneo no se inspiran necesariamente en intereses regionalistas. Se trata más bien de armonizar criterios jurídicos entre países que, a pesar de contar con una tradición jurídica diferenciada y una acentuada disparidad de desarrollo económico, mantienen una relación comercial y por ende de conflictos jurídicos lo suficientemente importantes como para justificar la armonización de sus ordenamientos jurídicos. En una época de creciente interdependencia comercial entre países del "Norte" y del "Sur", entre los que se cuentan en ambos campos naciones con tradición jurídica anglosajona y continental romanista, es necesario replantearse la necesidad y conveniencia en dirigir los esfuerzos de unificación del derecho privado en términos universales y no meramente regionales.

Existen por cierto un buen número de esfuerzos encaminados a solidificar bloques económicos que enlacen los intereses de los Estados Unidos y Canadá con México¹⁰, otro entre repúblicas centroamericanas¹¹, los países de la región andina¹² e

7. Véase *infra*, texto que acompaña las notas.

8. Véase *infra*, texto que acompaña las notas.

9. Véase J. Limpens, "La evolución de la unificación del Derecho", *Revista de Derecho Comparado*, Barcelona, enero-diciembre 1960, pp. 9-18; id., "Relations entre l'unification au niveau régional et l'unification au niveau universel", *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, enero-marzo 1964, pp. 13-31 (quien sostiene que la unificación de carácter regional constituye un paso obligado en la aspiración de una armonización más extensa).

10. Existe la posibilidad concreta que México se adhiera al Tratado de Libre Comercio celebrado en 1989 entre Canadá y Estados Unidos, circunstancia que sin duda tendrá un impacto importante en la unificación y armonización del derecho privado mexicano y el de sus vecinos anglosajones. V., M. Miller, "El acuerdo de libre comercio entre Canadá y Estados Unidos: Lecciones para América Latina", *Integración Latinoamericana*, Buenos Aires, enero-febrero 1990, No. 153, pp. 24-34; G. C. Smith, "The United States-Mexico Framework Agreement: Implications for Bilateral Trade". *Law and Policy in International Business*, 1989, vol. 20, p. 655; R. Sandoval, "Mexico's Path Towards the Free Trade Agreement with the U.S.", 1991, *Interamerican Law Review*, Vol. 23, p. 133.

11. La carta de San Salvador, del 14 de octubre de 1951, creó una Organización de Estados Centroamericanos (ODECA) que estableció varios instrumentos formales de unificación jurídica. V., F. Villagrán Kramer, "Controles de legalidad e impugnación de los actos de los organismos de la integración centroamericana", *Derecho de la Integración*, Buenos Aires, abril de 1969, pp. 141-155. También se ha intentado establecer un tribunal comunitario centroamericano, aunque con una competencia distinta a la ejercida por la Corte de Justicia Centroamericana que funcionó entre 1907 y 1918. V., C. J. Gutiérrez, "La Corte de Justicia Centroamericana", *Revista del Colegio de Abogados*, San José, setiembre-diciembre de 1949, vols. 45-48, pp. 262-276, 297-315, 361-367 y 378-402.

12. Acerca de los vaivenes de "integración" y "desintegración" de los países del llamado Pacto Andino que firmaron el Acuerdo de Cartagena del 26 de mayo de 1969 (originalmente firmado por Bolivia, Chile, Ecuador y Perú, al que posteriormente se unió Venezuela y del que se desprendió Chile). Sobre la estructura jurídica establecida por el Acuerdo de Cartagena, puede consultarse con provecho la obra de F. V. García Amador, *The Andean Legal Order. A New Community Law*, Dobbs Ferry, Nueva York, 1978; V. J. G. Andueza, "La aplicación directa del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena", *Integración Latinoamericana*, Buenos Aires, 1985, vol. 98, p. 3; A. Preziosi, "The Andean Pact's Foreign Investment Code Decision 220: An Agreement to Disagree", *Interamerican Law Review*, Miami, 1989, vol. 20, p. 3.

incluso los del cono sur del hemisferio ¹³. Sin embargo, los resultados económicos de la integración latinoamericana han sido modestos hasta la fecha. El nivel de intercambio comercial de los países de América Latina entre sí, al menos por el momento, carece en la mayoría de los casos de la envergadura de las relaciones comerciales que mantienen cada uno de los países de la región con los países de la Comunidad Económica Europea y los Estados Unidos. De allí la necesidad que los esfuerzos de unificación del derecho privado en América Latina deban orientarse hacia una creciente participación en esfuerzos similares que llevan a cabo organismos con vocación unificadora universal. Este planteo no se encuentra justificado solamente en el nivel de intercambio comercial que mantienen los países de la región, sino que también se apoya en la ausencia de criterios jurídicos diferenciadores de entidad suficiente como para justificar una postura regionalista separada de las corrientes de unificación universal.

Reconozco que la adhesión de muchos países latinoamericanos a convenciones multilaterales sobre derecho internacional privado ha sido lograda gracias a la labor tesonera de los organismos técnicos de la O.E.A. Es oportuno tener en cuenta la improbabilidad que un buen número de países no hubieran prestado su conformidad a adherirse a un convenio multilateral fuera el contexto regional interamericano. Esto es comprensible pero no necesariamente justificable. Existe por cierto una mayor predisposición política a adoptar textos "propios" que a adherirse a convenciones universales, tendencia que, por otra parte, no es exclusiva de los países de América Latina. Sin embargo, a pesar de esta realidad política, cabe preguntarse si esta postura regionalista encuentra su razón de ser en diferencias genuinas en el enfoque jurídico respecto a los temas sujetos a unificación. Creo que éste no es el caso y que redundaría en beneficio de los países de América Latina reemplazar la retórica de la solidaridad hemisférica por un trabajo serio orientado a determinar las áreas de coincidencia y reforzar una adecuada representación en los foros

internacionales para la defensa de aquellas posturas jurídicas que realmente justifiquen, en cada caso concreto, un apartamiento de las corrientes de unificación universal.

En efecto, estimo que las diferencias jurídicas, en aquellos casos en que se presentan, no son tantas, y vale la pena embarcarse en el esfuerzo de superarlas. La semejanza de criterios puede constatarse al comparar la similitud, cuando no identidad, de textos adoptados por algunas convenciones interamericanas en materia de cooperación judicial con aquellos que sobre el mismo tema han sido previamente elaborados por la Conferencia de La Haya. También puede constatarse este núcleo común de aproximaciones al comparar la convención sobre arbitraje comercial internacional elaborada en 1958 bajo el auspicio de las Naciones Unidas con la convención interamericana sobre el mismo tema ¹⁴. Además, como se verá con mayor detenimiento más adelante, el actual anteproyecto de la convención interamericana en materia de ley aplicable a los contratos internacionales también es compatible con las orientaciones básicas adoptadas en el mismo tema por las Convenciones de Roma (1980) y La Haya (1986) ¹⁵.

Si las discrepancias jurídicas no son tan importantes como para precluir un entendimiento entre los criterios inspiradores de la unificación del derecho privado universal, ¿no vale la pena acaso incrementar la participación latinoamericana en foros como la Conferencia de La Haya a efectos de arribar a un acuerdo multilateral de mayor alcance espacial? ¿Acaso no redundaría esta apertura en un beneficio de todos los Estados que participan en los esfuerzos de unificación?

No desconozco el valor que ha tenido a través de los años el espíritu de solidaridad latinoamericana, históricamente dirigido a asegurar una independencia política y soberanía económica en constante acecho. Sin embargo, este sentimiento recíproco de fraternidad, que pocas veces ha fructificado en logros concretos, no debe conducir al enclaus-

13. El proceso de integración subregional en América Latina dio un paso importante al concluirse el Tratado para la Constitución de un Mercado Común ("Tratado de Asunción") entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay. V., Ch. Chatterjee, "The Treaty of Asuncion: An Analysis", *Journal of World Trade Law*, Geneva, 1992, vol. 26, p. 63. La decisión política de constituir antes de 1995 el denominado "Mercado Común del Cono Sur" responde la "consolidación de los grandes espacios económicos y a globalización del escenario económico internacional." Acta de Buenos Aires del 6 de julio de 1990. V., E. Oteiza y G. Tempesta, "El desafío del mercado único", *Revista de Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 25 de diciembre de 1991, No. 5756, p. 2; S. Albanese, "El Tratado de Asunción: Hacia la constitución de Mercosur", *Revista La Ley*, Buenos Aires, 15 de octubre de 1991, p. 1.
14. V., A. Van den Berg, "The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975: Redundancy or Compatibility?", *Arbitration International*, Londres, 1989, vol. 5, p. 214
15. V. Documento de antecedentes sobre el tema "Proyecto de Temario de la Reunión de Expertos en Materia de Contratación Internacional", OEA/Ser.G. CP/CAJP-839/91, 29 octubre 1991. Asimismo, véase infra, texto que acompaña las notas.

tramiento de los esfuerzos de unificación del derecho privado. A fin de apreciar las posibilidades que se ofrecen para integrar la perspectiva latinoamericana a las nuevas tendencias del derecho mercantil internacional, conviene repasar brevemente el historial de la codificación del derecho internacional privado en América Latina. Luego de reseñar las etapas por las que ha atravesado este largo proceso, pasaré a examinar las perspectivas que se ofrecen para la unificación del derecho privado sustantivo latinoamericano en el campo de la contratación internacional. El propósito de esta excursión panorámica no es el de profundizar acerca del alcance normativo de estos esfuerzos, sino más bien apreciar su impacto en la futura participación de los países latinoamericanos en los esfuerzos de unificación en los que se encuentran embarcados otros foros internacionales.

ETAPAS EN LA CODIFICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN AMERICA LATINA: DEL IDEALISMO AL PRAGMATISMO

Los esfuerzos pioneros de los países de América Latina en la unificación del derecho privado se remontan al siglo pasado¹⁶. La fuerza inspiradora de estos esfuerzos reposaba en el optimismo universalista de las ideologías imperantes en el pasado, que perseguía una codificación comprensiva del derecho privado universal. En 1875, cuando los países de Europa recién comenzaban a preocuparse por la unificación del derecho privado, el gobier-

no peruano convocó a un grupo de juristas latinoamericanos para explorar si existían concepciones jurídicas lo suficientemente concordantes como para plasmarlas en acuerdos internacionales. Al Congreso de Lima de 1877-78, concurren, además del Perú, representantes de Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Cuba y Venezuela. La idea de emprender la unificación del derecho sustantivo interno de los países participantes fue pronto dejada de lado. La labor del Congreso de Lima se concentró en concluir un tratado de extradición y otro de derecho internacional privado. Este tratado constaba de 60 artículos divididos en 8 capítulos, incluyendo reglas sobre conflictos de leyes en materia de estado y capacidad civil, matrimonio, sucesiones, y mecanismos de cooperación en materia de competencia internacional y ejecución de sentencias extranjeras¹⁷. La guerra del Pacífico que se desató en 79 y discrepancias respecto a algunas de sus disposiciones impidieron que el Tratado de Lima entrara en vigor al ser ratificado solamente por el país anfitrión¹⁸.

El paso siguiente más significativo dentro de este proceso de codificación latinoamericana fue el Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado de Montevideo, que tuvo lugar en 1889. En este congreso se adoptó el primer grupo de nueve tratados multilaterales sobre derecho internacional privado que entró en vigor en el mundo. Los tratados de Montevideo de 1889 fueron ratificados sólo por Argentina, Bolivia, Colombia, Para-

16. Entre una abundante bibliografía sobre la codificación del derecho internacional privado en América Latina, puede consultarse Briceño Berrú, "Sinopsis histórica de la codificación del Derecho internacional privado civil y procesal en América Latina", en *Actas Procesales de Derecho Vivo*, Caracas, 1981, pp. 177-215; García Amador, *Sistema Interamericano a través de Tratados, Convenciones y otros Documentos*, vol. 1, Secretaría General de la OEA, Washington, 1981; Caicedo Castilla, "La contribución de América Latina al desarrollo del Derecho internacional; realizaciones del Comité Jurídico Interamericano", en *Tercer Curso de Derecho Internacional Privado Organizado por el Comité Jurídico Interamericano*, Secretaría General de la OEA, Washington, 1976, pp. 13-42; Parra Aranguren, *Codificación del Derecho Internacional Privado en América*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1982; Siqueiros, "La codificación del Derecho internacional privado en el continente americano", *Jurídica*, Anuario del Departamento de la Universidad Iberoamericana, México, 1982, pp. 235-251; Vieira, "La codificación del derecho internacional privado en el continente americano antes y después de Panamá", *Anuario IHLADI*, Madrid, 1979, p. 261; Villela, "L'unification du droit international privé en Amérique Latine", *Revue Critique de Droit International Privé*, 1984, pp. 233-262; De Maekelt, "General Rules of Private International Law in the Americas", *177 Recueil des Cours*, p. 193 (1982-IV); Goldschmidt, "Droit international privé Latino-Américain", *Journal de Droit International*, vol. 100, p. 65 (1973); R. Herbert, *Del Congreso de Lima a la CIDIP-III* (Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut, Saarbrücken 1984).
17. Sobre el Congreso de Lima de 77-78 puede consultarse García Calderón, "Congreso Americano de Jurisconsultos de Lima de 1877", *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Lima, 1977, pp. 25-44; MacLean Ugarteche, "El Derecho Internacional Privado Peruano y el I Congreso Americano de Jurisconsultos de Lima de 1877", *ibid.* pp. 45-67; Núñez Valdívía, "Centenario del Tratado de Derecho Internacional Privado", *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Lima, 1978, pp. 114-125 y 210-219; Pradier Fodéré, "Notice sur les premières conférences du Congrès des Juristes Américains tenu à Lima", *Bulletin de la Société de Legislation Comparée*, Paris, 78, pp. 524-533.
18. Mientras que el Tratado de Lima se inclinó por el sistema italiano de la nacionalidad para determinar la ley aplicable en materia de estado civil y capacidad de las personas, la mayoría de los países latinoamericanos se inclinaba por el criterio territorial que sugería la ley del domicilio. Algunas de las disposiciones del Tratado de Lima fueron posteriormente incorporadas al tratado bilateral de derecho internacional privado acordado en 1906 entre Ecuador y Colombia. Véase Maekelt, *supra* nota, p. 222.

guay, Perú y Uruguay¹⁹. Los tratados de mayor aplicación han sido los de Derecho civil, procesal y comercial internacional, pero su praxis jurisprudencial ha sido bastante escasa en proporción a los años que han transcurrido desde que entraron en vigor²⁰. Los nueve tratados de Montevideo de 1889 fueron revisados por el Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado de 1939-40. Empero, las modificaciones que se incorporó a los Tratados de 1889 fueron escasas y sólo las ratificaron Argentina, Paraguay y Uruguay²¹.

Sin duda que el esfuerzo unificador más comprensivo y de mayor alcance territorial en América Latina está representado por el Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante, aprobado en la Sexta Conferencia Panamericana que tuvo lugar en La Habana en 1928²². El Código

Bustamante fue suscrito por 20 países y ratificado por 15 de ellos²³. Sin embargo, la apariencia de uniformidad de su extenso articulado se desvanece cuando se reparara en las concesiones excesivas al derecho local y en la cantidad y la amplitud de las reservas de las cuales fue objeto²⁴.

El Código Bustamante no fue ratificado por Argentina, Colombia, México, Paraguay y Uruguay; cinco países (Bolivia, Costa Rica, Chile, Ecuador y El Salvador) lo ratificaron con reservas indeterminadas, esto es, subordinando la aplicación del Código a la legislación interna²⁵; y otros cuatro países (Brasil, Haití, República Dominicana y Venezuela) ratificaron el Código Bustamante haciendo reserva de algunos de sus artículos. Además, al disponer su artículo 7 que por "ley personal" se entiende la del domicilio o la de la nacionalidad, o la

19. Colombia, que no había participado en el Congreso, se adhirió posteriormente a los tratados sobre derecho procesal, civil y comercial. Véase Briceño Berrú, "Reflexiones sobre la codificación", supra nota, p. 175, n. 28, quien describe la siguiente situación actual de vigencia de los Tratados de Montevideo de 1889: (1) Derecho civil internacional (Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú, Uruguay, Colombia); (2) Derecho comercial internacional (Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú, Uruguay, Colombia); (3) Derecho procesal internacional (Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú, Uruguay, Colombia); (4) Derecho penal internacional (Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay); (5) Propiedad artística y literaria (Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú, Uruguay, también adherido por Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia, Hungría e Italia); (6) Patentes de invención (Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay); (7) Ejercicio de profesiones liberales (Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú, Uruguay, Colombia, Ecuador); (8) Protocolo adicional (Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay).
20. Briceño Berrú, "Reflexiones sobre la codificación", supra nota, p. 4, quien, además, destaca que las materias que fueron objeto de regulación especial se refieren al campo de las relaciones matrimoniales y a los contratos, y que en algunos de los Estados que ratificaron los tratados de Montevideo, éstos suelen servir de apoyo doctrinario, y aplicarse por analogía, a una diversidad de casos que resuelven conflictos con Estados que no son partes de dichos tratados. Véase también, V. Romero del Prado, *Manual de Derecho Internacional Privado*, vol. 1, Buenos Aires, 1944, pp. 604, 606.
21. El estado actual de las ratificaciones de los Tratados de 1939-40 es el siguiente: los tres países (Argentina, Paraguay y Uruguay) ratificaron los tratados de Derecho Civil, comercial terrestre, navegación comercial, procesal penal, la Convención sobre ejercicio de profesiones liberales y el Protocolo adicional. Solamente Paraguay y Uruguay ratificaron los tratados sobre asilo y refugio políticos y sobre propiedad intelectual. Briceño Berrú, "Reflexiones sobre la codificación", supra nota, p. 176, nota 33; De Maekelt, supra nota, p. 224.
22. Véase 86 L.N.T.S. 111; *The International Conferences of American States 1889-1928*, p. 367 (J.B. Scott ed, 1931); Hudson, *International Legislation*, 1931, vol. 4, p. 2279; J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina. Teoría y Práctica del Código Bustamante*, Parte General, vol. 1, Buenos Aires, 1983; Lorenzen, "The Pan American Code of Private International Law", *Tulane Law Review*, vol. 4, 1930, p. 499; Briceño Berrú, "Los tratados latinoamericanos de derecho internacional civil y procesal civil. Su valor y vigencia actuales", *Rivista di Diritto Internazionale Privato y Processuale*, 1980, pp. 535-553.
23. Estos países son: Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela.
24. Por ejemplo, en materia de ejecución de sentencias extranjeras (arts. 423-437), el Código carece de criterios uniformes para determinar el procedimiento aplicable al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, descansando en la ley procesal local del lugar de ejecución del fallo (art. 424). De esta forma, aunque el Código establece una serie de criterios para determinar la competencia internacional, los mismos se encuentran subordinados a lo que determine la ley local. Por lo tanto, para ejecutar una sentencia extranjera bajo el régimen del Código Bustamante, el tribunal que pronunció la sentencia no sólo debe ser competente conforme a la *lex fori*, sino que también debe serlo conforme a los criterios establecidos en el Código Bustamante. Véase, Cassad, "Civil Judgment Recognition and the Integration of Multi-State Associations: A Comparative Study", *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 4, pp. 1, 21 (1980); J. D. Amado, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Latin American Countries. An Overview and Update", *Virginia Journal of International Law*, 1990, vol. 31, p. 90.
25. Chile, por ejemplo, ratificó el Código Bustamante expresando que "...ante el derecho chileno y con relación a los conflictos que se produzcan entre la legislación chilena y alguna extranjera, los preceptos de la legislación actual o futura de Chile prevalecerán sobre dicho Código, en caso de desacuerdo entre unos y otros". Guzmán y Millans, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Santiago, 1973, pp. 100-101; A. Etcheberry Orthusteguy, *American-Chilean Private International Law*, Nueva York, 1960, p. 12. Este tipo de reserva es inadmisibles bajo el art. 19(c) de la Convención de Viena sobre los Tratados, U.N. Doc. A/CONF. 39/27 (1969).

que haya adoptado o adopte en adelante la legislación interna del Estado interesado, la unificación del criterio de ley aplicable sólo se hubiera logrado en caso de un acuerdo generalizado acerca de la ley del domicilio o la de la nacionalidad²⁶. Esto no ocurrió privando al Código Bustamante de su potencial unificador²⁷.

El paso siguiente de mayor significación en este largo proceso de unificación se produce al incorporarse la Organización de Estados Americanos. Al establecer las bases institucionales de la O.E.A., la Carta de Bogotá aprobada en 1948 dispuso la creación de un Consejo Interamericano de Jurisconsultos, cuya misión incluía la de fomentar, en la medida de lo posible, la uniformidad de las legislaciones americanas. Durante la Tercera Conferencia Interamericana que tuvo lugar en Buenos Aires en 1967, la competencia del Consejo fue transferida a otro organismo, el Comité Jurídico Interamericano ("C.J.I.")²⁸. El artículo 105 de la Carta de la O.E.A. asigna al C.J.I. la misión de "promover el desarrollo progresivo y codificación... del derecho internacional... y estudiar los problemas jurídicos

referentes a los países en desarrollo del Continente y la posibilidad de uniformar sus legislaciones en cuanto parezca conveniente". Por su parte, el artículo 3 del Estatuto del C.J.I. establece que uno de los fines de dicho organismo es el de promover el desarrollo progresivo y la codificación del Derecho Internacional. Entra en escena a partir de entonces el protagonista de los esfuerzos de unificación y armonización del derecho privado en América Latina.

Durante los años 50, los esfuerzos de los organismos técnicos de la O.E.A. se orientaron a explorar la posibilidad de armonizar los criterios de selección del derecho aplicable adoptados por el Código Bustamante con aquellos incorporados en los Tratados Sudamericanos de Derecho Internacional Privado y el "Restatement of the Law of Conflicts of Laws" preparado por el "American Law Institute"²⁹. Estos intentos no fructificaron³⁰ y el C.J.I. debió luchar durante los años siguientes contra la inercia de los gobiernos para que cooperaran en forma activa en los esfuerzos de codificación del derecho internacional privado.

26. Véase, Bustamante, "The American Systems on Conflict of Laws and Their Reconciliation", *Tulane Law Review*, vol. 5, 1931, pp. 537, 565-569. La mayoría de los países latinoamericanos establecen la ley del domicilio como ley personal en materia de capacidad civil. Los pocos países que mantenían el principio de la nacionalidad lo han cambiado por el del domicilio. En 1942, por ejemplo, Brasil adoptó la ley del domicilio en oportunidad de introducir reformas al Código Civil. Véase P.G. Garland, *American-Brazilian Private International Law*, New York, 1959, p. 25; H. Valladão, *Direito Internacional Privado*, São Paulo, 1968, p. 7; Gallardo, "The Law of Domicile: A Remarkable Connecting Link in Latin-American Conflict of Laws", *Interamerican Law Review*, vol. 2, 1960, p. 64.
27. Véase Briceño Berrú, supra nota, pp. 186-191 (quien describe el campo de aplicación del Código Bustamante en términos de extensión territorial: "De los 2,667,581 Km² con que cuenta la superficie total de los países centroamericanos y México, cerca de dos millones pertenecen a este último, por lo que el área de los países no sudamericanos estrictamente hablando se ve circunscrita a 695,000 Km² aproximadamente, que es la superficie de los países centroamericanos incluidas las dos islas mayores del Caribe. De los 17 millones de Km² con que cuenta América del Sur, si restamos el Brasil (país que ratificó con reservas el Código Bustamante) y los países no ratificantes, el área territorial sobre la cual tiene validez en mayor o menor medida el Código Bustamante en América del Sur se ve reducida a cuatro millones de Km² aproximadamente, los que corresponden a Venezuela, Ecuador, Perú, Bolivia y Chile. De estos últimos cinco países, Ecuador, Bolivia y Chile ratificaron el Código con reservas indeterminadas, que es como decir prescindir de él o subordinarlo a las leyes internas de cada país; por lo que el área de cuatro millones de Km² se ve reducida aún a 2,197,265 Km², que es el área de Venezuela (ratificante con reservas determinadas) y Perú (único país del cono sur que lo ratificó sin reservas). Por lo que en conclusión, en América hispana del Sur, el Código rige efectivamente entre Perú y Venezuela, y en todo el subcontinente entre estos países y el Brasil."). Briceño Berrú también puntualiza la diversidad de tendencias respecto del Código Bustamante en América Latina, "que van de su aplicación casi inexistente (Haití y la República Dominicana) a una discreta observancia (Venezuela y Perú). Ibid., p. 190. Cabe recordar, empero, que los tribunales de algunos países regidos por el Código de Bustamante suelen invocar sus principios en la solución de conflictos vinculados con Estados no signatarios del mismo. Véase Samtleben, supra nota, p. 324; Briceño Berrú, ibid., p. 188; R.S. Lombard, *American-Venezuelan Private International Law*, New York, 1965, p. 26; Garland, supra nota, p. 18.
28. Véase Robertson. "Revision of the Organization of American States". *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 17, 1968, pp. 346, 359; "Protocolo de Buenos Aires", 27 de febrero de 1967, T.I.A.S., No. 6847, *American Journal of International Law*, vol. 64, 1970, p. 966. Véase también, J. R. Vanossi, "El Comité Jurídico Interamericano (reseña de su historia y de su obra)", *Revista El Derecho*, Buenos Aires, vol. 1, p. 771-83.
29. Véase, "Possibility of Revision of the Bustamante Code", en *Final Act of the Fifth Meeting of the Interamerican Council of Jurists*, San Salvador, El Salvador, (Unión Panamericana, marzo 1965, mimeo, CIJ-77). Nadelmann, "The Need for Revision of the Bustamante Code on Private International Law", *American Journal of International Law*, vol. 65, 1971, pp. 782, 783.
30. Un proyecto preparado en 1966 por el profesor José Joaquín Calcedo Castilla no fue bien recibido en el seno de la OEA. Véase, *Documentos de la Organización de Estados Americanos sobre Derecho Internacional Privado*, OEA/Ser.Q/11.9-CIJ-15, Comité Jurídico Interamericano, Secretaría General de la Organización de Estados Americanos; Nadelmann, "Literature in Latin America on the Law of Conflict of Laws in the United States", *Interamerican Law Review*, vol. 4, 1962, p. 103; Nadelmann, "The Need for Revision", supra nota, p. 784, n. 14.

Durante la segunda mitad de la década del 60, el C.J.I. comenzó a considerar la posibilidad de orientar sus esfuerzos en forma gradual y progresiva. La idea era la de elaborar y ponerse de acuerdo en instrumentos enfocados en los aspectos medulares de las relaciones comerciales interamericanas, incluyendo temas diversos del derecho procesal y comercial internacional. Es así como en 1971 la Asamblea General de la O.E.A. decidió convocar la Primera Conferencia Interamericana Especializada en Derecho Internacional Privado (CIDIP-I), que se realizó en la ciudad de Panamá del 14 al 30 de enero de 1975. A partir de entonces, las CIDIPs se han venido realizando aproximadamente cada cinco años³¹. En cada una de las materias que han integrado los temarios de las

CIDIPs, el C.J.I. ha preparado un informe y un proyecto de convención que ha servido como herramienta inicial de trabajo³².

Las CIDIPs y la nueva generación de convenciones interamericanas reafirman la tradición regionalista y codificadora del derecho internacional privado latinoamericano, pero bajo un nuevo rumbo más sectorializado y progresivo que el perseguido a comienzos de siglo³³. Hasta la fecha se han suscrito 21 convenciones interamericanas, todas ellas basadas en proyectos elaborados por el C.J.I., posteriormente discutidas y aprobadas en el seno de cuatro conferencias especializadas: CIDIP-I (Panamá, 1975)³⁴, CIDIP-II (Montevideo, 1979)³⁵, CIDIP-III (La Paz, 1984)³⁶ y CIDIP-IV (Montevideo, 1989)³⁷.

31. OEA, Asamblea General, Costa Rica, April, 1971, Res. AG/RES. 48.
32. Véase *Proyecto de Convención Interamericana sobre Ley Aplicable en Materia de Contratación Internacional*, Informe presentado por el Dr. José Luis Siqueiros, CJI/SO/II/doc.6/91, 3 julio 1991, p. 2.
33. Desde esta perspectiva se encuadra la convocatoria a las CIDIP. Así, la Resolución II de la CIDIP-I de 1975 (Panamá), convocando a la CIDIP-II, expresa: "...es de suma importancia que se continúe observando el método adoptado en esta Conferencia en cuanto al tratamiento de los temas relativos al Derecho Internacional Privado, consistente en la preparación y aprobación de convenciones especiales para cuestiones específicas, iniciándose así una nueva etapa en la evolución de una rama tan importante del Derecho en el marco del Sistema Interamericano." Acta Final de la CIDIP-I (Panamá, 1975), OEA.Ser.C/VI.21.1; Acta Final de la CIDIP-II (Montevideo, 1979), CIDIP-II/Res. VII-79. OEA.Ser.C/VI.21.1; Acta Final de la CIDIP-III (La Paz, 1984), CIDIP-III/Res. VI-84, OEA.Ser.C/VI.21.3. Briceño Berrú, "Reflexiones sobre la codificación", supra nota, p. 178
34. CIDIP-I (1975) adoptó convenciones en las siguientes materias: exhortos y cartas rogatorias, recepción de pruebas en el extranjero, régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero; letras de cambio, pagarés y facturas; cheques; y arbitraje comercial. Véase, G. Parra Aranguren, "La Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado", Panamá, 1975, en *Homenaje a la Memoria de Joaquín Sánchez Covisa*, Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1975, p. 273; Abarca Landero, "Convenciones Interamericanas en Materia Procesal", Panamá 1975, en *Cooperación Interamericana en los Procedimientos Civiles y Mercantiles*, UNAM, México, 1982, p. 682.
35. CIDIP-II (1979) adoptó convenciones sobre normas generales de Derecho Internacional Privado; domicilio de las personas físicas en el Derecho Internacional Privado; protocolo adicional a la convención sobre exhortos y cartas rogatorias de 1975; eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros; cumplimiento de medidas cautelares; prueba e información acerca del Derecho extranjero; cheques; sociedades mercantiles. V., Samtleben, "Die interamerikanische Spezialkonferenz für internationale Privatrecht", *Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, vol. 44, 1980, p. 44; Siqueiros, "Resumen de los resultados obtenidos en la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP-II) celebrada en Montevideo, Uruguay, del 23 de abril al 8 de mayo de 1979", en *Cooperación Interamericana en los Procedimientos Civiles y Mercantiles*, UNAM, México 1982, p. 683.
36. CIDIP-III (1984) aprobó las siguientes convenciones: adopción de menores, personalidad y capacidad de personas jurídicas en el Derecho Internacional Privado; competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras; protocolo adicional a la convención sobre recepción de pruebas en el extranjero. Véase, Operti Badan, "La Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-III)", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, vol. 2, 1984, p. 143; Parra Aranguren, "Recent Developments of Conflict of Laws Conventions in Latin America", *Recueil des Cours*, vol. 1979-III, p. 164; id., "Los trabajos preparatorios de la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre DIP", *Revista de la Facultad de Derecho Andrés Bello*, vol. 32, 1981-82, p. 32; Briceño Berrú, "Las convenciones interamericanas sobre derecho internacional privado de 1984". *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. 24, 1987, p. 429; M. Solari Barrandeguy, *Pactos Procesuales de la Paz 1986*; Vilella, "L'unification du D.I.P. en Amérique Latine", *Rev. Crit. D.I.P.*, vol. 31, 1984, p. 73.
37. CIDIP-IV (1989) adoptó convenciones sobre obligaciones alimentarias, restitución internacional de menores, y transporte internacional de mercaderías. Véase, Samtleben, "Neue interamerikanische Konventionen zum internationalen Privatrecht", *Rabels z.*, vol. 52, 1992, p. 1; R. Santos Belandro, *Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias. Reglas de Conflicto Materialmente Orientadas hacia la Protección de las Personas (1991)*; Tellechea Bergman, "Las Convenciones Interamericanas sobre restitución internacional de menores y obligaciones alimentarias de Montevideo de 1889", *Revista de la Facultad de Derecho de Montevideo*, vol. 31, 1990, p. 107; Parra Aranguren, "The Fourth Inter-American Specialized Conference on Private International Law", en *Melanges en L'Honneur d'Alfred von Overbeck*, Lausana, 1990, p. 156 y *Netherlands Int'l. L. Rev.*, vol. 36, 1989, p. 267.

Estas convenciones interamericanas sobre temas específicos han ido sustituyendo paulatinamente las disposiciones sobre la misma materia incorporadas al Código Bustamante y a los Tratados de Montevideo³⁸.

LOS ESFUERZOS DE LA O.E.A. COMO VEHICULO DE UNIFICACION HEMISFERICA Y DE ENTENDIMIENTO CON LOS PAISES DEL "COMMON LAW"

Como el sentimiento de solidaridad hemisférica, tan pregonado en el seno de la O.E.A., se ha extendido a los Estados Unidos y Canadá, la mayoría de las convenciones interamericanas han tratado de compatibilizar dos culturas jurídicas que, aunque no difieren en sus objetivos, cuentan con un estilo y metodología diferente. Esta tarea ha sido llevada a cabo fundamentalmente por el C.J.I. y la labor tesonera de la Federación Interamericana de Abogados, que por más de 50 años ha promovido el intercambio entre juristas norteamericanos y latinoamericanos. A pesar de estos esfuerzos, el entendimiento entre delegados y expertos de ambas culturas no siempre se refleja en el texto adoptado, o al menos las inquietudes manifestadas por los gobiernos a quienes representan los países anglosajones, o los comentarios de la doctrina norteamericana, o bien las adhesiones de los gobiernos de Estados Unidos y Canadá a los instrumentos elaborados por el C.J.I. no parecieran considerarlo siempre así.

Canadá, cuya incorporación a la O.E.A. es muy reciente, no ha suscrito hasta la fecha ninguna de las convenciones interamericanas y los Estados Unidos se han tomado un promedio de veinte años para ratificar sólo dos instrumentos hasta la fecha (cartas rogatorias y exhortos y su protocolo adicional y arbitraje comercial internacional)³⁹. Tampoco Brasil ha ratificado hasta el momento ningún instrumento interamericano, y aunque las convenciones interamericanas auspician la adhesión de países no-americanos, solamente España ha aprovechado esta oportunidad y sólo en dos ocasiones. En suma, las convenciones adoptadas en las CIDIPs no han tenido aceptación, en su mayoría, más allá

del ámbito hispano-americano.

Significativamente, la ratificación por parte de los Estados Unidos de las convenciones sobre cartas rogatorias y exhortos y arbitraje comercial internacional ha sido motivada fundamentalmente por su similitud con otras dos convenciones de carácter universal previamente ratificadas por Estados Unidos, esto es, la Convención de La Haya sobre cartas rogatorias y la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros⁴⁰. Si el objetivo fundamental que se persigue es la armonización y unificación entre sistemas heterogéneos entre sí pero vinculados por importantes lazos comerciales, va de suyo que aún cuando la unificación de criterios entre los países de América Latina es importante en sí mismo, el desafío mayor es el de lograr un entendimiento jurídico entre, por un lado, los países latinoamericanos, económicamente en vías de desarrollo y tradición continental romanista, y, por el otro lado, un país de raigambre jurídica anglosajona y avanzadamente industrializado como los Estados Unidos. Como los Estados Unidos suelen acceder a regañadientes a las convenciones interamericanas, vale la pena referirse a la tarea unificadora universal del derecho privado que llevan a cabo otras instituciones internacionales, para luego contrastar sus labores con la tarea en alguna medida paralela que los países latinoamericanos realizan a nivel regional.

PARTICIPACION DE AMERICA LATINA EN LOS ESFUERZOS DE UNIFICACION REALIZADOS EN FOROS INTERNACIONALES

Los instrumentos interamericanos elaborados en el seno de las cuatro CIDIPs se han orientado fundamentalmente a los conflictos de leyes y a facilitar la resolución de conflictos mediante el arbitraje y la cooperación judicial, sin incursionar mayormente en el derecho sustantivo. En este campo, los esfuerzos de unificación del derecho mercantil sustantivo, en lo que se refiere a transacciones de carácter internacional, se vienen llevando a cabo desde hace unos años por otros organismos. Así, la Comisión de las Naciones Unidas para el Dere-

38. Véase, Convención de Viena sobre los Tratados, art. 59. Se ha destacado que esta superposición de normas de conflicto, que suele resultar en situaciones complejas, exige una meticulosa tarea de selección, clasificación y conjugación de normas incorporadas a los diversos tratados, tarea que tarde o temprano deberá ser asumida por el órgano competente de la O.E.A. Briceño Berrú, "Reflexiones sobre la codificación", supra nota, p. 192; Santos Belandro, "Vigencia de los Tratados de Montevideo 1889 y 1940 a la luz de las CIDIP I, II y III", *Revista Jurídica Estudiantil*, vol. 4, Montevideo, 1989, p. 67

39. Interamerican Convention on Letters Rogatory, *Federal Register*, vol. 53, No. 159, 17 de agosto de 1988, pp. 31132-31133; Interamerican Convention on International Commercial Arbitration, *United States Code*, Título 9, Secciones 301-307.

40. V.R. Kearney, "Developments in Private International Law", *American Journal of International Law*, 1987, vol. 81, pp. 724, 737.

cho Mercantil Internacional (UNCITRAL o CNUDMI) cuenta con una representación permanente de seis países de América Latina⁴¹. La República de México, representada por el profesor Jorge Barrera Graf, fue uno de los países que participó en forma más activa en el grupo de trabajo encargado de elaborar la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, que a mediados de 1992 ha obtenido la ratificación de cuatro países de América Latina⁴².

Paralelamente a las tareas que desarrolla UNCITRAL, el Instituto para la Unificación del Derecho Privado con sede en Roma, UNIDROIT, contaba en 1990 con la adhesión de diez países latinoamericanos⁴³. Recientemente, UNIDROIT ha orientado sus esfuerzos de unificación hacia algunas áreas específicas de alto significado patrimonial e internacional, como el factoraje ("factoring") y el arrendamiento financiero ("leasing") internacional adoptadas en Ottawa el 28 de mayo de 1988⁴⁴. Cabe destacar que diversos representantes de los Estados miembros de la O.E.A. estuvieron representados en la conferencia diplomática donde se adoptaron estas convenciones preparadas bajo el auspicio de UNIDROIT⁴⁵. En la actualidad, la labor de este organismo se concentra en la finalización de

un proyecto de "Principios Aplicables a los Contratos Comerciales Internacionales" que apunta a codificar esta emergente *lex mercatoria* que podría complementar, por voluntad de las partes contratantes, convenciones internacionales como la de compraventa internacional de mercaderías⁴⁶. Es evidente que la participación activa de los países de América Latina en estos foros internacionales contribuirá a incorporar a los países de la región al comercio internacional. Hay un tercer organismo internacional encargado de la unificación del derecho privado cuya labor ha sido seguida muy de cerca por el C.J.I. de la O.E.A. Me refiero a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

La Conferencia de Derecho Internacional Privado fue establecida en La Haya en 1893, aunque su estructura como organismo inter-gubernamental se remonta a 1955⁴⁷. Los primeros trabajos de La Haya se iniciaron con una gran incertidumbre respecto al método de codificación a seguir, de allí que no debería sorprender a los juristas europeos que los proyectos de la O.E.A. en lo que se refiere a la unificación del derecho privado tengan cierto grado de indefinición. El escaso resultado práctico de las primeras conferencias concluyó con el abandono de proyectos de codificación de conjunto como

41. A partir de 1973, el grupo de países que componen UNCITRAL asciende a 36 (9 de África, 9 de Europa Occidental y otros países incluyendo a los Estados Unidos, 6 de América Latina y 5 de Europa del Este). Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 2205, 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16), p. 99. V., A. Farnsworth, "Developing International Trade Law", *California Western International Law Journal*, 1979, vol. 9, pp. 461, 465; A. Farnsworth, "UNCITRAL, Why? What? How? When?", *The American Journal of Comparative Law*, 1972, vol. 20, p. 314.
42. Estos países y la fecha de entrada en vigor de la Convención de Viena de 1980 son los siguientes: Argentina (1ero. de enero de 1988); Chile (1ero. de marzo de 1991); Ecuador (1ero. de febrero de 1993); y México (1ero. de enero de 1989). V., UNCITRAL, *Status of Conventions*, A/CN.9/368, 28 de abril de 1992, pp. 4-5.
43. Al 1 de enero de 1990, UNIDROIT contaba con la adhesión de 53 países, entre los cuales se incluye Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Cuba, México, Nicaragua, Paraguay, Uruguay y Venezuela. Véase "The Activity of the International Institute for the Unification of Private Law", *Uniform Law Review*, vol. 1990-I, p. 9.
44. "Final Act of the Diplomatic Conference for the Adoption of the Draft Unidroit Convention on International Factoring and International Financial Leasing", Ottawa, 28 de mayo, 1988, Unidroit Study LIX, Doc. 48, pp. 8-79 (1987); *International Legal Materials*, vol. 27, 1988, p. 922; *Revue de Droit des Affaires Internationales*, vol. 8, 1988, p. 1082. Véase también el proyecto de UNIDROIT sobre garantías reales en equipos susceptibles de desplazamiento transnacional. Unidroit Study, LXXII, Doc. 3, April 1991; Cuming, "International Regulation of Aspects of Security Interests in Mobile Equipment", *Uniform Law Review*, vol. 1990-I, p. 63.
45. Los siguientes Estados miembros de la O.E.A. enviaron representantes a la Conferencia de Ottawa del 28 de mayo de 1988 en la cual se adoptaron las convenciones sobre factoraje y arrendamiento financiero internacional: Antigua y Barbuda, Colombia, Chile, El Salvador, Estados Unidos, Méjico, República Dominicana y Venezuela. Además, los representantes de Perú y Uruguay asistieron en calidad de observadores. La ratificación de estas convenciones fue recomendada a los Estados miembros de la O.E.A. por la CIDIP-IV. V., CIDIP-IV/Res. 1 (89); Boggiano, *Contratos Internacionales*, supra nota, pp. 165-166.
46. Fontaine, "Les principes pour les contrats commerciaux internationaux élaborés par UNIDROIT", *Revue Internationale de Droit International et Comparé*, 1991, vol. 68-1, p. 25; Bonell, "A "Restatement" of Principles for International Commercial Contracts: An Academic Exercise or a Practical Need?", *Estudios en Homenaje a Jorge Barrera Graf*, vol. 1, Universidad Autónoma de México, México, 1989, p. 227; id., en *Revue de Droit et Affaires Internationales*, vol. 7, 1988, p. 873.
47. Statute of the Hague Conference on Private International Law, October 9-31, 1951, 15 U.S.T. 2492, T.I.A.S. 5743. Véase, en general, Vinas Farre, *Unificación del Derecho Internacional Privado. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Barcelona, 1978; "Métodos de unificación del Derecho en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado", *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, 1982, pp. 280-294; Van Hoogstraten, "La codification par traités en Droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye", *Recueil des Cours*, vol. 122, 1977-III, pp. 340-422.

aquellos emprendidos en América Latina durante fines del siglo pasado y comienzos del presente. El programa actual de la Conferencia de La Haya contempla fundamentalmente, al igual que el programa de las CIDIPs, la codificación parcial y gradual del derecho internacional privado y el establecimiento de mecanismos de cooperación judicial internacional⁴⁸.

No se ha podido determinar con certeza que los esfuerzos pioneros de los países latinoamericanos hayan ejercido una influencia significativa en la labor emprendida por la Conferencia de La Haya⁴⁹. Tampoco parece haber existido una tarea de coordinación entre los esfuerzos realizados por la Conferencia de La Haya y la Unión Panamericana, a punto tal de afirmarse que ambas instituciones, a pesar de estar embarcadas en una tarea común, se ignoraron mutuamente⁵⁰. Así, ningún Estado americano participó de las conferencias de La Haya ni antes ni después de la Primera Guerra Mundial. Recién en 1964 los Estados Unidos, que se habían mantenido distantes de todo proceso de unificación, tanto en el seno de la Unión Panamericana como de la Conferencia de La Haya, cambiaron su actitud y decidieron asociarse a la Conferencia de La Haya⁵¹.

Aunque la Conferencia de La Haya se perfiló originalmente como una institución típicamente europea, con posterioridad a la Segunda Guerra

Mundial comenzó a ampliar su composición, que hoy en día rebasa ampliamente los confines del continente europeo. Cuatro países de América Latina se han adherido a la Conferencia de La Haya (Argentina, Chile, México y Venezuela)⁵², y uno de ellos, la República Argentina, ha ratificado cuatro convenciones multilaterales elaboradas por la Conferencia de La Haya⁵³. Dada la vocación ecuménica de la Conferencia de La Haya durante estos últimos años, es posible que otros países de América Latina se vayan incorporando paulatinamente a este organismo. Esta posibilidad requeriría una participación más activa por parte de los países latinoamericanos en la elaboración de los textos aprobados en La Haya.

Fuera de los aspectos políticos o diplomáticos, la participación activa de los países de América Latina en la Conferencia de La Haya se encuentra facilitada por el objetivo común que persiguen los países europeos y latinoamericanos de limar asperezas entre las diversas legislaciones internas y, además, en compatibilizar las perspectivas de las culturas jurídicas anglosajona y romano-germánica. Este esfuerzo común se refleja, por ejemplo, en materia de cooperación judicial internacional. Un análisis de algunas diferencias entre los textos adoptados por la CIDIP y por la Conferencia de La Haya en materia de cartas rogatorias o exhortos para la notificación en el extranjero de actos judiciales y extrajudiciales⁵⁴ y en materia de obtención

48. Véase, G. Droz & A. Dyer, "The Hague Conference on Private International Law for the Eighties", *Northwestern J. Int'l. L. & Bus.*, vol. 3, 1981, p. 155; Pfund, "International Unification of Private Law: A Report on the United States Participation, 1985-86", *International Lawyer*, vol. 20, 1986, p. 623.
49. Las actas de la Primera Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya revelan que los juristas europeos tuvieron en cuenta los trabajos del Congreso de Montevideo de 1888-1889. "Actes de la Conférence de La Haye de Droit International Privé I. Première Partie", p. 6 ("En 1889 un congrès convoqué à Montevideo... réussit à formuler dans une série de traités destinés à être conclus entre les principaux Etats de l'Amérique du Sud, des règles uniformes pour la solution des conflits en matière de Droit Civil, de Droit Commercial, de propriété littéraire et artistique, de Droit pénal, de procédure civil..."). Sin embargo, se ha destacado la diferencia de metodología de codificación adoptado por los Tratados de Montevideo y Código Bustamante por un lado y la Conferencia de La Haya por el otro. Así, Boris Nolde expresa: "En Montevideo, en 1888-89 como en la Habana de 1928, apoyándose en los trabajos preparatorios de comisiones muy reducidas, inclusive de un solo autor de proyecto, se ha sabido evitar discusiones de detalle en el seno de las discusiones plenarias. Contrariamente, en La Haya, se ha creído conveniente examinar con el concurso de todos hasta los más mínimos aspectos de la codificación... Los grandes principios de derecho internacional privado se encontraron de esta manera, con frecuencia relegados a un segundo plano, y el trabajo colectivo fue estéril o por lo menos los resultados fueron muy fragmentarios." Le Nolde, "La codification du Droit International Privé", supra nota, pp. 397-98; Briceño Berrú, "Reflexiones sobre la codificación", supra nota, pp. 169-170.
50. Briceño Berrú, "Reflexiones sobre la codificación", supra nota, p. 170.
51. Véase, Pfund, "United States Participation in International Unification of Private Law", *International Lawyer*, vol. 19, p. 505 (1985); id., "International Unification of Private Law 1985-1986", *International Lawyer*, vol. 20, 1986, pp. 623, 629; id., "International Unification of Private Law: A Report on U.S. Participation -1987-1988", *International Lawyer*, 1988, p. 1157; Kearney, "Developments in Private International Law", *American Journal of International Law*, vol. 81, 1987, pp. 724, 737.
52. "Information Concerning the Hague Conventions on Private International Law. Situation as of August 1, 1991", *Netherlands International Law Review*, vol. 38, 1991, p. 215.
53. La Argentina ha ratificado la Convención de La Haya suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros (Ley No. 23458, 21 abril 1987); sobre procedimiento civil (Ley No. 23502, 15 de octubre 1987), y sobre obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial (Ley No. 23480, 23 abril 1987).
54. Convención de La Haya del 15 noviembre de 1965 relativo a la notificación en el extranjero de actos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, 20 U.S.T. 361, T.I.A.S. No. 6638, 658 U.N.T.S. 163; Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, 30 de Enero 1975, OEA/Ser.A/21.

y recepción de pruebas en el extranjero⁵⁵ sugiere que los mecanismos establecidos en ambos documentos pudieron haber sido objeto de un solo tratado que agrupara al continente europeo y americano.

OBJETIVO COMUN PERSEGUIDO POR LAS CONVENCIONES INTERAMERICANAS Y DE LA HAYA EN MATERIA DE COOPERACION JUDICIAL INTERNACIONAL

Todo abogado con alguna experiencia en litigios internacionales tiene dificultades en anticipar las ramificaciones procesales de juicios en los cuales las partes, sus patrimonios o las pruebas se encuentran localizadas en países diferentes. Las nociones tradicionales de cortesía o reciprocidad internacional no han sido de gran utilidad en disipar esta incertidumbre, de allí que los esfuerzos de unificación del derecho internacional privado hayan incluido en su programa la elaboración de reglas de cooperación judicial. En materia de exhortos o cartas rogatorias para efectuar notificaciones en el extranjero, la Conferencia de La Haya y la CIDIP-I adoptaron convenciones que ya han obtenido un buen número de adhesiones. La Convención de La Haya entró en vigor el 10 de febrero de 1969 y veinte años después ya había sido ratificada por 26 países⁵⁶, mientras que la Convención Interamericana entró en vigor el 16 de enero de 1976 y a la fecha ha sido ratificada por 14 países americanos⁵⁷. Uno de los aspectos más innovadores previsto en las convenciones interamericanas y de La Haya es la posibilidad de transmitir y distribuir los exhortos en el país requerido por intermedio de una autoridad central a ser designada por cada Estado parte⁵⁸. La posibilidad de transmitir exhortos a través de un organismo gubernamental adquiere una importancia especial en los países de América Latina,

puesto que este medio elimina los numerosos requisitos formales de legalización y autenticación que suelen entorpecer y dilatar este tipo de trámites⁵⁹.

La Convención de La Haya prevé que sólo el Estado requirente designe una autoridad central, mientras que su homóloga interamericana indica, sin exigirlo expresamente, que tanto el Estado requirente como el requerido deberán designar un organismo a través del cual se han de tramitar los exhortos⁶⁰. Sin embargo, esto no implica una diferencia significativa en el mecanismo de tramitación cuando se desee canalizarla por intermedio de una autoridad central. Si un Estado parte de la Convención Interamericana desea utilizar este mecanismo, el Estado requerido deberá prestar su cooperación porque el segundo párrafo del Art. 6 de la Convención Interamericana exige que se informe a la Secretaría General de la O.E.A. acerca de cuál es la autoridad central competente y, además, el Art. 2 del Protocolo Adicional a dicha convención claramente exige a los Estados miembros que designen a una autoridad central. La misma estructura administrativa que opera en el campo de la Convención de La Haya puede ser utilizada bajo la Convención Interamericana. Así, si el documento a ser notificado se origina en los Estados Unidos, donde el Departamento de Justicia ha sido designado como autoridad central para recibir exhortos provenientes del extranjero, bajo la Convención de La Haya el juez exhortante de los Estados Unidos enviará directamente la comunicación a la autoridad central del Estado requerido para que ésta lo retransmita al juez competente. Bajo el mecanismo de la Convención Interamericana, el mismo juez exhortante enviará el documento al Departamento de Justicia para que éste a su vez lo retransmita a la autoridad central del Estado requerido⁶¹. En ambos casos el

55. Convención de La Haya del 18 de marzo de 1970 sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial, 23 U.S.T. 2555, T.I.A.S. No. 7444, 847 U.N.T.S. 231; Convención Interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero, 30 de enero de 1975, OEA/Ser.A/22.

56. *Martindale Hubbell Law Directory*, vol. 8, parte 7, p. 2 (1989).

57. Estos países son: Argentina, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

58. Convención de La Haya sobre notificaciones en el extranjero, art. 2; Convención Interamericana sobre exhortos, art. 4.

59. Convención Interamericana sobre exhortos, art. 6.

60. Convención de La Haya sobre notificaciones en el extranjero, art. 2; Convención Interamericana sobre exhortos, art. 4.

61. Lo expresado en el texto supone que los tribunales de los Estados contratantes obligarán a las partes litigantes a utilizar los métodos convenidos en el tratado internacional, con exclusión de aquellos que las partes podrían utilizar en causas domésticas. Sin embargo, así no lo ha entendido la Suprema Corte de los Estados Unidos y no es fácil predecir la postura que adoptarán los tribunales inferiores en los Estados Unidos. En un caso donde estaba en juego la aplicabilidad de la Convención de La Haya sobre obtención de pruebas en el extranjero, el alto tribunal decidió por mayoría de 5 contra 4 que los métodos autorizados por el tratado no son los únicos disponibles, sino que las partes siempre podrían recurrir a aquellos permitidos por la ley procesal local, a menos que el tratado excluya expresamente esta posibilidad. "Société Nationale Industrielle Aerospatiale v. United States District Court", 482 U.S. 522, 107 S.Ct. 2542, 96 L.Ed.2d 461 (1987). El mismo criterio ha sido recientemente adoptado por un tribunal federal de distrito con respecto a la no-exclusividad de los métodos de notificación de documentos en el extranjero previsto por la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, *Pizzabocche v. Vinelli*, 772 F. Supp. 1245 (1991). Para una interpretación similar respecto a un tratado de extradición, puede consultarse *United States v. Humberto Alvarez-Machain*, 15 de junio de 1992, 1992 WL 127081 (US) (convalidando la posibilidad de secuestro, instigado y apoyado por el gobierno de los Estados Unidos, de un ciudadano mejicano en su propio país acusado de un crimen, en base a que el tratado de extradición entre México y los Estados Unidos no excluye expresamente al secuestro como medio alternativo a la extradición).

trámite de notificación tiende a ser más expeditivo que dejar a las partes libradas a la transmisión diplomática y a la buena voluntad, ofrecimiento de reciprocidad o cortesía del tribunal exhortado.

Otras diferencias de redacción entre ambas convenciones no reflejan necesariamente una postura o resultado diferente. Por ejemplo, mientras que bajo el Artículo 17 de la Convención Interamericana el Estado requerido podrá rehusar el cumplimiento de un exhorto "cuando sea manifiestamente contrario a su orden público", el Artículo 13 de la Convención de La Haya limita la posibilidad del rechazo al caso en que la notificación solicitada atente "contra la soberanía o seguridad" del Estado requerido. Aunque esta última excepción pareciera ser más restrictiva que la incorporada en la Convención Interamericana, la vaguedad de los términos empleados en ambas convenciones persiguen los mismos objetivos. Al fin y al cabo el límite trazado por el orden público dependerá de la cultura y tradición jurídica de los tribunales que deban interpretar la noción de orden público, más que de la diferencia terminológica en ambos instrumentos.

Comentaristas estadounidenses han señalado que el lenguaje empleado en la Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias es pobre y ambiguo, que su versión inglesa deja aun menos que desear y que, en líneas generales, el texto elaborado por la Conferencia de La Haya es

superior⁶². Los Estados Unidos no suscribieron el texto de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, pero al no tener éxito en su pedido a que los demás Estados americanos suscribieran el texto elaborado por la Conferencia de La Haya, subordinaron su adhesión a la aprobación de un protocolo adicional en cuya elaboración y adopción la delegación norteamericana tuvo una activa participación⁶³. Un desentendimiento similar ocurrió con la Convención Interamericana sobre obtención y recepción de pruebas en el extranjero aprobada por la CIDIP-I en 1975⁶⁴. Este instrumento hubo de ser complementado, y hasta cierto punto modificado, a instancias de la delegación de los Estados Unidos⁶⁵, por un protocolo adicional adoptado por la CIDIP-III en 1984⁶⁶. La Convención de La Haya sobre obtención de pruebas en el extranjero entró en vigencia el 7 de octubre de 1972 y ya ha sido ratificada por 20 países⁶⁷, mientras que la Convención Interamericana sobre recepción de pruebas, que entró en vigor el 16 de enero de 1976, cuenta con la ratificación de 13 países de América Latina⁶⁸.

El objetivo fundamental de los instrumentos preparados por la Conferencia de La Haya y la CIDIP fue el de construir un puente entre las prácticas probatorias de los países del "common law" y aquellas prevalecientes en países de raigambre continental romanista. El ámbito material de aplicación de ambas convenciones se limita en princi-

62. Véase, Carl, "Service of Judicial Documents in Latin America", *Denver Law Journal*, vol. 53, 1976, p. 455; Low, "International Judicial Assistance Among the American States -The Interamerican Conventions", *The International Lawyer*, vol. 18, 1984, pp. 705, 710.
63. Este protocolo adicional fue aprobado cuatro años después en el seno de CIDIP-II, donde se especifica la documentación que debe acompañarse al exhorto y el tenor del mismo se ejemplifica en formularios anexos al protocolo. Véase, Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, 8 de mayo de 1979, OEZ/Ser.A/33. Trooboff, "Current Developments: The Second Inter-American Specialized Conference on Private International Law", *American Journal of International Law*, vol. 73, 1979, p. 704.
64. Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, 30 de enero de 1975, OEA/Ser.A/22 ("Convención sobre recepción de pruebas").
65. La adopción de los protocolos adicionales a las convenciones interamericanas sobre exhortos o cartas rogatorias y sobre recepción de pruebas intentaron en algunos casos flexibilizar los requisitos impuestos en las convenciones y en otras instancias simplemente explicitar lo que no surgía claro en el texto de las convenciones, todo ello con la finalidad principal de acomodarse a las objeciones de la delegación de los Estados Unidos. En principio, todo conflicto entre el texto de la convención y el del protocolo anexo debería ser interpretado sin violencia al texto de la convención, ya que, como lo expresa el Artículo 17 del Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, las disposiciones del protocolo "se interpretarán de manera que complementen las de la Convención".
66. Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, 11 de Marzo 1983, OEA/Ser.A/40.
67. The Hague Evidence Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters (Convención de La Haya sobre obtención de prueba en el extranjero en materia civil y comercial, o "Convención de La Haya sobre obtención de pruebas"), 18 de marzo de 1970, 23 U.S.T. 2555, T.I.A.S. No. 7444, 847 U.N.T.S. 231, codificado en *United States Code Annotated*, vol. 28, Sección 1781 y ss., West Publishing Company, 1990.
68. Los trece países son: Argentina, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Otros cuatro países suscribieron esta convención interamericana pero no la han ratificado hasta la fecha (Bolivia, Brasil, Colombia, y la República Dominicana).

pío a la obtención de pruebas en materia "civil y comercial"⁶⁹, aunque en ninguna parte se precisa el significado de estos términos⁷⁰. Los exhortos solicitando el diligenciamiento de medidas de prueba en el extranjero sólo pueden ser emitidos por autoridades judiciales, y, al igual que las convenciones sobre exhortos o cartas rogatorias, las requisitorias pueden canalizarse a través de una autoridad central en el Estado requerido⁷¹.

Ambas convenciones establecen el principio de que la recepción de prueba se regirá por la ley procesal del Estado requerido⁷², pero posibilitan la aceptación de procedimientos especiales a solicitud del Estado requirente, siempre y cuando no sean incompatibles con la legislación del Estado requerido⁷³. Ambas convenciones recurren a términos ambiguos para bloquear un pedido especial del Estado requirente. Sin embargo, los términos limitativos empleados en los dos instrumentos parecieran ser significativas. Bajo la Convención de La Haya, el Estado requerido está obligado a diligenciar la prueba conforme al procedimiento solicitado, a menos que ello no sea posible por no ajustarse a la práctica judicial interna del Estado requerido o por otras dificultades de orden práctico⁷⁴. En

cambio, bajo la Convención Interamericana el Estado requerido no tiene obligación de seguir las instrucciones del Estado requirente, pero puede hacerlo a menos que la diligencia solicitada sea "de imposible cumplimiento"⁷⁵. Las diferencias entre ambos textos se desvanecen cuando se repara que el protocolo adicional a la Convención Interamericana limita significativamente la discrecionalidad del Estado requerido para negarse a diligenciar el exhorto siguiendo el procedimiento solicitado por el Estado requirente⁷⁶.

Pasando a analizar específicamente el grado de acomodamiento de cada instrumento a las prácticas del "Common Law", la Convención de La Haya incluye un capítulo especial destinado a facilitar la obtención de pruebas en el extranjero por funcionarios diplomáticos o consulares y delegados (*commissioners*)⁷⁷. Sin embargo, un buen número de Estados adheridos a la Convención de La Haya sobre obtención de pruebas formularon reservas excluyendo la obtención de prueba por dichos funcionarios o bien restringiendo su aplicación⁷⁸. De la misma forma, el protocolo adicional a la Convención Interamericana admite la obtención de pruebas por funcionarios no-judiciales, pero también

69. Convención de La Haya sobre obtención de pruebas, Art. 1; Convención Interamericana sobre obtención de pruebas, Art. 2. El Artículo 15 de la Convención Interamericana sobre recepción de pruebas permite extender la aplicabilidad de la convención a la tramitación de exhortos que se refieran a la recepción de pruebas en materia criminal, laboral, contencioso-administrativa, juicios arbitrales u otras materias objeto de jurisdicción especial. Dos países de América Latina, Chile y Colombia, ratificaron esta convención extendiendo expresamente su aplicación a la obtención de pruebas con relación a las materias incluidas en el Art. 15.
70. V., K. Schwappach, "The Inter-American Convention on Taking Evidence Abroad: A Functional Comparison with the Hague Convention", *New York International Law Review*, 1991, vol. 4, pp. 70-76.
71. Convención de La Haya sobre obtención de pruebas, Art. 2; Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre recepción de pruebas, Art. 1.
72. Convención de La Haya sobre obtención de pruebas, Art. 9, primer párrafo ("La autoridad judicial que ejecute un exhorto aplicará la legislación de su país en lo que se refiere a los procedimientos a seguir al efecto..."); Convención Interamericana sobre recepción de pruebas, Art. 5 ("Los exhortos o cartas rogatorias relativas a la recepción u obtención de pruebas se cumplirán de acuerdo con las leyes y normas procesales del Estado requerido").
73. Convención de La Haya sobre obtención de pruebas, Art. 9; Convención Interamericana sobre recepción de pruebas, Art. 6.
74. Convención de La Haya sobre obtención de pruebas, Art. 9, segundo párrafo ("... Sin embargo, ante solicitud de la autoridad requirente de que se proceda de acuerdo a algún procedimiento especial deberá hacerlo a menos que éste sea incompatible con la legislación del Estado requerido o que su aplicación no sea posible, por no ajustarse a la práctica judicial interna del Estado requerido o por otras dificultades de orden práctico").
75. Convención Interamericana sobre recepción de pruebas, Art. 6, ("A solicitud del órgano jurisdiccional del Estado requirente podrá aceptarse la observancia de formalidades adicionales o de procedimientos especiales adicionales en la práctica de la diligencia solicitada a menos que sean incompatibles con la legislación del Estado requerido o de imposible cumplimiento por éste").
76. El Artículo 15 del Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre recepción de pruebas expresa que el Estado requerido "atenderá favorablemente la solicitud de observar procedimientos especiales, de acuerdo con el Art. 6 de la Convención, a menos que sean de imposible cumplimiento por tal Estado o sean incompatibles con los principios fundamentales de la legislación o las normas de aplicación exclusiva del mismo." No resulta del todo claro en qué medida esta disposición puede alterar la facultad discrecional que el Artículo 6 de la Convención Interamericana le otorga al juez del Estado requerido, ya que el Artículo 17 del Protocolo Adicional expresa que sus disposiciones "se interpretarán de manera que complementen las de la Convención." Este problema, que ya fuera destacado supra en la nota , no se presenta en forma tan clara con respecto a las eventuales discrepancias que puedan existir entre la Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias y su protocolo adicional, que no cuenta con una disposición similar al Art. 17 del protocolo anexo a la Convención sobre recepción de pruebas.
77. Convención de La Haya sobre obtención de pruebas, Capítulo II, Arts. 15-21.
78. Véase *United States Code Annotated*, Título 28, Sección 1781 (West Supplement, 1983).

reservando a los países latinoamericanos la facultad de expresar sus reservas⁷⁹.

Ambas convenciones permiten al Estado requerido rehusarse a cumplir requisitorias que tengan por objeto la obtención de prueba informativa anticipada, procedimiento conocido en los Estados Unidos como *pre-trial discovery of documents*⁸⁰. Sin embargo, el rechazo a esta peculiaridad procesal anglosajona es expresado a través de diferentes mecanismos en ambos instrumentos. Mientras que el Art. 23 de la Convención de La Haya autoriza a todo Estado contratante a declarar en el momento de la firma, ratificación o adhesión que no cumplirá con dichos exhortos, el Art. 9 de la Convención Interamericana faculta al juez del Estado requerido a rehusarse a cumplir con dicha requisitoria. En el ámbito interamericano, empero, el Artículo 16 del protocolo adicional abre una ventana al *pre-trial discovery*. De esta forma, se intenta balancear el interés de los Estados Unidos en que sus abogados puedan obtener prueba anticipada y el del resto de los países americanos en evitar "excursiones pesqueras" extrañas a sus prácticas procesales⁸¹. Esta es otra instancia más en la cual los países de Europa y América, persiguiendo un objetivo común, han recurrido a mecanismos jurídicos similares que les permita un entendimiento con países de diferente tradición jurídica como Gran Bretaña y los Estados Unidos.

El análisis precedente de las diferencias de matices entre los textos elaborados por la Conferencia de La Haya y las CIDIPs sugiere que una conjugación de las fuerzas que luchan por una mayor cooperación judicial internacional en América Latina y Europa hubiera permitido una armonización de posturas bajo una convención multilateral de alcance universal. Este panorama de soluciones armónicas que se presenta en el campo del derecho procesal internacional no es muy diferente del que se observa en el área de los conflictos de leyes. Un examen de las tareas organizativas de la CIDIP-V, cuya realización tendrá lugar en la ciudad de México a fecha a establecerse durante 1993 o 1994, también sugiere que en el campo de la ley aplicable a la contratación internacional es posible intentar un acomodamiento de la perspectiva europea y latinoamericana que sirva de puente para una armonización universal.

ARMONIZACION EN MATERIA DE CONTRATACION INTERNACIONAL: EL PROYECTO DE TEMARIO PARA LA CIDIP-V

El amplio tema de la "contratación internacional" había sido incluido en la agenda de la CIDIP-IV que se realizó en 1989. Debido a la falta de tiempo, esta conferencia se limitó a aprobar un documento que estableció una serie de criterios básicos relativos a la ley aplicable en materia de contratos inter-

-
79. Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, Arts. 9-13. El Artículo 14 de la Convención Interamericana en la materia permite la continuación del uso de estos mecanismos u otros más favorables que estuvieran vigentes al adoptarse la convención. V., Convención Interamericana sobre obtención de pruebas, Art. 14 ("Esta Convención no restringirá las disposiciones de convenciones que en materia de exhortos o cartas rogatorias sobre la recepción u obtención de pruebas hubieran sido suscritas o que se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes, o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieran observar en la materia. Tampoco restringe la aplicación de las disposiciones en materia de intervención consular para la recepción u obtención de pruebas que estuvieren vigentes en otras convenciones, o las prácticas admitidas en la materia."). De los once Estados que suscribieron este protocolo adicional, dos de ellos, Brasil y Chile, formularon reservas en el sentido de excluir la utilización de estos métodos alternativos.
80. Sobre el tema, puede consultarse D. Van Brunnen, "A European View of the Discovery Procedure Before the Federal Civil Courts of USA", *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 1987, vol. 2, pp. 131-189; L. Lovelace, "Reconsidering International Discovery: Options for an Institutionalized Framework", *International Practitioner's Notebook*, marzo de 1992, pp. 15-20.
81. Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, Art. 16 ("Los Estados partes en este Protocolo diligenciarán exhortos o cartas rogatorias, en los que se solicite la exhibición y transcripción de documentos, cuando se reúnan los siguientes requisitos: (a) que se haya iniciado el proceso; (b) que los documentos estén identificados razonablemente en cuanto a su fecha, contenido u otra información pertinente; y (c) que se especifiquen aquellos hechos o circunstancias que permitan razonablemente creer a la parte solicitante que los documentos pedidos son del conocimiento de la persona de quien se requieran o que se encuentran en posesión o bajo el control o custodia de ella. La persona a quien se piden documentos puede, cuando corresponda, negar que tiene la posesión, control o custodia de los documentos solicitados o puede oponerse a la exhibición y transcripción de los documentos, de acuerdo con las reglas de la Convención. Cualquier Estado podrá declarar, en el momento de firmar o ratificar este Protocolo o adherirse a él, que únicamente diligenciará los exhortos o cartas rogatorias a que se refiere este artículo si en ellos se identifica la relación entre la prueba o la información solicitadas y el proceso pendiente.").

nacionales⁸². Al mismo tiempo, la CIDIP-IV recomendó la celebración de una reunión de expertos para formular un proyecto de convención sobre el tema de la contratación internacional⁸³. Dentro de este tema tan vasto, la mayoría de los delegados se inclinaron por concentrar su atención en los problemas de determinación de la ley aplicable⁸⁴. Cabe destacar, sin embargo, que de la documentación que he tenido la oportunidad de compulsar con respecto al sondeo de opiniones de los países de la O.E.A., la idea de concentrar los es-

fuerzos de unificación en un instrumento regional sobre ley aplicable a los contratos internacionales no parece ser unánime⁸⁵.

El representante del Uruguay ante la OEA tuvo el buen tino de proponer a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos un amplio cuestionario a los efectos de sondear la postura de las diversas delegaciones sobre los temas más diversos que rodean al tema de la contratación internacional⁸⁶. Algunas de las preguntas apuntaban a precisar los criterios

82. *Bases propuestas por la Conferencia para el estudio futuro del tema relativo a la ley aplicable en materia de contratación internacional*. "1. Los contratantes podrán acordar libremente la ley aplicable a la totalidad o parte del contrato cuya internacionalidad se manifieste a través de elementos objetivos localizados en estados diversos. También podrán modificar en cualquier momento la ley seleccionada, pero sin afectar derechos de terceros. 2. El acuerdo a que se refiere el párrafo anterior debe ser expreso o, excepcionalmente, desprenderse en forma inequívoca de la conducta de las partes considerada en su conjunto, y de las cláusulas contractuales. 3. En el caso de que la ley aplicable al contrato no haya sido elegida por los contratantes, o si su elección es ineficaz, el contrato se regirá por la ley del Estado con el cual tenga vínculos más estrechos. 4. Serán necesariamente aplicadas las disposiciones de la ley del foro cuando tengan carácter imperativo respecto del contrato a que se refiere la base primera y que deban ser aplicadas con independencia de la ley que rija el contrato. 5. Podrán ser tenidas en cuenta las disposiciones de cualquier Estado con el cual el contrato tenga vínculos, cuando, de acuerdo con la legislación del Estado respectivo, tengan carácter imperativo y deban ser aplicadas con independencia de la ley que rija el contrato. 6. En materia de requisitos de forma, la sujeción del contrato a la ley de celebración (*lex loci celebrationis*) será suficiente a los efectos de su validez. 7. La ley de cada Estado regirá lo concerniente a la publicidad del contrato. 8. La ley que rija al contrato no será aplicada cuando sea manifiestamente contraria al orden público." Véase, *Documento de Antecedentes sobre el Tema "Proyecto de Temario de la Reunión de Expertos en Materia de Contratación Internacional"* (Documento preparado por la Secretaría General de la O.E.A.), OEA/Ser.G/CP/cajp-91, 29 de octubre de 1991, pp. 1-2 (en adelante, citado como *Antecedentes sobre el Proyecto de Temario*).
83. En una de esas resoluciones, la CIDIP-IV recomendó a la Asamblea General de la O.E.A. que convoque a una reunión de expertos para formular un proyecto de convención sobre ley aplicable a la contratación internacional. La Asamblea General hizo suya esta recomendación, encomendando al Comité Jurídico Interamericano la preparación de los proyectos pertinentes para la CIDIP-V. Véase, AG/RES. 1024 (XIX-0/89), párrafo 8: "Encomendar al Comité Jurídico Interamericano la preparación para la CIDIP-V de informes, proyectos de convenciones y las respectivas exposiciones de motivos sobre los temas recomendados por la CIDIP-IV a que se hace referencia en el párrafo resolutivo anterior y considere las conclusiones y opiniones que sean sometidas por las reuniones de expertos convocadas por la Organización." Véase también, *Antecedentes sobre el Proyecto de Temario*, supra nota, pp. 2, 29.
84. Al examinarse el tema de contratación internacional en el seno de la Comisión Segunda de la CIDIP-IV, se sometió a consideración, entre otras propuestas, un documento de trabajo preparado por el Dr. Antonio Boggiano que incluía un análisis de cuestiones relacionadas con la jurisdicción internacional en la resolución de controversias originadas en la contratación internacional. OEA/Ser.K/XXI.4, CIDIP-IV/doc. 8/88. V., A. Boggiano, *Contratos Internacionales*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1990 (incluyendo un estudio técnico sobre contratación internacional preparado por el autor a solicitud de la Secretaría General de la O.E.A.). Sin embargo, el consenso de las delegaciones se inclinó por la elaboración de unas "Bases" en materia de ley aplicable, que se limitarían a volcar principios recogidos en convenciones internacionales de reciente data, el segundo "Restatement" de los Estados Unidos en materia de conflicto de leyes y el Código de Comercio Uniforme de ese país. Véase, *Proyecto de Convención Interamericana sobre Ley Aplicable en Materia de Contratación Internacional*, OEA/Ser.Q/CJ/RES. II-6/91, 31 de julio 1991, Exposición de Motivos, p. 41, e Informe presentado por el Dr. José Luis Siqueiros, pp. 43-44.
85. Cabe destacar que en materia de ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías, la opinión del Dr. Boggiano fue la de recomendar la adhesión o ratificación de la Convención de La Haya del 22 de diciembre de 1986. V., Boggiano, *Contratos Internacionales*, supra nota, p. 155.
86. Véase, *Texto de las propuestas presentadas por la Misión Permanente del Uruguay en la sesión celebrada por la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos el 24 de enero de 1991*, CP/CAJP-803/91, 1 de febrero de 1991; *Comentarios del Embajador Representante Permanente del Uruguay acerca de los temas relativos a la contratación internacional y remoción de los obstáculos jurídicos a la integración, formulados en la sesión de la Comisión del 7 de febrero de 1991*, CP/CAJP-807/91, 8 de febrero de 1991. A su vez, la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos acordó recomendar la adopción del cuestionario al Consejo Permanente de la O.E.A., quien hizo suyo dicho cuestionario e invitó a los gobiernos de los Estados miembros a contestarlo. *Antecedentes sobre el Proyecto de Temario*, supra nota, pp. 3-4.

de cada país acerca de la celebración de contratos internacionales, el criterio de selección de la ley aplicable, el reconocimiento de la autonomía de la voluntad, la normativa especial que rige los contratos internacionales en que el Estado es parte, e incluso las prácticas seguidas por los Estados en la solución de controversias internacionales. Otras preguntas sondearon la opinión de las diversas delegaciones acerca del tipo de acuerdos internacionales que sería deseable concertar en materia de contratación internacional⁸⁷.

Sólo unos pocos países contestaron el cuestionario dentro del plazo asignado⁸⁸. Aún dentro de este número limitado de países es difícil identificar puntos de coincidencia acerca de qué aspecto de

la contratación internacional debería ser materia de armonización y si dicho esfuerzo armonizador debería realizarse a nivel universal o interamericano. En lo que respecta al ámbito espacial de los esfuerzos de unificación, las delegaciones de Colombia y Honduras se manifestaron a favor de elaborar una Convención Interamericana sobre contratación internacional⁸⁹, mientras que Argentina y Canadá fueron de la opinión de que los Estados miembros de la O.E.A. deberían acceder a los instrumentos de unificación de carácter universal adoptados por organismos internacionales⁹⁰.

Las respuestas también estuvieron lejos de ser unánimes en lo que respecta al tema específico sobre contratación internacional a ser abordado por

-
87. En apretada síntesis, las preguntas estaban destinadas a recoger información de las diversas delegaciones acerca de los siguientes puntos: (1) Normas internas reguladoras de los contratos internacionales comerciales y financieros y requisitos exigidos para la celebración de los contratos internacionales. (2) Si las partes en un contrato internacional pueden escoger la ley aplicable al mismo. (3) En caso de que las partes tengan la facultad de escoger la ley aplicable a un contrato internacional, si la misma se extiende a todo tipo de contratos internacionales o sólo a algunos en particular y, en este último caso, a qué tipo de contratos. (4) Los criterios predominantes para determinar la ley aplicable a un contrato internacional, la competencia internacional y para obtener el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros. (5) Si el ordenamiento jurídico local cuenta con disposiciones especiales aplicables a los contratos internacionales en los que participa el Estado y otras personas de derecho público. (6) Los instrumentos internacionales, bilaterales o multilaterales adoptados por el Estado en cuestión en materia de contratación internacional. (7) Si las soluciones aportadas por la Convención de Viena de 1980 en materia de compraventa internacional de mercaderías resultan adecuadas para regular este contrato en el ámbito interamericano. (8) En qué medida la materia de contratos internacionales debería ser objeto de nuevos acuerdos internacionales de alcance interamericano o subregional. (9) La posible intervención de los organismos técnicos de la O.E.A. en la formulación de nuevos acuerdos sobre la materia. (10) En caso de que se considere conveniente contar con nuevos acuerdos internacionales en materia de contratación internacional, qué tipo de convención sería deseable concertar. (11) Jurisdicción a la cual el Estado en cuestión suele someter la solución de controversias a que dan lugar los contratos internacionales en general y algunos de ellos en particular. (12) Eficacia del arbitraje internacional en el Estado en cuestión y eventuales dificultades que presentan las convenciones internacionales en la materia. (13) Eficacia que se le asigna en el Estado en cuestión a la prórroga de jurisdicción internacional. Véase, *Antecedentes sobre el Proyecto de Temario*, supra nota, pp. 5-12.
88. Colombia, Honduras, Brasil, Argentina y Canadá habían presentado comentarios y observaciones al cuestionario al 29 de octubre de 1991, fecha en que la Secretaría General de la O.E.A. preparó un documento sistematizando las respuestas obtenidas por los diversos países. *Antecedentes sobre el Proyecto de Temario*, supra nota, p. 4.
89. Conforme a la sistematización de respuestas brindadas por la Secretaría General de la O.E.A., Colombia destacó que en razón de la diversidad de criterios jurídicos, prácticas y costumbres de los países miembros "sería útil y necesario elaborar una Convención Interamericana sobre contratación internacional." La delegación de Honduras también sostuvo la conveniencia que la materia de los contratos internacionales sea "objeto de un acuerdo internacional de alcance interamericano." *Antecedentes sobre el Proyecto de Temario*, supra nota, p. 20.
90. El gobierno de Canadá señaló que "a los efectos de la armonización internacional de la legislación comercial debería procurarse adquirir primeramente el carácter de parte de las diversas convenciones internacionales y adoptar los modelos legislativos adoptados por la ONU, UNCITRAL, la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado y UNIDROIT, antes de considerarse la posibilidad de celebrar acuerdos meramente regionales." Por su parte, la delegación argentina estimó conveniente que "los Estados miembros accedan a los instrumentos internacionales de carácter universal, ya que resultan propicios para la unificación regional y mundial." *Antecedentes sobre el Proyecto de Temario*, supra nota, pp. 20-21.

una convención internacional o interamericana⁹¹. Colombia, por ejemplo, se manifestó en principio en favor de una convención a nivel interamericana sobre principios sustantivos aplicables a los contratos comerciales, como la proyectada por UNIDROIT, aunque también señaló la conveniencia de incluir el tema de conflicto de leyes. Brasil se inclinó por un tratado que se limite a resolver la cuestión de ley aplicable a los contratos internacionales, y Honduras propuso la elaboración de un texto que incluyera a la vez normas de conflicto y de derecho sustantivo. El gobierno de Canadá insistió en su postura de que cualquier tipo de convención internacional en la materia debería ser llevada a cabo "bajo la égida de organismos internacionales de amplia constitución, como la O.N.U., UNCITRAL, la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado y UNIDROIT"⁹².

A pesar de la falta de consenso que surge de las respuestas recibidas, pero teniendo en cuenta las discusiones que se remontan a la CIDIP-IV⁹³, el

Comité Jurídico Interamericano decidió encomendar al doctor José Luis Siqueiros la elaboración de un anteproyecto de convención interamericana sobre la ley aplicable a la contratación internacional⁹⁴. En su período de sesiones de julio-agosto 1991, el C.J.I. aprobó un "Proyecto de Convención Interamericana sobre Ley Aplicable en Materia de Contratación Internacional" ("Proyecto")⁹⁵. Este Proyecto es el que será sometido a consideración de la próxima CIDIP-V y es apropiado por lo tanto repasar algunos aspectos de su orientación a fin de precisar las tendencias que la CIDIP considera importante en el proceso de unificación del derecho privado a nivel americano.

Tanto la exposición de motivos como el informe que acompañan el Proyecto destacan que el fenómeno de unificación y armonización del derecho privado debe ubicarse actualmente dentro de un contexto de creciente interdependencia económica, globalización de la economía e integración de regiones en mercados comunes⁹⁶. También se

91. En este sentido, el cuestionario propuso una serie de alternativas a los Estados para que cada uno de ellos escogiera el tipo de convención en materia de contratación internacional que le resultara más adecuada. Así, la pregunta 10 del cuestionario dice así: "Si considera necesario contar con nuevas normas, cuál de las siguientes soluciones le resulta la más adecuada:
- a. Una convención del tipo de la Convención de la CEE sobre Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales (Roma, 1980), de alcance general.
 - b. Una convención de ley uniforme sobre ciertos contratos específicos, del tipo de la Ley Uniforme de Viena de 1980 sobre la Venta internacional.
 - c. Una convención que consagre ciertos principios para los contratos internacionales, del tipo de la que ha proyectado el UNIDROIT (Documento UNIDROIT 1990, Study L - Doc. 40 Rev. 5); que contenga normas sobre la internacionalidad y formación del contrato, su validez, interpretación, cumplimiento e incumplimiento, e incluya previsiones sobre las reglas de policía (*mandatory rules of domestic law*), autonomía de la voluntad de las partes (*party autonomy*), jurisdicción judicial y arbitral, así como la posibilidad de prever un orden jurídico de referencia, nacional o internacional, que permita colmar los problemas, por ejemplo, de interpretación y validez, etc.
 - d. Una convención que se limite a resolver el tema relativo a la ley aplicable a la contratación internacional, del tipo de la solución vigente del Código Bustamante (1928) y de los Tratados de Montevideo (1889 y 1939-40) y de algunas Convenciones de CIDIP (v.gr., la de Sociedades Mercantiles de 1979), en el mismo orden de ideas de las Bases propuestas por la CIDIP-IV (Ver Acta Final, p. 27).
 - e. Limitarse a prestar su participación y/o aceptación respecto de los trabajos que lleva a cabo la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) integrada por 36 miembros, en cuya agenda figura, por ejemplo, el tema de las Prácticas Contractuales Internacionales y el tema de la Responsabilidad de los operadores terminales del transporte, entre otros.
 - f. Cualquier otra posibilidad normativa que sea pertinente a juicio de su gobierno.
 - g. La combinación y armonización entre varias de las soluciones sugeridas.
- Véase, *Antecedentes sobre el Proyecto de Temario*, supra nota, p. 22.
92. *Antecedentes sobre el Proyecto de Temario*, supra nota, pp. 22-23.
93. Véase supra nota. El informe que acompaña el Proyecto de Convención Interamericana sobre Ley Aplicable en Materia de Contratación Internacional reconoce que este tema se encuentra íntimamente vinculado con la problemática de la competencia en la esfera internacional. Sin embargo, se destaca que por voluntad de la Asamblea General de la O.E.A. el tratamiento de este segundo quedó postergado para ser considerado en una futura CISIP. *Antecedentes sobre el Proyecto de Temario*, p. 45, nota 7.
94. CJI-Res.II/10/90, Río de Janeiro, 27 de agosto de 1990.
95. *Proyecto de Convención Interamericana sobre Ley Aplicable en Materia de Contratación Internacional*, OEA/Ser.Q/I/CJI/RES.II-6/91, 31 de julio de 1991 (en adelante *Proyecto de Convención sobre Ley Aplicable en Materia de Contratación Internacional*). El proyecto aprobado por el C.J.I. consta de seis capítulos divididos en veintiseis artículos. Sus disposiciones más relevantes se refieren al ámbito de aplicación de la Convención (arts. 1-4), la determinación de la ley aplicable (arts. 5-10), ley aplicable a la existencia y validez del contrato (arts. 11-12), y materias que deben ser reguladas por la ley aplicable (arts. 13-17). Reflejando la tendencia más moderna incorporada a tratados multilaterales recientes en materia de derecho privado, el artículo 2 del Proyecto de Convención sobre Ley Aplicable en Materia de Contratación Internacional destaca la necesidad de interpretar y aplicar la Convención teniendo en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación.
96. *Antecedentes sobre el Proyecto de Temario*, supra nota, pp. 40, 45.

señala que este proyecto interamericano sobre ley aplicable no incursiona en temas que ya han sido satisfactoriamente resueltos en instrumentos de carácter universal, sino que debe estructurarse en un contexto similar al adoptado por la Comunidad Económica Europea en el Convenio de Roma del 19 de junio de 1980 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, que por otra parte, constituyeron la fuente de inspiración principal a las ocho "Bases" adoptadas por la CIDIP-IV en 1989⁹⁷. En realidad, el Proyecto elaborado por la C.J.I. sigue de cerca tanto a la Convención sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de las Comunidades Europeas firmada en Roma en 1980 ("Convenio de Roma")⁹⁸, como así también a la Convención de La Haya sobre Ley Aplicable a los

Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, firmado el 22 de diciembre de 1986 ("Convención de La Haya")⁹⁹, en cuya elaboración participaron muchos países de América Latina¹⁰⁰.

Cabe reparar, por ejemplo, en la similitud y la identidad de criterios adoptados por estos tres instrumentos en temas fundamentales, como la caracterización de la "internacionalidad" del contrato¹⁰¹; el ámbito de aplicación del proyecto y los temas expresamente excluidos de su órbita¹⁰²; necesidad de imponer la aplicación de la Convención a través de la ley aplicable y promover su interpretación uniforme¹⁰³; ámbito de reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad para designar la ley aplicable a una parte o a la totalidad del contrato¹⁰⁴; y,

97. *Antecedentes sobre el Proyecto de Temario*, pp. 47-48.

98. La bibliografía sobre el tema es abundante. V., Boggiano, *Contratos Internacionales*, supra nota, p. 151, nota 129. El Doctor Boggiano también aconsejó en su informe la universalización de las normas de conflicto previstas por el Convenio de Roma ("...[O]pino que la Convención de Roma de 1980 debería servir como texto de base para la elaboración de reglas en el ámbito de la O.E.A. En esta materia la tendencia es hacia la universalización, y no a la regionalización..."). Id., p. 152.

99. El relator del proyecto, Dr. José Luis Siqueiros, destacó expresamente esta circunstancia en su informe: "Siendo objetivos no debemos soslayar las observaciones críticas que la Convención Europea (Roma, 1980) ha recibido de la doctrina, y de la dificultad de ensayar innovaciones en una temática tan explorada en el derecho internacional privado. En la década transcurrida desde que la Convención de Roma entró en vigor y en el lustro que va de las primeras firmas ad-referendum de la Convención de La Haya de 1986, no hay mucho que adicionar o reformar a los textos citados mismos que a su vez sirvieron como fuente de inspiración a las ocho "Bases" de la CIDIP-IV y que deben ser pauta en el anteproyecto que formule el Comité Jurídico Interamericano para su posterior examen en la Reunión de Expertos a convocarse por la Secretaría General antes de la celebración de la CIDIP-IV." *Antecedentes sobre el Proyecto de Temario*, supra nota, p. 67.

100. En la conferencia diplomática celebrada en La Haya del 14 al 30 de octubre de 1985, estuvieron representados los siguientes Estados de la O.E.A.: Argentina, Chile, Honduras, Méjico, Estados Unidos, Uruguay y Venezuela. Brasil y Ecuador participaron como observadores. La CIDIP-IV expidió una resolución recomendando a los Estados miembros de la O.E.A. a ratificar o adherirse a la Convención de La Haya del 22 de diciembre de 1986. CIDIP-IV/Res.4 (89). V., Boggiano, *Contratos Internacionales*, supra nota, pp. 35-37.

101. Proyecto, art. 1; Convenio de Roma, art. 1, parr. 1 (cuando el contrato se refiera a una situación que entrañe un conflicto de leyes de distintos países). *Antecedentes sobre el Proyecto de Temario*, p. 48.

102. Proyecto, arts. 3-4; Convenio de Roma, arts. 1,5,6 y 12; Convención de La Haya, art. 2, incisos (a), (b), y (c) y 5 (excluyendo de su órbita de aplicación al estado y capacidad de las personas físicas, testamentos y sucesiones, regímenes matrimoniales, obligaciones alimentarias, obligaciones nacidas de títulos de crédito y otros instrumentos negociables, convenios de arbitraje y selección de foro, cuestiones derivadas de derecho societario y trusts y otras materias sujetas a una regulación especial, incluyendo compraventas concluidas por consumidores, contratos individuales de trabajo y cesión de créditos). *Antecedentes sobre el Proyecto de Temario*, p. 59.

103. Proyecto, art. 1; Convenio de Roma, art. 2; Convención de La Haya, art. 6 (la ley designada por la Convención deberá aplicarse aunque no pertenezca a la de un Estado Contratante). Véase también Proyecto, art. 2; Convenio de Roma, art. 18; Convención de La Haya, art. 16 (siguiendo al art. 16 de la Convención de Viena de 1980 en el sentido de que a los fines de su interpretación y aplicación, deberá tenerse en cuenta el carácter internacional de la Convención y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación). Véase también, en el mismo sentido, Convenio sobre Representación de la Compraventa Internacional de Mercaderías de 1983, art. 6(1).

104. Proyecto, art. 5; Convenio de Roma, art. 3, par. 1; Convención de La Haya, art. 7, par. 1 (requiriendo que el acuerdo sea expreso o, excepcionalmente, desprenderse en forma inequívoca de la conducta de las partes y del contrato considerado en su conjunto). Cf., Proyecto, art. 6; Convenio de Roma, art. 3, par. 2; Convención de La Haya, art. 7, par. 2 (autorizando a las partes a convenir que el contrato pueda regirse, en todo o en parte, por una ley distinta de aquella por la que se rigió anteriormente, haya sido o no elegida por las partes). *Antecedentes sobre el Proyecto de Temario*, pp. 50-51. Con respecto a las limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad destinadas a impedir una elección "caprichosa", es decir, sin conexión alguna con el contrato, o a eludir leyes imperativas, de policía o de aplicación inmediata, el art. 10 del Proyecto dispone que "se aplicarán necesariamente las disposiciones de la ley del foro cuando tengan carácter imperativo"y, a discreción del foro, se podrán "aplicar las disposiciones imperativas de la ley de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos". Véase, *Antecedentes sobre el Proyecto de Temario*, pp. 51-55; Boggiano, *Contratos Internacionales*, supra nota, pp. 33-45 y 55-75.

finalmente, criterios que determinan la ley aplicable a los contratos internacionales en defecto de elección de las partes o cuando esta última es jurídicamente ineficaz¹⁰⁵. Esta armonización de criterios en materia de ley aplicable a la contratación internacional adoptados por el Proyecto de Convención Interamericana, el Convenio de Roma y la Convención de La Haya me llevan a insistir en la conveniencia y posibilidad, ciertamente jurídica y eventualmente política, que los esfuerzos de armonización y unificación que se llevan a cabo en el seno de la Comunidad Europea, la Conferencia de La Haya y la O.E.A. converjan en una tarea común, donde la activa participación de las diversas delegaciones permita universalizar el ámbito espacial de los instrumentos internacionales en materia de ley aplicable a los contratos internacionales en general.

Si el análisis precedente aconseja el abandono de posturas regionalistas es jurídicamente factible en lo que se refiere a la cooperación judicial internacional y conflicto de leyes en materia de contratos internacionales, existen razones fundadas para pensar que en materia de derecho sustantivo de los contratos internacionales la Conveniencia de los países de América Latina también se orienta hacia una integración a los esfuerzos que ya ha comenzado a realizarse en otros foros internacionales. Para apreciar esta sugerencia, conviene destacar en primer lugar la homogeneidad sustantiva del derecho latinoamericano en materia de obligaciones y contratos comerciales.

ABSTENCION DE LOS ESFUERZOS DE UNIFICACION LATINOAMERICANOS DEL CAMPO DEL DERECHO MERCANTIL SUSTANTIVO

En lo que respecta al panorama que presenta el derecho privado sustantivo latinoamericano a los efectos de su eventual armonización y unificación, cabe destacar en primer lugar que, sin perjuicio de la inevitable disparidad de las legislaciones internas

en aspectos de detalle, la identidad de cultura jurídica de los países latinoamericanos constituye una base firme de armonización. En segundo lugar, como se señaló anteriormente, los instrumentos interamericanos elaborados por las cuatro CIDIPs se han concentrado en el derecho conflictual y cooperación judicial, sin incursionar en temas de derecho uniforme sustantivo. A juzgar por la postura adoptada por el C.J.I. en materia de compraventa internacional de mercaderías en sucesivas oportunidades, los países de América Latina no desean incursionar en la unificación del derecho mercantil sustantivo¹⁰⁶.

La aparente aceptación de los países de la región del texto de la Convención de Viena 1980 sobre venta internacional de mercaderías preparada por UNCITRAL, como así también la compatibilidad de las legislaciones internas latinoamericanas con los principios aplicables a los contratos comerciales internacionales que se encuentra elaborando UNIDROIT, permite augurar una paulatina integración de los países latinoamericanos a los esfuerzos de unificación universal que lleva a cabo UNIDROIT y UNCITRAL. Sin embargo, a juzgar por el proyecto de temario de la próxima CIDIP-V, pareciera que en materia de normas de derecho internacional privado la tendencia continuará siendo la regionalización. Insisto que, a mi modo de ver, este camino separado sólo se justifica en la medida en que existan diferencias genuinas, y ya se ha demostrado que este no es el caso. En lugar de trabajar en un proyecto de convención interamericana en materia de ley aplicable a la contratación internacional, los Estados miembros de la O.E.A. deberían considerar seriamente la adopción de la Convención de La Haya del 22 de diciembre de 1986.

Las tendencias hacia la armonización y uniformidad del derecho sustantivo latinoamericano se reflejan en una prolífica elaboración doctrinaria de "leyes tipo" o "códigos modelo" adoptadas en congresos, jornadas y simposios. A pesar de su con-

105. Proyecto, arts. 7-9; Convenio de Roma, art. 4; Convención de La Haya, art. 8 (el contrato se regirá por la ley del Estado con el cual el contrato tenga "los vínculos más estrechos", estableciendo una presunción que dicho Estado es aquél "en que la parte manifiestamente más obligada en la relación contractual debe cumplir con su prestación, y donde tenga, además, su residencia habitual o establecimiento principal"). Véase, *Antecedentes sobre el Proyecto de Temario*, pp. 55-62; Boggiano, *Contratos Internacionales*, supra nota, pp. 46-54.

106. V., G. Parra-Aranguren, "Legislación uniforme sobre compraventa internacional de mercaderías", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, 1986, vol. 35, pp. 28 y ss. En resoluciones dictadas durante el 22 de diciembre de 1967, 6 de agosto de 1973, 13 de enero de 1977, el C.J.I. expresó que en vista de la Ley Uniforme sobre Venta Internacional de Bienes Muebles elaborada por la Conferencia de La Haya en 1964, no existían motivos para propiciar la elaboración de un documento regional en esta materia, siendo aconsejable que los Estados miembros de la O.E.A. se adherieran a un documento de carácter universal. V., "Recomendaciones e Informes del Comité Jurídico Interamericano. Documentos oficiales", vol. 11, 1974-1977, Washington, 1981, pp. 576-77. Esta postura motivó que la CIDIP-II eliminara este punto dentro de su temario, fundamentalmente en miras a los trabajos de UNCITRAL que posteriormente se concretaron en la adopción de la Convención de Viena de 1980. V., Boggiano, *Contratos Internacionales*, supra nota, pp. 79-81.

tribución eventual como fuentes de reforma legislativa, en la mayoría de los casos no se han concretado en derecho positivo uniforme. Así, existen desde hace un tiempo una serie de proyectos de unificación en temas tan diversos como leyes "tipo" en materia de organización del ministerio público fiscal ¹⁰⁷ y arbitraje ¹⁰⁸, como así también un buen número de códigos "tipo" latinoamericanos en materia de derecho tributario ¹⁰⁹, penal ¹¹⁰, aeronáutico ¹¹¹ y procesal civil ¹¹². Cabe presumir, sin embargo, que en materias tan diversas el camino de la armonización por vía legislativa o la ratificación o adhesión de tratados internacionales enfrenta una serie de obstáculos que no se encuentran en una área más homogénea como la de la contratación internacional. De allí que sea necesario echar un vistazo a la homogenidad jurídica latinoamericana en materia de obligaciones y contratos, para después especular acerca de las posibilidades de su integración al derecho mercantil internacional.

**IDENTIDAD BASICA DEL DERECHO PRIVADO
SUSTANTIVO LATINOAMERICANO:
POTENCIALIDAD DE SU INTEGRACION
PROGRESIVA AL DERECHO MERCANTIL
INTERNACIONAL**

En el ámbito tradicionalmente considerado como medular del derecho privado, más allá de las raíces mediatas del derecho romano ¹¹³, la identidad jurídico-cultural del derecho latinoamericano se extiende durante el largo período de dominación colonial ¹¹⁴. El derecho indiano aplicable a los territorios de ultramar construyó las bases de lo que, luego de la independencia política, comenzó a adquirir identidad nacional a través de la codificación. Cabe reconocer que el objetivo principal de la codificación del derecho privado en América Latina no fue precisamente perseguir la uniformidad del derecho privado de las jóvenes repúblicas latinoamericanas, sino más bien afirmar la naciente soberanía política mediante un sistema legislativo intelegible y más accesible que la dispersa, profusa y confusa legislación colonial ¹¹⁵. Sin embargo, durante esta etapa post-colonial, la armonía jurídica latinoameri-

-
107. Esta iniciativa estuvo precedida de un estudio comparativo sobre la organización y funcionamiento del ministerio público en los Estados americanos que llevó a cabo el Departamento de Asuntos Jurídicos de la Unión Panamericana. Conforme a las recomendaciones del Tercer Congreso Interamericano del Ministerio Público, efectuado en México durante los días 13 a 20 de julio de 1963, el Comité Jurídico Interamericano de la O.E.A. suspendió el estudio del tema hasta tanto la Asociación Interamericana del Ministerio Público preparase un proyecto de ley tipo. OEA, CIJ-88, Washington, 1967. Véase, Fix-Zamudio, "Breves reflexiones", supra nota, pp. 323-325.
108. Con anterioridad a sus trabajos en la preparación de una Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial (finalmente aprobada en Panamá en 1975, en el seno de la CIDIP-I), el C.J.I. había elaborado durante los años cincuenta un proyecto de ley uniforme sobre arbitraje que fue aprobado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos en la reunión celebrada en México en 1956. Dicho Consejo recomendó la adopción de la ley uniforme en los ordenamientos internos de los países americanos. V. Siqueiros, "Panorama actual del arbitraje comercial internacional", en *Panorama del Arbitraje Comercial Internacional (Selección de lecturas)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1983, pp. 135, 142.
109. El "Proyecto de modelo de Código Tributario para América Latina", en *Memoria de las Conferencias Sustentadas con Motivo del XXV Aniversario de la Promulgación de la Ley de Justicia Fiscal*, México, 1966; Giuliani Fonrouge y D. Jarach, "Análisis del modelo de Código Tributario para América Latina OEA-BID", en *VI Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario. Punta del Este, 1970*, Montevideo, 1971, pp. 103, 122-125 (destacando que este código modelo ha servido de base a algunos códigos latinoamericanos y en la redacción de algunos proyectos de ley).
110. V. A. Reyes, "El proyecto de Código Penal Tipo Latinoamericano", *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, Bogotá, diciembre de 1967, pp. 583-589; F. Grisolia, "Génesis y trayectoria del Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica", *Revista Mexicana de Derecho Penal*, México, noviembre-diciembre de 1971, pp. 26-28.
111. V., Rodríguez Jurado, "El proyecto de Código Aeronáutico Latinoamericano", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Enrique A. C. Aztría*, Buenos Aires, 1966, pp. 168-297; E. Mapelli López, *Códigos y Leyes de Aviación Civil de Iberoamérica*, Madrid, 1970, pp. 819.
112. V., *Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, Instituto Chileno de Derecho Procesal, Valparaíso, 1989; *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Montevideo, 1988. Véase, en general, *Un 'Codice Tipo' di Procedura Civile per L'America Latina*, Padua, 1990 (S. Schipani y R. Vaccarella).
113. Guzmán Brito, "La penetración del derecho romano en América", *Revista Chilena de Derecho*, 1991, pp. 203, 211.
114. Véase, en general, J. Ots Capdequí, *Manual de Historia del Derecho Español en las Indias* (1945); Barrera Graf, *El Derecho Mercantil en la América Latina*, México, 1963, p. 19.
115. Véase el interesante prólogo de Phanor Eder a la traducción inglesa del Código Civil argentino realizada por Frank Joannini, *The Argentine Civil Code*, Boston, 1917, p. xxii.

cana es reafirmada a través de la influencia predominante del *Code civil* napoleónico y el abundante cuerpo de doctrina que acompañó su recepción¹¹⁶. En este punto, sin embargo, conviene hacer algunas distinciones entre la corriente codificadora civil y mercantil, y entre diferentes grupos de países conforme a la influencia más o menos directa del modelo francés o español y la influencia recíproca de los códigos latinoamericanos.

En lo que respecta a la codificación del derecho civil, la identidad latinoamericana es susceptible de ser subdividida en diferentes grupos, conforme al tipo y grado de influencia recibida de la codificación napoleónica¹¹⁷. Así, puede desprenderse un primer grupo que adoptó casi literalmente el Código Napoleón de 1804, entre los que se encuentran Haití y la República Dominicana¹¹⁸. Un segundo grupo, en el otro extremo diferenciador, está representado por aquellos países que adoptaron el Código Civil español de 1889 por haber sido los últimos de haberse desprendido del régimen colonial. Este es el caso de Cuba y Puerto Rico, aunque ambos sistemas jurídicos han sido significativamente influenciados, en el caso de Cuba, por la superestructura política de la "legalidad socialis-

ta"¹¹⁹, y, en el caso de Puerto Rico, por la aplicación del derecho federal de los Estados Unidos¹²⁰. Un tercer grupo está representado por países de América Central como Honduras y Panamá, cuya primera codificación del derecho civil tuvo lugar a comienzos de este siglo y por lo tanto tuvieron la oportunidad de apoyarse, aunque no en forma tan directa como el grupo anterior, en el Código Civil español.

Un cuarto grupo de países, quizás el más significativo desde el punto de vista histórico, reconoce al Código Civil francés como fuente inspiradora principal, pero se inclinaron por un estilo y técnica ecléctico, aportando una dosis significativa de originalidad al movimiento de codificación latinoamericano. Me refiero al Código Civil chileno redactado por Andrés Bello (1855)¹²¹, el Anteproyecto de Código Civil para el Imperio del Brasil redactado por Augusto Teixeira de Freitas (1856)¹²² y el Código civil argentino de Dalmacio Vélez Sársfield (1869). Este último grupo de codificaciones adquiere una relevancia inusitada en lo que se refiere al proceso de armonización y unificación del derecho privado latinoamericano, puesto que los tres códigos mencionados influyeron, en mayor o

116. Para constatar la influencia de la doctrina francesa que acompañó el movimiento de codificación en algunos países latinoamericanos, cabe señalar basta repasar algunas de las obras que aparecen frecuentemente citadas en las eruditas notas de Dalmacio Vélez Sársfield que acompañan los artículos del Código Civil Argentino de 1869. Algunos textos de doctrina fueron utilizados como fuente directa de las disposiciones del código, v.gr., la obra de Charles Aubry y Charles Rau, *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C. S. Zachariae*, París, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1856-1858, 3a. ed., 6 volúmenes. Otras obras de importancia incluyen autores como Charles Demolombe, Jean Domat, Jean Baptiste Durvergier, Emile Victor Foelix, Victor N. Marcadé, E. Martou, Gabriel Massé, Frédéric Mourlon, Robertus Josephus Pothier, Jean-Baptiste Broudhon, Charles Bonaventure Marie Toullier, Raymond Troplong y Karl Salomon Zacharie.
117. Véase, en general, J. Castán Tobeñas, *Los Sistemas Jurídicos Contemporáneos del Mundo Occidental*, 1975, Madrid, 2da. edición, p. 43 y ss; Castán Tobeñas, "Contemporary Legal Systems of the Western World", *Comparative Juridical Review*, 1986, pp. 117-127; id., "El sistema jurídico iberoamericano", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 1968, p. 209; Segal, Pinto & Colautti, "Aperçu sur les systèmes juridiques de l'Amérique du Sud", *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, 1988, vol. 65, pp. 105, 108-115; De los Mozos, "Perspectivas y Método para la comparación jurídica en relación con el Derecho Privado Iberoamericano", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1976, vol. 60, p. 777; Catalano, "Sistema Jurídico Latinoamericano y Derecho Romano", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1982, vol. 85, p. 85.
118. Léger, "De l'influence du Code Napoléon à Haiti et des différences d'legislation civile entre France et Haiti", en *Le Droit Civil Français. Livre Souvenir des Jourmes du Droit Civil Français*, 1936, p. 755.
119. *Código Civil*, de 11 de mayo de 1888, hecho extensivo a Cuba por Real Decreto de 31 de julio de 1889 y vigente desde el día 5 de noviembre del mismo año. Concordado y anotado hasta el 8 de marzo de 1975. Publicación Oficial del Ministerio de Justicia (1975). Véase también, Azicri, "Change and Institutionalization in the Revolutionary Process: The Cuban Legal System in the 1970's", *Review of Socialist Law*, 1980, vol. 6, p. 164.
120. Véase, Alvarez González, "La reforma del Código Civil de Puerto Rico y los imperativos constitucionales: un comentario", *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, 1991, vol. 62, p. 223; Rodríguez Ramos, "Interaction of Civil Law and Anglo-American Law in the Legal Method of Puerto Rico", *Tulane Law Review*, 1948, vol. 23, p. 1; Trías Monge, "Consideraciones sobre la reforma del Código Civil de Puerto Rico", *Revista Jurídica de Puerto Rico*, 1983, vol. 52, p. 143.
121. Véase, Matus Valencia, "The Centenary of the Chilean Civil Code", *American Journal of Comparative Law*, 1958, Vol. 7, p. 71; A. Guzmán B., *Andrés Bello Codificador, Historia de la Fijación y Codificación del Derecho Civil en Chile*, 1982, p. 158; Guzmán B., "El pensamiento codificador de Bello entre las polémicas chilenas en torno a la fijación del Derecho Civil", en *Dirito Romano Codificazioni e Unita del Sistema Giuridico Latinoamericano*, 1981, obra coordinada por S. Schipani, p. 5.
122. Véase, Castro Borges, "Na formação do Direito sulamericano: Teixeira de Freitas e Vélez Sársfield", *Scientia Juridica*, 1985, vol. 34, p. 216; S. Meira A., *Teixeira de Freitas, o Iurisconsulto do Imperio, Vida e Obra*, 1983, Brasília, 2a. edición.

menor medida, en la codificación del derecho civil de un buen número de países. Así, el Código civil de Andrés Bello fue adoptado por las primeras codificaciones civiles en Ecuador (1861), Venezuela (1863), Nicaragua (1867), Colombia (1873), El Salvador (1880) y Honduras (1880). A su vez, tanto el Código Civil chileno como el anteproyecto de Freitas tuvieron una influencia significativa en el Código Civil argentino redactado por Vélez Sársfield, y este último, a su vez, fue adoptado textualmente por Paraguay en 1876. El Código Civil para la República Oriental del Uruguay reconoce a su vez la influencia de las codificaciones argentina, chilena y brasilera.

Finalmente, se destacan lo que podríamos clasificar como un quinto grupo de codificaciones "modernas", adoptados en este siglo y por lo tanto en una época en que la codificación napoleónica había dejado de ser la única fuente inspiradora continental europea. Cabe incluir en este grupo al Código Civil de Brasil (1917) y al Código Civil de México para el Distrito Federal (1928), que sirvió de guía para los códigos estatales mexicanos. Más recientemente, el Código Civil boliviano de 1976 y el Código Civil peruano de 1984 siguieron esta tendencia más independiente de la corriente francesa¹²³.

La homogeneidad de la legislación civil latinoamericana también se extendió al campo del derecho mercantil. Esta identidad surge en primer lugar por la supervivencia, aunque durante un período relativamente breve, de la legislación colonial hispana y lusitana con posterioridad a la independencia, ya sea por disposición expresa de los nuevos gobiernos nacionales o por el mantenimiento tácito de su vigencia¹²⁴. Durante el siglo XIX existió una

marcada influencia de la codificación comercial francesa de 1807 y española de 1829 y 1855¹²⁵. Mientras que un primer grupo que incluye a Haití (1826) y la República Dominicana (1884) copiaron al modelo francés al pie de la letra, un segundo grupo adoptó el modelo español de 1829, entre los que se incluyen los de el Ecuador (1831), Paraguay (1846), Perú, Costa Rica y Colombia (1853). Un tercer grupo de países siguió al modelo español de 1855, entre los que se incluyen Honduras (1890), Perú (1902), Puerto Rico y Cuba (1899)¹²⁶.

También en el área mercantil cabe resaltar la gran difusión de la doctrina gala que acompañó a la adopción de los primeros códigos de comercio latinoamericanos¹²⁷. Otro factor de armonización y unificación del derecho mercantil latinoamericano, tal como ocurrió con la codificación civil, fue la influencia recíproca ejercida por los códigos mercantiles de Brasil (1850), Argentina (1859) y Chile (1867), obra de codificadores de la talla de Teixeira de Freitas en Brasil, Vélez Sársfield y Eduardo Acevedo en Argentina y José Gabriel Ocampo en Chile¹²⁸. La contribución recíproca de estas codificaciones se destaca por la influencia del Código brasileño de 1850 en Argentina y Chile; la del Código argentino de 1859 en el chileno y la de este último en el Código de Comercio argentino de 1889. También cabe destacar la intervención de juristas sudamericanos extranjeros en las principales codificaciones, como el uruguayo Eduardo Acevedo en el Código argentino y el argentino Ocampo en el Código chileno¹²⁹. Así, el Código de Comercio argentino fue copiado al pie de la letra por Paraguay en 1903 (en vigencia hasta la adopción del código unificado de 1987) y adoptado con leves modifica-

123. Véase, Schipani, "El Código Civil peruano de 1984 y el sistema jurídico latinoamericano", *Revista Judicial*, San José de Costa Rica, 1987, vol. 40, p. 144.

124. L. SEGOVIA, *Explicación y Crítica del Código de Comercio*, Buenos Aires, 1829, vol. 1, p. xi; Toro Garland, "Supervivencia del Derecho español en América", *Revista de Derecho Español y Americano*, Madrid, Año 1, No. 3, p. 42; J. Olavarría, *Los Códigos de Comercio Latinoamericanos*, Santiago, 1961, pp. 270, 287; J. Barrera Graf, *El Derecho Mercantil en América Latina*, México, 1963, pp. 23-40.

125. El Código de Comercio español de Sáinz de Andino de 1829 tuvo gran influencia en Argentina y México con anterioridad a la codificación de la legislación mercantil en estos países; en otros fue literalmente copiado y aún en otro grupo sirvió como fuente principal junto al modelo francés de 1807, como en el caso de Bolivia (1835), Brasil (1850) y México (1854). J. Barrera Graf, *El Derecho Mercantil en América Latina*, México, 1963, pp. 26-27.

126. Olavarría, *Los Códigos de Comercio Latinoamericanos*, Santiago, 1961, p. 95.

127. El profesor mexicano Barrera Graf destaca la influencia predominante de autores como Pardessus, Alauzet, Masse, Delamarre et Le Poitvin, Boistel, Lyon Caen et Renault. Barrera Graf, *El Derecho Mercantil en América Latina*, supra nota, p. 35-6. Véase también, J. C. Palmero, "Unidad del derecho privado latinoamericano", *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, junio 1986, No. 111, año 19, pp. 379-403.

128. El Código de Comercio brasileño fue promulgado por el emperador don Pedro II el 25 de junio de 1850, mientras que el Código argentino fue inicialmente promulgado para la provincia de Buenos Aires, extendiéndose a la nación en 1862 en virtud de la incorporación de dicha provincia a la federación y la facultad exclusiva del gobierno federal para legislar en materia mercantil. El Código argentino de 1859 fue reformado significativamente en 1889. Véase, Francisco J. Garo, *Derecho Comercial*, Buenos Aires, 1955, vol. 1, No. 44, p. 30.

129. Véase, Olavarría, "Unificación legislativa-mercantil en América Latina", *Revista Española de Derecho Mercantil*, 1961, p. 315.

ciones por Uruguay en 1866. A su vez, el Código de Comercio chileno fue seguido en Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y Venezuela¹³⁰.

Los principales códigos de comercio latinoamericanos, con excepción del chileno, fueron promulgados con anterioridad a los primeros códigos civiles. Este motivó que los códigos de comercio incluyeran en su texto una variedad de disposiciones sobre obligaciones y contratos civiles que ya resultaban arcaicas a la época en que se dictaron los nuevos códigos civiles. Debido a este fenómeno, muchos de los códigos civiles acogieron principios consagrados por el derecho mercantil europeo (v.gr., solidaridad pasiva, constitución en mora sin necesidad de interpelación formal), resultando, al decir de Ascarelli, en "códigos civiles más comercializados que los mismos códigos de comercio"¹³¹. Este fenómeno, unido a la estructura económica de los países de América Latina durante el siglo XIX (fundamentalmente agrícola, con escaso desarrollo industrial), ha resultado, por un lado, en una continua aspiración para la modificación y modernización del derecho mercantil¹³², y, por otro lado, en una serie de iniciativas tendientes hacia la unificación del derecho civil y comercial en materia de

obligaciones y contratos, como lo propuso el Proyecto Franco Italiano de las obligaciones y lo concretó el Código Civil italiano de 1942.

Dentro de las iniciativas más recientes de reforma legislativa y unificación de la materia civil y comercial, cabe destacar, en primer lugar, al Código Civil paraguayo que entró en vigor el 1ero. de enero de 1987¹³³. El nuevo código paraguayo mantiene una estructura similar al anterior, pero incluye cinco libros, uno de los cuales está dedicado a los "contratos y otras fuentes de obligaciones". Este libro incorpora la regulación de contratos comerciales que anteriormente estaban incluidos en el Código de Comercio y también legislación especial anexa a dicho código¹³⁴. Una labor similar de codificación civil y mercantil unificada, pero sin haberse concretado en ley positiva, fue realizada en Argentina. El Congreso mantuvo en discusión desde 1987 un proyecto de unificación que fue vetado en diciembre de 1991¹³⁵. También en el proyecto argentino se incluían contratos tradicionalmente legislados en el Código de Comercio¹³⁶ y se sometía a una regulación uniforme aquellas figuras contractuales sometidas a una doble regulación en ambos códigos¹³⁷. Si bien las razones que motivaron el veto presidencial del proyecto argentino no

130. Barrera Graf, *El Derecho Mercantil en América Latina*, supra nota, pp. 32-34.

131. T. Ascarelli, "Natura e posizione del Diritto Commerciale", en *Saggi Giuridici*, Milano, 1949, p. 136. Véase también Barrera Graf, *El Derecho Mercantil en América Latina*, supra nota, p. 84 (destacando que los códigos de comercio brasileño y argentino de 1850 y 1859 reglamentaron las obligaciones y los contratos, materia principal de los códigos civiles adoptados con posterioridad). Véase asimismo, Aziría, "Derecho comercial y derecho privado en los países de Derecho Continental", *Interamerican Law Review*, vol. 1, No. 5, p. 119.

132. Barrera Graf, *El Derecho Mercantil en América Latina*, supra nota, p. 52.

133. *Código Civil de la República del Paraguay*. Sancionado por el Honorable Congreso Nacional como Ley No. 1183 del 18 de diciembre de 1985 y promulgado por el Poder Ejecutivo el 23 de diciembre de 1985. Edición de la Corte Suprema de Justicia, Asunción, 1986. La tarea de revisión se remonta a 1959, con el encargo de la Comisión Nacional de Codificación. El eminente jurista paraguayo Luis De Gásperi tuvo a su cargo de la preparación de un anteproyecto terminado en 1964 que constituyó la médula del nuevo código. De los 2800 artículos que componen el nuevo código, se estima que aproximadamente 2250 fueron tomados del anteproyecto De Gásperi, cuyas fuentes de inspiración más importantes se encuentran en el Código Civil italiano de 1942 y dos proyectos de reforma del Código Civil argentino que se remontan a 1936. Véase, Moisset de Espanés, "El nuevo Código Civil paraguayo", *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1989, vol. 94, p. 475.

134. El Código Civil paraguayo de 1987 consta de cinco libros: De las personas y de los derechos personales en las relaciones de familia; de los hechos y actos jurídicos y de las obligaciones; de los contratos y otras fuentes de obligaciones; de los derechos reales sobre las cosas; y de la sucesión por causa de muerte. El Título II del Libro III ("De los contratos en particular") incluye disposiciones acerca del contrato de transporte, comisión, corretaje, sociedades comerciales, títulos de crédito y contratos de seguro. El nuevo código paraguayo también deroga una serie de leyes especiales que fueron incorporadas al texto del código, tales como aquellas en materia de matrimonio civil, sociedades de responsabilidad limitada, almacenes generales de depósito, propiedad horizontal, propiedad literaria, científica y artística, prenda con registro y quiebras.

135. Véase, *Proyecto de Código Civil, según Texto Aprobado por la Honorable Cámara de Diputados de la Nación*, Orden del día N° 1604 del 15 de julio de 1987, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987. Luego de su aprobación por la cámara baja en 1987, el proyecto fue finalmente sancionado con la aprobación del Senado en noviembre de 1991 y votado el 23 de diciembre del mismo año.

136. Tal es el caso de algunas disposiciones del proyecto argentino de código uniforme en materia de contratos de cuenta corriente mercantil y bancaria (arts. 1928-1948), corretaje (arts. 2013-2021), transporte (arts. 2182-2215).

137. V., por ejemplo, las disposiciones del proyecto de unificación argentino en materia de mandato (arts. 1889-1919); fianza (arts. 1986-2012); y depósito (arts. 2216-2243).

son del todo claras, aparentemente no ha sido la idea de unificar la codificación comercial y civil la que ha motivado el rechazo, sino más bien el mérito de algunas de sus disposiciones¹³⁸.

Es interesante constatar que si nos desplazamos del campo generalizado de la unificación del derecho privado y concentramos la atención en la regulación de la contratación internacional, la legislación interna de los países de América Latina ofrece un núcleo común que por cierto no es incompatible con las iniciativas que se han tomado a nivel internacional en materia de unificación del derecho mercantil. Aún cuando la profundización del análisis de cada institución en particular nos llevaría a descubrir diferencias de matices entre las legislaciones internas de los países latinoamericanos, si nos mantenemos en el terreno de los principios la posibilidad de armonización no presenta mayores dificultades técnicas. Si tomamos las disposiciones sobre compraventa internacional de mercaderías elaboradas por UNCITRAL y adoptadas en la Convención de Viena de 1980, que ya cuenta con la ratificación de algunos países de América Latina, como Argentina, Chile, Ecuador y Méjico, encontramos que por encima de las diferencias de detalle existe un amplio espacio para lograr un entendimiento¹³⁹. Arribaríamos a una conclusión similar si nos ocupáramos de calibrar el impacto de los principios propuestos por UNIDROIT en materia de contratos comerciales internacionales¹⁴⁰.

Dado el alto grado de homogeneidad que presenta el derecho privado latinoamericano y la factibilidad de su asimilación a un marco jurídico armonizado en materia de contratación internacional, ¿por qué los países de América Latina no han participado más activamente en los esfuerzos de unificación del derecho privado que han emprendido organizaciones internacionales? ¿Por qué razón los numerosos proyectos de leyes y códigos "tipo" o "modelo" no han fructificado en un derecho positivo único para todos los países de la región? Una aproximación a este interrogante requiere un análisis de las realidades de tipo jurídico-cultural, político y económico que enmarcan los esfuerzos de unificación legislativa en los países latinoamericanos. Esta apreciación de sus limitaciones permite una mayor comprensión de lo que se ha logrado hasta el momento y de las perspectivas futuras de la incorporación latinoamericana a los esfuerzos de unificación del derecho privado.

LIMITACIONES A LOS ESFUERZOS DE UNIFICACION LATINOAMERICANA A NIVEL REGIONAL E INTERNACIONAL

Los países de América Latina se encuentran en un proceso de integración jurídica más incipiente que el que ha logrado la unión federal de los Estados Unidos de América y la estructura jurídica comunitaria vigente en los países de la Comunidad Económica Europea. Los mayores avances de unificación, al menos en lo que se refiere a la pue-

138. Así, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de la República Argentina solicitó el veto de la ley de unificación alegando que el proyecto no tenía en cuenta la ley de convertibilidad de la moneda nacional (que, dicho sea de paso, había sido sancionada con posterioridad a la conclusión del proyecto de reforma) y que el proyecto había "pasado por alto numerosas objeciones formuladas por serias instituciones que se han pronunciado al respecto". *Revista La Ley, Suplemento Actualidad*, Buenos Aires, 12 de diciembre de 1991, p. 4. Por su parte, la Federación Argentina de Colegios de Abogados se opuso al proyecto de unificación alegando, además de la incompatibilidad de algunas de sus normas con las normas sancionadas en materia económica, que la presunción de culpa en materia de responsabilidad extracontractual en el ejercicio de las profesiones liberales, establecida por el proyecto en su artículo 1625, "transgrede garantías constitucionales de igualdad y defensa en juicio [y] condiciona excesivamente el empleo de nuevas técnicas, obstaculizando el avance y progreso de la ciencia." *Revista La Ley, Suplemento Actualidad*, Buenos Aires, 28 de abril de 1992, p. 3. Véase también, "Los médicos, del quirófano a tribunales", *Página 12*, Buenos Aires, 19 de diciembre de 1991, p. 14.

139. V., en general, Barrera Graf, "La Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y el Derecho mexicano. Estudio comparativo", *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, 1987, vol. 15, pp. 315-336; Ferro Astray, "¿Hacia un Derecho uniforme de la Compraventa Internacional?", *Anuario de Derecho Comercial*, Montevideo, 1986, pp. 37-51; A. Garro y A. Zuppi, *Compraventa Internacional de Mercaderías*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1990.

140. V., Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), *Working Group for the Preparation of Principles for International Commercial Contracts*, Study L - Doc. 40 Rev. 9, Roma, enero de 1992. Puede constatarse una congruencia básica de los principios fundamentales incorporados a estos "Principios" con aquellos consagrados en las legislaciones internas latinoamericanas en materia de contratos, tales como el Código Civil argentino (C. XCiv. Arg.), el Código Civil para el Distrito Federal de México (Civ. C. Mex.) y el Código Civil paraguayo. Por ejemplo, el principio de la autonomía de la voluntad (Principios, art. 1.3; C. Civ. Argen., art. 1168; Civ. C. Mex., art. 1839; C. Civ. Parag. art. 669); el carácter vinculatorio de los contratos (Principios, art. 1197; Civ. C. Mex., art. 1796; C. Civ. Parag., art. 715); la preeminencia de normas de orden público sobre la voluntad de las partes (Principios, art. 1.5; C. Civ. Argen. art. 21; C. Civ. Mex., art. 6; C. Civ. Parag., art. 669). Por supuesto que muchas de las disposiciones de los Principios que prepara UNIDROIT no han sido recibidos en forma expresa en las codificaciones nacionales latinoamericanas, pero se trata en su mayoría de normas que cubren aspectos particularizados de la contratación internacional y que no son necesariamente incompatibles con la estructura de los códigos latinoamericanos.

ta en marcha de una adecuada plataforma normativo y jurisdiccional, se han logrado en el terreno de los derechos humanos. Hace varios años que se encuentra vigente en un buen número de países latinoamericanos no sólo una Convención Americana de Derechos Humanos sino también organismos supranacionales encargados de controlar su cumplimiento¹⁴¹. Fuera de este campo, ciertamente prioritario, ni los sueños de Bolívar ni los intentos frustrados de integración económica regional y subregional han logrado por el momento poner en pie una sólida unión política y económica que agrupe a los países de América Latina¹⁴².

Aún cuando la integración económica latinoamericana sigue pareciendo no sólo de urgente necesidad sino inevitable¹⁴³, todavía es prematuro hablar de un derecho comunitario latinoamericano y pasará algún tiempo hasta que comiencen a adoptarse directivas que permitan uniformar instituciones básicas¹⁴⁴. Tampoco la O.A.S., a pesar de los esfuerzos que viene realizando su C.J.I. desde hace casi treinta años, ejerce una función equivalente a la que desempeña en los Estados Unidos la "National Conference of Commissioners on Uniform State Laws", encargada de la elaboración y remozamiento de la legislación uniforme, como así también de vigilar mediante un organismo permanente su interpretación armónica en los diversos estados de la Unión americana. Ni siquiera existe a nivel latinoamericano un "American Law Institute", que tiene a su cargo reformular y condensar las corrientes doctrinarias y jurisprudenciales que prevalecen en las diversas disciplinas jurídicas del subcontinente¹⁴⁵. La competencia del C.J.I. es mu-

cho más limitada y, como se destacó anteriormente, ha sido ejercida con mayor éxito fundamentalmente en el campo del derecho internacional privado y la cooperación judicial interamericana.

La desintegración política de las nacientes repúblicas latinoamericanas y la falta de una sólida integración económica explica en gran medida porqué han fracasado muchos intentos de adoptar un derecho privado uniforme, a pesar de las tradiciones y fuentes comunes que facilitarían esta labor. Debe tenerse en cuenta, asimismo, otros factores atribuibles en gran medida al subdesarrollo económico. Estas dificultades se traducen en carencias en lo que se refiere a medios de comunicación y transporte que conspiran contra un mayor acercamiento entre los ordenamientos jurídicos latinoamericanos.

Esto se refleja también en un aislamiento informativo y hasta mental. A pesar de que, desde la perspectiva de Estados Unidos y Europa, América Latina suele ser enfocada como una unidad, el nivel de información de los juristas latinoamericanos acerca de los ordenamientos jurídicos y prácticas judiciales de sus países vecinos es relativamente escaso. Es moneda corriente que un jurista de América Latina tenga mayor familiaridad con la doctrina francesa, alemana, italiana o norteamericana sobre un determinado tema que con lo que se haya escrito sobre esa misma institución en otro país de América Latina.

Esta falta de acercamiento jurídico entre los sistemas latinoamericanos responde, en gran medida,

141. V., infra nota

142. V., Scheman, "The OAS and the Quest for International Cooperation: American Vision or Mirage?", *Case Western Journal of International Law*, 1981, vol. 7, pp. 83, 96-102.

143. V. Octavio Paz, "América: ¿comunidad o coto redondo?", *La Nación*, Buenos Aires, 7 de febrero de 1990 ("el movimiento general de la historia nos lleva a formas de asociación política y económica regionales y continentales").

144. La idea de la integración no es novedosa por cierto para América Latina, habiendo sido sustentada desde el siglo pasado por intelectuales del prestigio del chileno Andrés Bello y el argentino Juan Bautista Alberdi. Este último destacaba en esa época: "más que la ponderación y balance de nuestras fuerzas militares, el equilibrio debe nacer del nivelamiento de nuestras ventajas de comercio, navegación y tráfico, el nuevo y grande interés de la vida americana". J. B. Alberdi, *Memoria sobre la Conveniencia y Objeto de un Congreso General Americano*, Santiago de Chile, 1844. Pero no fue sino hasta después de la segunda guerra mundial cuando comenzaron a esbozarse esquemas subregionales de cooperación económica, entre los cuales se cuenta la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) en 1960, transformada veinte años después en Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). V., R. Barros, "Análisis comparativo de los tratados de Montevideo 1960 y 1980", *Integración Latinoamericana*, Buenos Aires, setiembre 1980, Nº 50, pp. 30-48; E. Vescovi y E. Vescovi, "Hacia la integración institucional: evolución del derecho internacional privado y comunitario en Latinoamérica", *Revista La Ley*, Buenos Aires, 1987, vol. 1987-A, pp. 1087-93.

145. Para una interesante evaluación crítica del impacto de la tarea que desarrollan estos organismos en la uniformidad del derecho privado en los Estados Unidos de América, véase, W. Gray, "E pluribus unum? A Bicentennial Report on Unification of Law in the United States", *Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, 1986, vol. 50, pp. 111-165.

a limitaciones económicas que desembocan en una escasa circulación de información¹⁴⁶.

Esta situación también es reflejo del enfoque tradicional de la literatura jurídica latinoamericana, que suele reflejar las corrientes de opinión influyentes en una Europa decimonónica más que en las realidades político y económicas contemporáneas de América Latina. Así como muchas veces se adopta legislación por su mérito "intrínsecamente científico", sin tomar en cuenta la factibilidad de su aplicación práctica o los costos y beneficios de su ejecución¹⁴⁷, también suele interpretarse como derecho vigente posturas doctrinarias enunciadas en algún tratado que van a contrapelo de lo que las autoridades de aplicación y los tribunales deciden diariamente¹⁴⁸. Por supuesto que hay excepciones y que estos problemas no son exclusivos de la región latinoamericana, pero creo que estas generalidades no dejan de ser relevantes para una apreciación de conjunto de una cultura jurídica todavía prevaleciente.

Si esto es lo que ocurre en el terreno de la doctrina, en lo que respecta a la posibilidad de canalizar los esfuerzos de armonización y unificación a través de otros medios no-legislativos como la jurisprudencia, no puede esperarse que las decisiones judiciales puedan jugar un rol prominente en la unificación del derecho privado latinoamericano. Además del principio tradicional de la falta de obligatoriedad del precedente (al menos como principio general), es importante tener en cuenta que sólo en unos pocos países de América Latina las decisiones de los tribunales son publicadas en su texto completo y en forma regular. Aún cuando sean publicadas, el estilo de redacción de las sentencias y su escaso desarrollo analítico no permite en la mayoría de los casos utilizarlas como guías o parámetros útiles de interpretación de la ley. Si estos problemas han obstaculizado una mayor unificación del derecho latinoamericano, los obstáculos que enfrentan los esfuerzos de unificación internacional, especialmente en el escenario Norte-Sur son también dignos de consideración.

Todos sabemos que la unificación y armonización puede obtenerse, nada más y nada me-

nos, que a través del esfuerzo por encontrar coincidencias y superar disensiones, respetando el particularismo pero solamente en aquello que responde a diferencias de intereses y a prácticas particularizadas racionalmente defendibles. Pero también es sabido que múltiples factores políticos, culturales y hasta emocionales juegan un rol importante en la lucha por la armonización y unificación del Derecho, donde la búsqueda de una fórmula normativa armónica con la propuesta por otros sistemas jurídicos suele mezclarse, casi inevitablemente, con la búsqueda de la "mejor" norma o regla para enfrentar problemas similares. Muchas veces nos encontramos defendiendo una posición sin otro fundamento que el consabido "siempre se ha hecho así en nuestro medio". Esta fácil pero claramente inadecuada respuesta nos evita la incomodidad de tener que adentrarnos en la compleja tarea de esforzarnos por comprender cómo funciona una institución jurídica extranjera dentro de su propio habitat, única forma de poder entender si la solución práctica que propone el sistema extranjero al mismo problema en cuestión es más conveniente que la nuestra y si, además, la fórmula jurídica extranjera es factible de adopción o adaptación a un entorno cultural, económico-social y político muy diferente.

Aún superando estas barreras culturales, existe un bagaje histórico-político en América Latina que ha obstaculizado una participación más entusiasta de los países latinoamericanos en los foros internacionales de unificación del derecho privado. Me refiero a una cierta incomodidad, que en ciertas épocas se ha traducido en hostilidad, hacia convenciones internacionales elaboradas fuera del contexto regional y que, por esa razón, suele alegarse a veces con razón pero casi siempre sin mayor fundamentación, favorecen los intereses de los países industrializados en perjuicio de aquéllos en vías de desarrollo. Es verdad que existen intereses claramente diferenciados en la regulación jurídica de ciertos temas que admiten diferencias pronunciadas según se las enfoque desde el "Norte" o desde el "Sur". Esto se ha traducido en posturas encontradas en temas como la regulación del derecho ambiental, el régimen de inversiones extranjeras, transferencia de tecnología y muchos otros. Sin

146. V., al respecto, las ajustadas observaciones del profesor Barrera Graf expresadas hace veinte años: "Todavía hoy, desgraciadamente, son escasos los textos, incluso legislativos, de varios países; aún no circulan como debieran y sería de desearse, los libros, tratados y comentarios de nuestros juristas, y el investigador, que muchas veces camina a tientas, ha de realizar improbos esfuerzos para obtener y comparar datos que nuestras mejores bibliotecas sólo le muestran a medias." Barrera Graf, *El Derecho Mercantil en América Latina*, supra nota, p. 87.

147. V., B. Kozolchyk, "Toward a Theory on Law in Economic Development: The Costa Rican USAID-ROCAP Law Reform Project", *Law and the Social Order*, 1971, pp. 681, 751-54.

148. H.A. Cooper & D. Furnish, "Latin America: A Challenge to the Common Lawyer", *Journal of Legal Education*, 1969, vol. 21, pp. 435.

embargo, si aún en este tema es posible encontrar fórmulas jurídicas que compatibilicen intereses contrapuestos, con mayor razón es factible aspirar a un derecho unificado en el campo de la contratación internacional de bienes y servicios.

En lo que se refiere al amplio campo de la contratación comercial, como así también en el campo de la resolución de conflictos, la opción más conveniente para América Latina, en mi opinión, es la de incrementar su participación en aquellos foros internacionales encargados de la elaboración de acuerdos internacionales, participación que, dicho sea de paso, no ha sido del todo adecuada en el pasado¹⁴⁹. La otra alternativa es la de quedar rezagados del proceso de integración jurídica en marcha. Una tercera opción, todavía menos apetecible, es la de tener que someterse a una ley y una jurisdicción extranjera en ausencia de una ley uniforme. Esta hipótesis suele ser enfrentada con frecuencia por la parte latinoamericana, en la medida en que la capacidad negociadora de los países en desarrollo no suele ser la más ventajosa para imponer su propia ley y sus propios tribunales.

La creciente interdependencia económica y la globalización de la economía ha llevado a la mayoría de los gobiernos constitucionales a implementar programas de creciente liberalización de la economía y a una aceleración de los procesos de creación de áreas de libre comercio. Este fenómeno es acompañado de un paulatino abandono de la postura tradicionalmente reticente y desconfiada hacia el comercio internacional protagonizado por las grandes multinacionales, cuya conducta puede desempeñar dentro de un marco jurídico que permita controlar el abuso y la codicia pero al mismo tiempo otorgue las garantías necesarias para obtener un margen razonable de rentabilidad y seguridad jurídica. Sobre estas bases puede afirmarse que existe un creciente interés por parte de América Latina por incorporarse a los procesos de integración jurídica en marcha.

CONCLUSION

La decisión de optar entre la armonización regional o internacional de un campo determinado del Derecho no debe estar influenciada por la retórica de los discursos políticos, sino por la conveniencia de integrarse a una economía cada día más interdependiente. Esta apertura no implica por cierto renunciar al derecho y el deber de verificar en cada caso la compatibilidad entre las normas a ser adoptadas y los intereses de los países de la región. Pero esta compatibilidad sólo puede calibrarse mediante un análisis serio y detenido del texto normativo propuesto y los intereses que se intentan proteger en cada caso particular.

El nivel de intercambio comercial de la mayoría de los países de América Latina con los Estados Unidos y con los países de la Comunidad Europea señala la conveniencia de orientar los esfuerzos de unificación del derecho privado dentro de un contexto universal. En vista de la similitud de contenido de un número de convenciones interamericanas con las adoptadas por la Conferencia de La Haya, cabe preguntarse hasta qué punto se justifica la duplicación de la costosa y difícil tarea de unificación del derecho internacional privado y la cooperación judicial internacional que llevan a cabo ambos organismos. La misma pregunta cabe plantearse en lo que se refiere a la necesidad de uniformar criterios de selección de ley aplicable en materia de contratación internacional.

El Comité Jurídico Interamericano de la O.E.A. debe continuar jugando un rol protagónico en los esfuerzos de unificación y armonización del derecho privado americano, pero acentuando la coordinación de sus tareas con las que realizan otros foros internacionales como la Conferencia de La Haya, UNCITRAL y UNIDROIT. Más allá de la labor de los organismos gubernamentales e intergubernamentales, continúa reposando en nosotros, los juristas del continente americano, la responsabilidad de servir en forma efectiva en esta labor de acercamiento, conocimiento recíproco y unificación.

149. V., M. J. Bonell, "International Law in Practice - Or Where the Real Trouble Begins", *American Journal of Comparative Law*, 1990, vol. 38, pp. 865, 878.

Hacia el Establecimiento de un Régimen Alternativo de Responsabilidad Internacional: el Caso de las Obligaciones Jurídicas Esenciales para la Comunidad Internacional

Dante Negro Alvarado
Jefe de Práctica de Derecho Internacional Público

1. Planteamiento del problema

El principio que vincula la responsabilidad internacional a todo hecho internacionalmente ilícito es uno de los principios mejor confirmados por la práctica de los Estados y la jurisprudencia, siendo, por otro lado, uno de los más profundamente arraigados en la doctrina.

Según dicho principio, la presencia de un hecho internacionalmente ilícito en el marco de una relación jurídica establecida, genera una nueva relación jurídica interestatal denominada responsabilidad internacional, cuya consecuencia es la reparación.

En lo relativo a la práctica de los Estados, la expresión más significativa sobre la materia, está constituida por la posición que adoptaron los gobiernos con ocasión de la tentativa de codificación de la responsabilidad de los Estados emprendida en 1924-1930 por la Sociedad de Naciones (Conferencia de La Haya de 1930). Al terminar el debate, el Comité III de la Conferencia aprobó por unanimidad el siguiente artículo I:

"Todo incumplimiento de las obligaciones internacionales de un Estado por parte de sus órganos que cause daño a la persona o a

*los bienes de un extranjero dentro del territorio de ese Estado, entraña la responsabilidad internacional de éste"*¹.

Sin embargo, no obstante el acuerdo unánime que existe tanto en la práctica internacional, como en la doctrina² sobre la existencia de este principio, debemos anotar que existen serias divergencias respecto de la definición de las relaciones jurídicas que se establecen como consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito.

Dos puntos son particularmente importantes a examinar en cuanto a dichas relaciones jurídicas. Uno de ellos está referido a la **determinación de las posibles consecuencias de la responsabilidad internacional**, vale decir, determinar si ellas se limitan a la **reparación** o si por el contrario, pueden llegar incluso a la imposición de una **sanción** para el Estado responsable. Una segunda cuestión está referida a la **determinación de los sujetos que intervienen en la nueva relación jurídica**.

Respecto de este punto la concepción clásica, sustentada principalmente por Anzilotti, Ch. de Visscher, Eagleton y Strupp afirma que dichas relaciones jurídicas que se establecen a raíz de un hecho ilícito internacional tienen un carácter bilateral y obligatorio que se instaura entre el Estado autor del

1. *Anuario de la CDI*, 1973, Informe a la Asamblea General, p. 177, par. 3

2. Este punto de vista está sostenido tanto por autores clásicos, entre los que destaca Anzilotti, como por autores más modernos, entre ellos, Jiménez de Aréchaga y Sorensen.

hecho y el Estado lesionado, relación que opone la obligación del primero de reparar, al derecho subjetivo del segundo de exigir esa reparación. Así, no se admitiría la posibilidad de una sanción, ni de extender dicha relación a otros sujetos de derecho³.

En efecto, Verdross señala que aún en la violación de una norma consuetudinaria o de un tratado colectivo, sólo pueden intervenir en principio los Estados inmediatamente perjudicados, pues el **mero interés ideal** de los demás Estados de que se respete el ordenamiento jurídico-internacional **no bastaría** para fundamentar una reclamación de esa índole⁴.

Otros, como Kelsen y Guggenheim, defienden una posición opuesta. Si bien sostienen la idea de una relación jurídica única que surge del hecho ilícito, parten de la idea que el orden jurídico es un **orden coercitivo**, lo que autoriza al Estado lesionado a aplicar al Estado culpable un acto represivo a título de sanción como única consecuencia jurídica. La obligación de reparar aparece como un deber subsidiario que insertan entre el hecho ilícito y el acto represivo⁵.

Para Kelsen, no puede encontrarse en el Derecho Internacional común ninguna norma acerca de la índole y el alcance de la reparación. Tampoco el deber de reparación "adecuada" reconocido por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional es para Kelsen un verdadero deber, sino un mero intento "ideológico" de escamotear el hecho que el Derecho Internacional común nada dispone sobre el contenido de la reparación. En su opinión, ésta sólo podrá fijarse por un tratado entre el Estado ofensor y el ofendido. La reparación, añade Kelsen, no es una consecuencia del acto ilícito, sino un simple deber sustitutivo, posiblemente acordado por el Derecho Internacional convencional y particular. De esta manera, si los Estados involucrados no llegan a un acuerdo sobre la naturaleza y cuantía de la reparación, el Estado ofendido podrá entonces recurrir directamente a sanciones coercitivas⁶.

Una tercera concepción es la sustentada por autores como Lauterpacht y Ago, entre otros, según la cual no se pueden limitar las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito ni exclusivamente a la reparación ni exclusivamente a la

sanción. El hecho jurídico, así, puede dar lugar a una doble forma de relaciones⁷.

En esta línea, sostienen que junto a las relaciones antes mencionadas pueden establecerse otras en algunos casos, ya sea entre el Estado culpable y una organización internacional, o entre el Estado culpable y otros Estados.

En este sentido, autores como Vattel admiten la posibilidad de que el Derecho Internacional común autorice a un Estado no directamente afectado por una violación del Derecho Internacional a actuar aisladamente o en unión de otros **Estados no afectados directamente**, contra el Estado ofensor. Vattel hace radicar dicha excepción en el hecho de que un Estado no se limita a realizar actos singulares sino que se **salta de una manera general el Derecho Internacional**⁸.

Heffter pone algunos ejemplos, como son el intento de establecimiento de un dominio universal, la violación de los derechos diplomáticos en general, el establecimiento de principios antijurídicos contra todos y ejecución de los mismos contra un Estado, perturbación del tráfico común en vías abiertas, etc.⁹

Si bien la obligación tradicional dimanante de la responsabilidad internacional era la reparación, hoy en día se reconocen una serie de delitos que atentan contra intereses importantísimos de la Comunidad Internacional, los cuales reciben el nombre de **crímenes internacionales**. La comisión de dichos crímenes bien podría dar lugar a la imposición de una sanción dado su carácter sui generis. Lo que proponemos realizar en las siguientes líneas es analizar si existe la posibilidad de enunciar una doble naturaleza en las obligaciones surgidas de esta nueva relación jurídica: la obligación de reparar y la obligación de aceptar la imposición de una sanción, así como establecer si dicha relación se puede extender a sujetos distintos del Estado autor y el directamente perjudicado.

2. La existencia de obligaciones esenciales para la Comunidad Internacional en el Derecho Internacional

Cuando sostenemos que existe una categoría especial de obligaciones cuya violación puede en-

3. *Anuario*, 1973, p. 177, par. 5

4. VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*, 1982, p. 354

5. *Anuario* 1973, p. 177-178, par. 5

6. VERDROSS, p. 375

7. *Anuario* 1973, p. 178, par. 5

8. VERDROSS, p. 355

9. *Ibid.*

generar un régimen particular de responsabilidad internacional nos referimos a un criterio de distinción basado no en la fuente u origen de la obligación internacional, sino en un criterio de fondo o de contenido, es decir, el objeto de la obligación de que se trata.

Sobre el particular, debemos hacer necesariamente referencia a los trabajos emprendidos por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en su intento de codificar las normas que rigen la materia. La labor de dicha Comisión tuvo su primer gran logro al respecto cuando en 1980 culminó en una primera lectura la preparación de un proyecto de artículos sobre el "origen de la responsabilidad internacional".

Del apartado b del artículo 3 del Proyecto de Artículos se deduce que la violación por el Estado de una obligación internacional que le incumbe, es un hecho internacionalmente ilícito sea cual fuere el objeto de la obligación internacional violada, al afirmar que "hay hecho internacionalmente ilícito de un Estado cuando ese comportamiento constituye una violación de una obligación internacional del Estado", sin hacer ninguna salvedad en cuanto al objeto de la misma¹⁰.

Si bien es cierto, la tentativa de codificación de la responsabilidad de los Estados en el marco de la Conferencia de La Haya de 1930 se limitó al ámbito de la responsabilidad engendrada por la violación de obligaciones relativas al trato de extranjeros, ello obedeció a que en esos momentos, había especial interés en esta materia y no a que se haya considerado que sólo la violación de obligaciones concernientes a esta materia constituía un hecho ilícito internacional¹¹.

Autores como Oppenheim, Accioly y Guggenheim apoyan esta idea. Por otro lado, si bien algunos autores han dedicado una atención muy especial a las consecuencias de la violación de obligaciones internacionales relativas a un determinado sector, como por ejemplo, el del trato a los extranjeros, y más recientemente el relativo a la salvaguardia de la paz y la seguridad internacionales, sería absurdo ver en ello la prueba de que sólo la violación de obligaciones que se refieren a esas esferas sería ilícita¹².

Sin embargo, cuando se analizan las consecuencias de dicha relación jurídica surgida del hecho ilícito internacional, las divergencias se agudi-

zan.

En lo que se refiere a la práctica de los Estados, se advierte en el siglo XX una indiscutible evolución. Durante el primer período, la idea que parece dominar es que el objeto de la obligación violada no influye en el régimen de la responsabilidad, aunque aún en este período ya se observan algunas manifestaciones de una evolución hacia una forma de pensar distinta¹³.

Sin embargo, durante el período comprendido entre las dos guerras, la afirmación progresiva del principio que prohibía el recurso a la guerra como medio para solucionar las controversias internacionales fue acompañada del convencimiento de que el incumplimiento de dicha prohibición no podía ser considerado una infracción como las otras.

En este sentido, algunos tratados tuvieron una influencia decisiva, en especial el Pacto de la Sociedad de las Naciones y el Tratado general de renuncia a la guerra como instrumento de política nacional de 1928 (Pacto de París o Pacto Briand-Kellogg). Si bien nada se dice en éste último respecto al régimen de responsabilidad aplicable en caso de violación de la prohibición de cometer un acto de agresión, sería imposible que los Estados hubieran podido estar convencidos de que tal violación, que no se duda en calificar de "crimen", no entrañara otras consecuencias que las que normalmente derivan de hechos internacionalmente ilícitos de mucha menor gravedad¹⁴.

Tampoco debe olvidarse, respecto del Pacto de Sociedad de Naciones, que éste sí estipulaba un régimen de responsabilidad consistente en someter al agresor a "sanciones" que todos los Estados miembros estaban obligados a aplicar.

La necesidad de distinguir una categoría que abarque los casos de ilicitud excepcionalmente graves, se hizo sentir, en todo caso de manera más evidente, al finalizar la segunda guerra mundial. El sentimiento de horror producido por la matanza sistemática de millones de seres humanos indujo a la afirmación más enérgica de la prohibición de ciertos crímenes como el genocidio, el apartheid y otras prácticas inhumanas del mismo orden. La solidaridad de grandes sectores de la población mundial en la lucha de liberación librada en los pueblos sometidos a la dominación colonial llevó asimismo al reconocimiento del derecho de todo pueblo a constituirse en entidad política inde-

10. Revista *Derecho*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Nº 38, 1984. p. 276

11. *Anuario* 1976, p. 95, par. 4

12. *Ibid.*, par. 5

13. *Ibid.*, p. 98, par. 12

14. Ver: PALMA, Hugo. *El Sistema Internacional en sus textos*. CEPEI, 1990. Cap. X

pendiente y a la prohibición en general de toda acción que ponga en peligro la independencia de otro Estado. Más recientemente, las necesidades del progreso económico y social, pero también los peligros que engendra, han llevado a los Estados a adquirir una mayor conciencia de la necesidad de proteger los bienes comunes más esenciales de la humanidad y salvaguardar el medio humano en beneficio de las generaciones actuales y venideras. Se ha llegado progresivamente al convencimiento que una violación de las obligaciones impuestas por normas de esta naturaleza no podía ser considerada y tratada de igual modo que una violación común, sino que representaba un hecho ilícito mucho más grave que debía calificarse de otra manera y que debía estar sujeta a consecuencias en un régimen distinto de responsabilidad¹⁵.

Durante el período posterior al segundo conflicto mundial, dos autores se caracterizan por la adopción de posiciones semejantes. Ellos son H. Lauterpacht en la doctrina británica y D.B. Levin, en la doctrina soviética. Para Lauterpacht, la vasta noción de delito internacional debía extenderse desde las violaciones ordinarias de obligaciones previstas por tratados que no implicaban más que una reparación pecuniaria, hasta las violaciones del Derecho Internacional que representaban un acto criminal en el sentido generalmente aceptado del término¹⁶. Levin, por su lado, destacaba la necesidad de distinguir las simples violaciones del Derecho Internacional de los crímenes internacionales que minaban las bases fundamentales y los principios generales del orden jurídico de la sociedad internacional¹⁷.

De esta manera, se fue consolidando la corriente que establecía dos regímenes de responsabilidad absolutamente distintos:

- a. Uno, se aplicaría al caso de la violación por parte del Estado de una obligación cuya observancia revista especial importancia para la comunidad internacional en su conjunto. Dicha violación constituiría el "crimen internacional".
- b. Otro, se aplicaría a los casos en que el Estado sólo hubiese dejado de respetar una obligación de importancia menor y menos general, es decir, a la comisión de los "delitos internacionales".

La propia Comisión de Derecho Internacional, en su estudio sobre la responsabilidad de los

Estados decidió aceptar dicha diferenciación justificándola de la siguiente manera:

"El hecho de establecer eventualmente, dentro del ámbito (del presente tema) ...una distinción entre los "crímenes internacionales", por una parte, y las demás violaciones internacionales, por la otra, sólo se justifica por el convencimiento de que el Derecho Internacional actual exige la aplicación de regímenes diferentes de responsabilidad internacional a esas categorías diferentes de hechos internacionalmente ilícitos y que esta diferencia deberá reflejarse, llegado el momento, en las normas que se formulen en (...) (el) proyecto."¹⁸

Debemos tener en cuenta, sin embargo, que el establecimiento de esos regímenes diferentes de responsabilidad se reflejará forzosamente en los dos aspectos que habíamos planteado en un inicio, a saber, en las consecuencias jurídicas derivadas de dicho régimen de responsabilidad, y, en la determinación del sujeto o sujetos autorizados a dar efectividad a dichas consecuencias.

Respecto de las consecuencias jurídicas derivadas de uno y otro régimen, los órganos judiciales y arbitrales internacionales parecen no haberse interrogado nunca explícitamente acerca de la cuestión. En efecto, la responsabilidad aplicada por ellos, ha nacido siempre de una misma y única noción general, que es la de "reparación". Y la elección entre los diferentes tipos posibles de reparación no se ha hecho tampoco en función del objeto de la obligación violada. Sin embargo, debe dejarse claro que, a dichos jueces y árbitros, se les había pedido expresamente que determinaran, en relación con un caso particular, si había o no obligación de reparar el daño. Su respuesta, basada en lo que la Corte Permanente definía como un "principio de Derecho Internacional" y también como "una concepción general del Derecho", era que, si había existido violación de la obligación, había también "obligación de reparar en forma apropiada". Pero no se les había pedido que determinaran también si esa obligación era, en cualquier hipótesis, la única consecuencia que la violación acarrea¹⁹.

15.Ibid., p. 100, par. 15

16.Ibid., p. 112, par. 43

17.Ibid.

18.Ibid., p. 96, par. 7

19.Ibid., p. 96, par. 8

Incluso se ha dado el caso que un tribunal arbitral internacional se pronunció a pesar de todo sobre la licitud de la aplicación por el Estado lesionado de una sanción, constituida en tal caso, por represalias armadas. Así, se desprende del laudo sobre la Responsabilidad de Alemania por los daños causados en las colonias portuguesas de Africa Meridional (incidente Naulilaa), dictado el 31 de julio de 1928 por un tribunal arbitral y del laudo del mismo tribunal emitido el 30 de junio de 1930 sobre la Responsabilidad de Alemania por los actos cometidos con posterioridad al 31 de julio de 1914 y antes que Portugal participara en la guerra (asunto Cysne) que es legítima la aplicación de una sanción en forma de represalias, con la doble condición de que fueran proporcionadas al hecho ilícito y que el Estado lesionado hubiera tratado previamente, sin conseguirlo, de obtener la reparación del perjuicio sufrido²⁰.

Respecto de los sujetos que pueden hacer efectiva dicha responsabilidad, los órganos judiciales y arbitrales internacionales tampoco han reconocido más que al Estado directamente lesionado en sus propios "intereses jurídicos" el derecho a presentar una reclamación para invocar la responsabilidad del Estado autor de un hecho internacionalmente ilícito.

Cuando se le pidió a la Corte Internacional de Justicia que se pronunciara en el Asunto relativo al Africa Sudoccidental, en su fallo de 18 de julio de 1966, ésta se negó a aceptar que el Derecho Internacional de la época admitiese una especie de "actio popularis" y reconocía el derecho de cada miembro de una colectividad a ejercitar una acción para la defensa de un interés público. Etiopía y Liberia alegaban un interés legal por ser miembros fundadores de la Liga de las Naciones respecto de la violación de Sudáfrica del mandato de la Carta de dicha Organización sobre la administración del territorio del Africa Sudoccidental²¹.

Sin embargo, en un fallo posterior, emitido el 5 de febrero de 1970, en el Asunto de la Barcelona Traction, la Corte añadió una aclaración de gran importancia para la cuestión ahora estudiada. Refiriéndose a la determinación de los sujetos que tienen un interés jurídico en el respeto de las obligaciones internacionales, la Corte declaró que:

"En particular, debe hacerse una distinción esencial entre las obligaciones de los Estados para con la comunidad internacional en su

conjunto y las que nacen respecto de otro Estado en el marco de la protección diplomática. Por su naturaleza misma, las primeras conciernen a todos los Estados. Dada la importancia de los derechos que están en juego, puede considerarse que todos los Estados tienen un interés jurídico en que esos derechos sean protegidos; las obligaciones de que se trata son obligaciones erga omnes.

*En el Derecho Internacional contemporáneo, esas obligaciones dimanar, por ejemplo, de la proscripción de los actos de agresión y de genocidio, pero también de los principios y normas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial"*²²

Según la Corte, existe cierto número de obligaciones internacionales, que por la importancia que reviste su objeto para la comunidad internacional en su conjunto, son obligaciones por cuya observancia todos los Estados tienen un interés jurídico. La responsabilidad no se contrae pues únicamente respecto del Estado que ha sido la víctima directa de la violación, sino que engloba a todos los demás miembros de la comunidad internacional, quienes estarán facultados para invocar la responsabilidad del Estado autor.

No obstante, por aislada que pueda parecer la opinión de la Corte en este asunto, marca un punto más a favor de la corriente que defiende la distinción clara entre dos regímenes de responsabilidad.

Es a raíz del fallo de la Corte en el Asunto de la Barcelona Traction que más autores se van añadiendo entre los defensores de esta tesis, entre ellos internacionalistas tan importantes como Verzijl y Brownlie²³.

Es en esta línea que podemos decir que existen ciertos fundamentos en la formulación de este régimen alternativo de responsabilidad basados en la práctica internacional de los últimos decenios. Sin embargo, veamos si el Derecho Internacional actual, tal como está estructurado, puede brindar algo más que indicios en apoyo de esta tesis.

20.Ibid., p. 97, par. 9

21.HENKIN, Louis. *International Law*, Minnessotta, 1987. p. 531-532

22.Ibid. p. 530

23.BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*, Oxford. 1989

3. Posibilidades de establecer un régimen alternativo de responsabilidad basado en la estructura del Derecho Internacional actual

En la búsqueda de pruebas directas o indirectas que apoyen la hipótesis planteada hemos hallado tres importantes campos de normas que cubren, en primer lugar, la distinción de una categoría especial de reglas calificadas de "imperativas" o de "jus cogens"; en segundo lugar, el establecimiento del principio según el cual el individuo-órgano que con su conducta ha violado obligaciones internacionales de un determinado contenido debe ser tenido como personalmente responsable a pesar de haber actuado en calidad de órgano del Estado; y, por último, el hecho de que la Carta de las Naciones Unidas atribuya consecuencias especiales a la violación de determinadas obligaciones internacionales.

Estos tres aspectos, muy importantes para el Derecho Internacional actual, reflejan una marcada tendencia hacia una posible distinción entre diversos tipos de obligaciones y pueden servir de apoyo importantísimo en nuestro estudio.

3.1.El establecimiento de normas del "jus cogens"

La reciente aparición de este tipo de reglas es una prueba importante de que la conciencia jurídica de los miembros de la comunidad internacional tiene en cuenta el objeto de las obligaciones impuestas a los Estados para los efectos de hacer una distinción entre dos clases de normas.

La importancia que reviste para la comunidad internacional el contenido de las normas del "jus cogens" es tal que se llega a prohibir que se hagan excepciones a ellas por un acuerdo particular, como se estipula en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre los tratados.

El mismo artículo define a la "norma imperativa de Derecho Internacional general" como una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter. Deberíamos pues suponer que no podría admitirse un régimen de responsabilidad similar para ambos tipos de normas.

En efecto, parecería, en opinión de muchos autores, contradictorio, seguir aplicando las mismas consecuencias a la violación de obligaciones derivadas de normas definidas como imperativas que a la violación de obligaciones emanadas de normas

que pueden ser modificadas mediante acuerdos particulares, así como seguir pensando que en el primer caso, la relación de responsabilidad se establece únicamente entre el Estado autor de la violación y el directamente lesionado por ella²⁴.

3.2.La responsabilidad internacional del individuo

El Derecho Internacional encomienda hoy en día a los Estados la represión de los llamados "crímenes de Derecho Internacional", incluidos en esta definición los "crímenes contra la paz", los "crímenes de lesa humanidad" y los "crímenes de guerra".

El hecho de que hoy en día el Derecho Internacional tenga como una de sus funciones principales la promoción del desarrollo integral del ser humano y la protección de sus derechos y libertades fundamentales hace que el individuo adquiera la posibilidad de reclamar directamente ante instancias internacionales por la violación de estos derechos, y como contrapartida, que sea susceptible de ser sujeto de responsabilidad internacional.

Este sistema que reaparece con más fuerza a partir de la segunda guerra mundial, considera punibles a los individuos autores de crímenes de Derecho Internacional en su calidad de órganos del Estado.

Este hecho es importante, sobre todo porque demuestra de modo indiscutible la importancia excepcional que hoy atribuye la comunidad internacional al respeto de obligaciones que tienen un determinado objeto, al punto de responsabilizar al individuo autor. Además, no es casualidad que dichas obligaciones correspondan en gran medida a las impuestas por ciertas normas de "jus cogens" a las que nos referíamos antes.

Debemos advertir, sin embargo, que la obligación de castigar personalmente a los individuos-órganos no constituye una forma de responsabilidad internacional del Estado. Tal castigo no pone ciertamente fin a la responsabilidad internacional que le corresponde al Estado por los hechos internacionalmente ilícitos que, por la conducta de sus órganos, se le han de atribuir.

Así pues, la necesidad de prevenir la violación de obligaciones tan esenciales parece justificar ciertamente que el individuo autor de la violación sea considerado personalmente punible y que, al mismo tiempo, quedando pendiente la responsabilidad del Estado al que pertenece tal órgano, éste quede sujeto a un régimen especial de responsabilidad.

24. *Anuario* 1976, p. 100, par. 17

3.3. Las sanciones impuestas por Naciones Unidas a determinados tipos de obligaciones

La Carta de las Naciones Unidas es uno de los instrumentos internacionales más importantes para la comunidad de Estados en la actualidad. Las obligaciones que impone tienen como objetivo cumplir los propósitos y principios en los que se asienta la Organización misma, contenidos especialmente en sus artículos 1 y 2, entre los que figuran particularmente el de mantener la paz y la seguridad internacionales y el de fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto a la igualdad de derechos entre los Estados.

Para garantizar el respeto por los Estados Miembros de ciertas obligaciones contenidas en la Carta, e incluso por los Estados que no son miembros, el Capítulo VII de la misma prevé la posibilidad de una "acción preventiva" contra la amenaza de quebrantamiento de la paz, o de una "acción coercitiva" destinada a restablecer la paz y la seguridad internacionales en el caso de que dicho quebrantamiento haya ocurrido.

Lo que presenta un interés indudable para nuestro estudio es la cuestión de cómo se identifican las grandes categorías de obligaciones jurídicas cuyo respeto se quiere garantizar especialmente en la Carta y cuya violación acarrea la aplicación de medidas especiales de represión, distintas a las de la mera reparación impuesta por la responsabilidad internacional a que puedan quedar sujetos los Estados infractores.

Los hechos internacionalmente ilícitos, para cuya prevención y represión se ha contemplado la posibilidad excepcional de recurrir a una acción coercitiva colectiva, se resumen en tres: "amenaza a la paz", "quebrantamiento de la paz", y "acto de agresión", los que se mencionan en el artículo 39 con que comienza el capítulo VII. Pero el hecho de que muchos Estados hayan puesto su empeño en lograr que se considere cumplida dicha condición, aún en casos en que los actos de que se trata no estén comprendidos estrictamente en el concepto clásico de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales, hace que ingresen sueltos como el mantenimiento por la fuerza de una **dominación colonial** y el mantenimiento por la fuerza, dentro de un Estado, de un régimen de **apartheid** o de **discriminación racial**²⁵.

La propia "Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones

de amistad y a la cooperación entre los Estados" confirma esta hipótesis, al mencionar como una aplicación del principio que los Estados en sus relaciones internacionales se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza, el deber que incumbe a todo Estado "de abstenerse de recurrir a cualquier medida de fuerza que prive de su derecho a la libre determinación y a la libertad y a la independencia a los pueblos ..." (Resolución 2625 (XXV))²⁶.

Por otro lado, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, aprobada por la Asamblea General en su Resolución 1904 (XVIII) de 20 de noviembre de 1963, afirma en su artículo 1 que la discriminación entre los seres humanos por motivos de raza, color u origen étnico debe condenarse como un hecho susceptible de perturbar la paz y la seguridad entre los pueblos²⁷.

En lo que respecta al mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial, la Asamblea General emite la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, que figura en su Resolución 1514 (XV) de 14 de diciembre de 1960. En su artículo 1 proclama que "la sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales, es contraria a la Carta de las Naciones Unidas y compromete la causa de la paz y de la cooperación mundiales."²⁸

Después de 1970, la misma Asamblea General califica las guerras coloniales encaminadas a sofocar los movimientos de liberación en el África meridional de incompatibles con la Carta de las Naciones Unidas y declara que constituyen una verdadera amenaza para la paz y la seguridad internacionales.

El punto más neurálgico en lo que respecta al tema de la libre determinación de los pueblos lo constituyó quizás el asunto de Namibia, en el marco del cual el Consejo de Seguridad invitó a los Estados miembros a adoptar las medidas previstas en el Capítulo VII de la Carta para obligar a Sudafrica a retirar su administración de ese territorio. Asimismo, la Corte Internacional de Justicia llamada a pronunciarse sobre la cuestión, en su opinión consultiva de 21 de junio de 1971, afirmó que la cesación del mandato y la declaración de la ilegalidad de la presencia sudafricana en Namibia eran oponibles a todos los Estados, en el sentido de que

25.Ibid. p. 104, par. 26

26.Ver: PALMA, Ibid. Cap. X

27.Ver: PALMA, Ibid. Cap. VII

28.Ver: PALMA, Ibid., Cap. X

hacían ilegal erga omnes una situación que se prolongaba en violación del Derecho Internacional²⁹.

En lo que concierne al apartheid y la discriminación racial, a partir de 1965, la Asamblea General señala regularmente a la atención del Consejo de Seguridad que la situación en Sudáfrica constituía una amenaza e incluso una "grave amenaza" a la paz y a la seguridad internacionales y que resultaba indispensable la aplicación de las medidas económicas y de otra índole previstas en el Capítulo VII de la Carta para resolver el problema. Además, se dirige a los Estados miembros para pedirles que adopten las medidas oportunas a fin de lograr que Sudáfrica abandone su política de apartheid y para instarles a romper las relaciones diplomáticas, consulares, económicas, políticas y militares con ese país, y luego, para pedirles también que adopten medidas coercitivas como el bloqueo de los puertos, el boicoteo de mercaderías y otras³⁰.

Todo parece, pues, indicar que las infracciones de esta naturaleza, sobre todo si se perpetúan, son consideradas particularmente graves y capaces de acarrear consecuencias jurídicas más graves que las atribuidas a ciertos hechos internacionalmente ilícitos de menor importancia. Es cierto que por ahora es imposible sacar una conclusión sobre el tipo de acciones o medidas que cabe legítimamente tomar contra los hechos mencionados, pero esto no invalida la conclusión principal, que el Derecho Internacional actual, sin lugar a dudas, tiene en cuenta una especial categoría de obligaciones internacionales consideradas de particular importancia frente a otras.

4. A manera de conclusión

Como hemos analizado, se puede afirmar que el objeto de la obligación internacional violada no influye en la calificación de internacionalmente ilícito del hecho del Estado autor de esa violación. Cualquiera que sea la materia a la que se refiera la obligación, y cualquiera que sea su contenido específico, el hecho del Estado que no esté en conformidad con lo que de él exige esa obligación es siempre y sin discusión un hecho internacionalmente ilícito. Sin embargo, el objeto de la obligación internacional violada tiene una repercusión innegable en la definición del régimen de responsabilidad vinculado al hecho internacionalmente ilícito resultante de tal violación. Las formas de responsabilidad aplicables a la violación de ciertas obligaciones de importancia esencial para la salvaguarda de los intereses fundamentales de la comunidad internacional difieren lógicamente de las que se apli-

can a la violación de obligaciones cuyo objeto es distinto; también pueden ser distintos los sujetos respectivamente autorizados a hacer efectivas esas diversas formas de responsabilidad³¹. Ello, como consecuencia de la consagración de un determinado sector de violaciones considerados hoy en día, por su gravedad, como crímenes internacionales.

Sin embargo, como lo asegura la propia Comisión de Derecho Internacional, todavía nada asegura que existan o se crea por conveniente establecer únicamente dos regímenes de responsabilidad. La realidad de las infracciones internacionales es multiforme, y las consecuencias que deben tener desde el punto de vista de la responsabilidad internacional no pueden quedar estereotipadas en el esquema de una o dos previsiones nada más. La práctica de los Estados y diversos autores han subrayado las diferencias de gravedad que existen incluso entre los distintos hechos internacionalmente ilícitos que se encuentran reunidos bajo la calificación de "crímenes internacionales". Lo mismo puede suceder en los casos de los "delitos internacionales" en que la determinación de una cuantía como única consecuencia es aún una expresión insuficientemente elaborada³².

Hay, pues, que excluir la idea de la existencia de una especie de mínimo denominador común del régimen de responsabilidad internacional. Pero será dentro del marco de la codificación del Derecho Internacional general donde procederá definir esos tipos distintos de infracciones y prever los regímenes de responsabilidad que les corresponden.

Esta tarea es la que viene realizando la Comisión de Derecho Internacional, en su intento de elaborar un segundo proyecto de artículos sobre "el contenido, los grados y las formas de la responsabilidad internacional". Las bases para la creación de un régimen alternativo, creemos que están dadas sólidamente. Sólo resta cristalizar dichas normas en un instrumento que no deje dudas sobre su existencia. Sin embargo, existirán indudablemente problemas en el camino. Se debe evitar a toda costa, que bajo este régimen, ciertos Estados vuelvan a imponer su práctica intervencionista dotados ya de una legítima acción para ello. Se deberá, asimismo, salvar el problema de la solución de controversias sobre la determinación de dicho tipo de responsabilidad una vez cometido el hecho ilícito. Pero los problemas de forma no pueden impedir que se consagre un régimen necesario y vital para una sociedad internacional cuyos intereses han variado, en el propósito de dejar para las generaciones futuras un medio óptimo en el cual desarrollarse.

29.Ibid., p. 106, par. 27

30.Ibid., par. 28

31.Ibid., p. 115, par. 51

32.Ibid., p. 116, par. 53

Naturaleza Jurídica de la Comunidad Europea

Javier Chocano Portillo
Bachiller en Derecho PUCP
Ex-miembro de Thémis

INTRODUCCION

La Comunidad Europea (CE) es una entidad que, por sus especiales características, ha revolucionado todo concepto referente a la formación de instituciones internacionales y, sobre todo, de grupos subregionales de integración. De ahí la relevancia de analizar y determinar su naturaleza jurídica, entendiendo por tal la estructura básica de esta organización a partir de la cual podamos comprender su funcionamiento, atribuciones, y su proyección internacional.

La importancia de determinar la naturaleza jurídica de la CE responde no sólo a una curiosidad teórica y a un afán de la ciencia jurídica por querer encuadrar los fenómenos nuevos dentro de sus categorías pre-establecidas, sino que también reviste una importancia práctica, ya que "(...) el hecho de que aquellas se presenten o se encuadren de una u otra forma, provocará diferencias en lo relativo a las funciones que han de actuar y al peso específico y alcance de las decisiones que en las mismas se adoptan continuamente"¹. Con esto, no pretendemos afirmar que la naturaleza jurídica de una institución determina su actuar, pero sí lo encausa dentro de parámetros que le dan una mayor uniformidad a sus actos y confiabilidad a sus órganos.

Algunos autores, como Dagtoglou, señalan que la tarea de determinar la naturaleza jurídica también entraña un carácter político debido a que "(...) las diferentes teorías sobre la naturaleza de la Comunidad reflejan y determinan al mismo tiempo el

clima y las perspectivas políticas de la época en que fueron formuladas"², resaltando unas su carácter federalista, otras sus elementos supranacionales y así sucesivamente, de acuerdo a como han ido variando las metas políticas de la CE.

La dinámica evolución de esta entidad europea responde a las distintas concepciones que, en torno a ella, han ideado sus creadores a lo largo del tiempo y, a las necesidades prácticas que en determinado momento la hicieron variar de rumbo, motivo por el cual encontraremos más de una propuesta que intente explicar la esencia de la CE como institución. Esto nos permite adelantar que la respuesta final a esta cuestión, no la encontraremos en una determinada teoría, ni será definitiva, pues sólo llegaremos a una aproximación de su real naturaleza jurídica, ya que la CE continúa cambiando.

ANTECEDENTES

A manera de preámbulo podemos afirmar que las principales corrientes que nutrieron la idea de una unión europea -cimiento de la actual CE- fueron el federalismo y el internacionalismo, corrientes que surgen en la Europa del siglo XIX como respuesta a las de tipo nacionalista que pretenden dividirla en múltiples estados, con la finalidad de eliminar los conflictos europeos y lograr la unión continental. La primera, perseguía el propósito de hacer de Europa un gran Estado federal, pasando por la previa convocatoria de una asamblea constituyente europea que sentara las bases constitucionales del Estado federal europeo, pero la cristalización de esta idea requería de profundos cam-

1. MOLINA DEL POZO, Carlos. "La Participación de las Comunidades Autónomas en la Toma de Decisiones Comunitarias". En: *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, No. 43, enero-febrero de 1985, p. 84.
2. DAGTOGLOU, Prodomos D. "Naturaleza Jurídica de la Comunidad Europea". En: *Treinta Años de Derecho Comunitario*, Comisión de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1984, p. 35.

bios en la estructura de los estados que aún los pueblos y sus dirigencias políticas no estaban en capacidad de asumir. La segunda corriente tenía como objetivo lograr la creación de algún tipo de organización internacional que, sin exigir mayores transformaciones a los estados europeos, pudiera ser un foro de cooperación y de diálogo permanente que evite fricciones entre estas naciones.

Estas, junto con otras corrientes más modernas que pasaremos a desarrollar, son las que dan sustento a las diversas teorías que intentan explicar la naturaleza jurídica de la CE, vale decir, su carácter e identidad como institución, que permanece como una de las interrogantes sin respuesta desde la creación de la primera de las tres comunidades, hace ya más de cuarenta años.

TEORIA FEDERALISTA

Los fundadores de la CE -entre ellos Schuman y Adenauer- fueron políticos que, al momento de redactar los tratados fundacionales de la integración europea, trazaron una estructura basada en el modelo de Estado federal. Esta posición recibió el respaldo de los juristas de la época, sobre todo de los alemanes que veían en la CE un reflejo de su estructura nacional.

Uno de los elementos esenciales que encontramos en la estructura de un Estado federal es el relativo a la distribución de competencias entre éste y los estados federados, existiendo, según Barberis "(...) materias que pertenecen a la competencia exclusiva del primero, otras que caen bajo la jurisdicción de los segundos, y puede haber también temas que sean de competencia concurrente de ambos"³. A nivel comunitario, esta distribución de competencias presenta características similares, ya que tenemos competencias exclusivas de la CE que han sido delegadas por los estados miembros a su favor y sobre las que pierden toda capacidad de regulación otras competencias, son retenidas por los estados miembros y, finalmente, existen materias en las que son competentes tanto los órganos comunitarios como los países miembros.

Sin embargo, existen dos componentes típicos de un esquema federal de organización de los que la CE carece, que son los relativos al control de la defensa y al manejo de las relaciones exteriores. En cuanto al primero, cabe destacar que con el fracaso de la Comunidad Europea de Defensa se perdió la oportunidad de avanzar en la construcción federal de Europa, quedando la atribución de organizar la defensa en manos de los países miembros; esta situación hace que la CE difiera de un Estado

federal, en el que la defensa de los Estados federados es de su exclusiva competencia.

En lo referente a las relaciones exteriores, su manejo se halla reglamentado de diversas maneras en las constituciones de los estados federados, pero lo más usual es que el Estado federal posea competencia exclusiva en esta materia, a diferencia de lo que ocurre en la CE, donde la dirección de las relaciones exteriores está aún a cargo de los gobiernos de los estados miembros, teniendo el Consejo de Ministros de Asuntos Exteriores sólo un papel de coordinación de las mismas pero sin capacidad de decisión.

Así, muchos autores señalan que la estructura federal de la CE responde más a una concepción ideológica que a una realidad, tanto política como jurídica. Esta incongruencia entre teoría y realidad llevó a la crisis a la CE en 1965 que terminó con el Compromiso de Luxemburgo, por medio del cual se moderaron las pretensiones federalistas de la CE con el propósito de eliminar fricciones en el avance del proceso de integración.

TEORIA INTERNACIONALISTA CLASICA

Esta teoría define a la CE como una organización internacional, que encaja perfectamente en los esquemas del Derecho Internacional Público y afirma que ella se rige por este sistema jurídico. Las primeras sentencias del Tribunal de Justicia de la CE la definen como una organización internacional (Caso Costa), pero más adelante el Tribunal será uno de los principales innovadores de esta tesis.

Según Barberis, "Las organizaciones internacionales, tal como actualmente se las conoce, poseen ciertas características que permiten diferenciarlas de otras instituciones jurídicas. Ellas son las siguientes: a) son creadas mediante un tratado internacional; b) hay actos que son atribuidos a ellas; c) poseen una competencia funcional; y d) son regidas, al menos en alguna medida, directamente por el Derecho Internacional"⁴. Sobre la base de estos elementos señalados, veremos en qué medida la CE tiene caracteres que la asemejan o diferencian de una organización internacional.

En el aspecto de su creación, podemos afirmar que la CE como institución nace en la esfera del Derecho Internacional Público clásico; cada una de las tres Comunidades Europeas fueron instituidas mediante un tratado internacional (la CEEA por el Tratado de París del 18 de abril de 1951, y la CEE y EURATOM por el Tratado de Roma del 25 de

3. BARBERIS, Julio A. *Los sujetos del Derecho Internacional actual*. Madrid, Tecnos, 1984, p. 59.

4. BARBERIS, Julio A. Op. cit., p. 78.

marzo de 1957), celebrado por los estados miembros siguiendo las vías tradicionales del Derecho Internacional (negociación, expresión del consentimiento y ratificación) por lo que, en este aspecto, tienen un similar origen que el de las organizaciones internacionales.

En cuanto a los actos atribuibles a la CE, ésta ha sido facultada por los estados miembros que la conforman para que sus órganos puedan desarrollar una serie de actos de manera autónoma, que forman parte del orden jurídico que la constituye como organización. En este sentido, se puede decir que la CE ha sido dotada de una voluntad distinta de los estados que la componen y que sus agentes, al realizar estos actos autónomos, son considerados órganos de ella en la medida en que la atribución tiene lugar. Muchos de estos actos autónomos son los realizados por sus órganos ejecutivos -la Comisión y el Consejo- que pueden adoptar la forma, tanto de normas internas (reglamento, directiva, decisión o recomendación) como de normas internacionales (acuerdos comerciales, tratados de adhesión a la Comunidad, etc.)

En lo referente a su competencia funcional, si bien la CE ejerce las funciones que le han sido delegadas o atribuidas por los países miembros, algunas de éstas son asumidas por ella con carácter exclusivo, quitándole a los países miembros la facultad de normar sobre dichos temas, lo cual no sucede en las organizaciones internacionales. Además, como la CE tiene la capacidad de producción autónoma de normas, mediante este mecanismo ha ido atribuyéndose funciones de acuerdo a sus necesidades y evolución, como por ejemplo la ampliación de facultades internacionales recientemente conferida por el Tribunal de Justicia a la CE para la celebración de tratados en todas las materias en las que tiene competencia exclusiva en el campo interno, práctica que también difiere de la seguida en las organizaciones internacionales.

Por último, en el tema de la sujeción al Derecho Internacional, se considera que una organización está regida por el Derecho de gentes cuando al menos es destinataria de una norma que le otorga un derecho o le impone una obligación. Desde este punto de vista, podemos sostener que la CE sí se rige por el Derecho Internacional, pero atendiendo a un criterio más amplio se hace evidente que las normas comunitarias son las que priman y rigen su actuación como institución.

De Visha, defensor de la teoría internacionalista clásica, encuentra, sin embargo, una serie de elementos comunitarios que no encajan en ella, como:

- Las áreas de exclusiva competencia de la CE;
- La producción autónoma de normas y su aprobación por mayoría;

- La primacía de las normas comunitarias sobre las internas y su obligatoria aplicación para los estados miembros;
- La cesión de competencias de los estados a la CE;
- La función que cumplen los órganos de la CE es más amplia que la de los órganos de las organizaciones internacionales; y
- La modificación parcial y autónoma de los tratados.

Estos elementos comunitarios, atípicos de una organización internacional, hicieron que, en algunos casos, se abandonara esta tesis y, en otros, se la matizara, llegándose a afirmar que la CE es una organización internacional de carácter especial, con elementos propios que, sin embargo, no son nuevos, ya que se hallan de manera dispersa en las organizaciones internacionales modernas.

TEORIA DE LA SUPRANACIONALIDAD

Establece que la CE no es ni una organización internacional ni una estatal sino una nueva forma de organización denominada "supranacional", término que analizado etimológicamente significa "lo que está por encima de la nación" y que le atribuye un rango superior con autoridad sobre el rango subordinado (los estados).

Uno de los principales rasgos del carácter supranacional de la CE reside en que ella tiene derechos soberanos propios iguales a los de cualquier Estado, oponibles a los demás estados y muchas veces superiores a los de ellos.

Otra característica es que los órganos de la CE (Comisión, Tribunal y Parlamento) gozan de independencia respecto a los estados y no reciben instrucciones ni órdenes de ellos; un ejemplo de esto se aprecia en el Parlamento, en donde los grupos políticos no se organizan por países sino por tendencias políticas.

Asimismo, la CE tiene la capacidad de adoptar normas cuya aprobación no requiere de la unanimidad de los estados miembros sino sólo de una mayoría; en esto se diferencia del Derecho Internacional Público clásico en el que sí se requiere de la unanimidad de los estados para aprobar una norma internacional que pretende ser impuesta a un Estado soberano, por lo que en la CE hay un proceso de decisión que es supranacional y ya no multinacional.

Finalmente, es característica de la supranacionalidad de la CE que sus normas sean directamente aplicables en todos los estados miembros, tanto al Estado como a todos los particulares que habitan en su territorio, sean estos personas naturales o jurídicas.

Sin embargo, como señala Araceli Mangas, las competencias supranacionales de la CE tienen un límite que consiste en que su reparto es "... más material que funcional, constatándose una concentración de poderes comunitarios en el nivel de la adopción de decisiones políticas y de la legislación común, y una descentralización en el nivel de la puesta en marcha y de la ejecución. Por tanto, la Comunidad está limitada en sus métodos de acción en este último nivel en el que los estados encontrarían sus competencias y nada escaparía, a fin de cuentas, a su dominio(...)"⁵.

TEORIA FUNCIONALISTA

Ibsen desarrolló esta teoría basándose en el Derecho Administrativo alemán la cual, considera que la CE es una organización con fines especiales a la que atribuye funciones y criterios administrativos.

Dagtolou explica claramente el contenido de esta teoría, afirmando que: "... la Comunidad, por el hecho de no disponer de la Kompetenz-Kompetenz, es decir, por el hecho de no poseer una competencia universal, no es un Estado; por el contrario, dado que no dispone más que de competencias especiales, las cuales (al igual que los objetivos de la Comunidad) están definidas por los tratados, es una organización con finalidades especiales (sobre todo económicas) y competencias limitadas"⁶.

Así, el que la CE disponga de competencias especiales y limitadas que son definidas por los tratados, exigiría una competencia de atribución que tiene un carácter más bien administrativo, la que reduce el campo de acción comunitario al ámbito de la puesta en marcha de los objetivos concretos que pueden ser conseguidos en el marco y con los poderes de que dispone la CE.

Otra de las características de la CE como ente funcional está en la voluntad normativa autónoma que debe tener y que se manifiesta en un poder distinto al del Estado que tiene como fin la realización de objetivos superiores y distintos a los de él.

Lo que hace Ibsen con esta teoría es reaccionar ante la ideologización politizada (que preocupaba a De Gaulle), despejar a la CE de lo político para darle un carácter más administrativo y tecnocrático, no prejuzgar la posterior orientación que pueda adoptar ella en el futuro (ya sea adoptando una organización de tipo estatal o rechazando dicha estructura) y no imponer como necesaria tanto

la legitimidad democrática como el control democrático de la Comunidad.

Sin embargo, la realidad desmintió algunos de los supuestos de esta teoría al evidenciar que el factor político sí existía en la CE (lo que se revela en la posición de la Comunidad en torno a los Derechos Humanos y en la importancia de la suscripción de tratados en las políticas internas) y que ella no es un ente administrativo que funcione con competencias pre-establecidas desde que éstas se ampliaron posteriormente a áreas que no estaban previstas en ninguno de los tratados fundacionales.

OTRAS TEORIAS

Existen teorías secundarias pero que, sin embargo, aportan algunos elementos interesantes sobre la naturaleza jurídica de la CE. La primera de ellas es conocida como la teoría de los poderes implícitos y establece que si a una organización se le señalan determinados objetivos, implícitamente se le señalan los medios para obtenerlos, situación que es aplicable a la CE. En ese sentido, y como expresión de la voluntad soberana de los estados, el Tribunal dijo que la CE tenía competencia implícita para llevar a cabo los objetivos comunitarios, a pesar de no tener un mandato expreso para ello y los estados tuvieron que acatar dicho mandato.

Otra de estas teorías es la desarrollada por Thomas Opperman, quien propone conjugar todos los elementos de las anteriores teorías y definir a la CE como una "supraestructura paraestatal". Sin embargo, esta teoría no recibe la aceptación de los estudiosos de la CE debido a que consideran que el término "paraestatal" puede causar falsas interpretaciones en torno a la naturaleza jurídica de la Comunidad, prefiriendo definirla como "comunidad" o, en todo caso, como institución de naturaleza "comunitaria".

ELEMENTOS DISTINTIVOS DE LA COMUNIDAD EUROPEA

Se habla de la existencia de caracteres centrípetos y centrífugos en la CE, algunos de los cuales están recogidos en los tratados y otros en la jurisprudencia y doctrina comunitarias, los cuales nos ayudarán a entender algunas de las características propias de esta institución internacional.

Los caracteres centrípetos, también conocidos como la fuerza cohesionadora de la CE, son los siguientes:

5. MANGAS MARTIN, Araceli. "Algunas reflexiones en torno al proceso jurídico de integración europea". En: *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 4, No. 2, mayo-agosto de 1977, p. 420.
6. DAGTOGLOU, Prodromos D. Op. cit., p. 39.

1. La creación de un mercado común a través de políticas comunes, que son establecidas por la CE como de observancia obligatoria por los estados y que, paulatinamente, van formando un mercado de bienes, servicios y capitales comunes.
2. La participación de la CE y todos sus estados miembros en una comunidad de derechos y obligaciones.
3. La existencia de elementos pre-determinados en la CE que le otorgan autonomía para tratar ciertos temas a través de sus órganos sin la intervención de los estados, como el procedimiento de adhesión de un nuevo país, la revisión de los tratados fundacionales de las comunidades y otros más.
4. La producción autónoma de normas comunitarias y su primacía ante el Derecho interno de los estados; esto implica la capacidad exclusiva de la CE para normar en determinados campos, la consiguiente pérdida de los estados de su capacidad para normar en dichas áreas y, además, la aplicación directa de las normas comunitarias en los estados miembros, no siendo necesaria la manifestación de su consentimiento para su aceptación. Asimismo, de esta característica se desprende que la relación entre norma comunitaria y norma interna es similar a la que se da entre sujetos de Derecho Internacional Público: la obligación creada en la norma comunitaria nace para el Estado y luego de convertida en norma interna se aplica a los particulares, creando derechos y obligaciones aplicables de forma directa y teniendo prevalencia sobre las normas internas de los estados miembros.
5. El poder de la CE para concluir tratados internacionales. La CE no sólo crea normas al interior de los estados sino que puede concertar tratados, que son de observancia obligatoria para los Estados miembros y de aplicación preferente sobre otros tratados celebrados en esa materia.
6. Los rasgos de autonomía de las instituciones comunitarias que se plasman en la adopción de decisiones por mayoría en el Consejo, en la independencia de la Comisión respecto a los estados miembros y, en la elección por sufragio universal directo de los miembros del Parlamento.
7. Los recursos propios de la CE. En el caso de las Organizaciones internacionales, éstas se financian con aportes voluntarios de los estados miembros, mientras que la CE se financia con recursos propios que consisten en un porcenta-

je del impuesto al valor agregado (IVA) de los bienes que producen los países comunitarios y, además, por aranceles que van directamente a la Comunidad; ambos fondos forman un flujo de recursos que le dan a la CE un margen de autonomía con respecto a los estados miembros.

8. La jurisdicción obligatoria del Tribunal de Justicia de la CE y su carácter decisorio. Existe la obligación para los estados miembros de recurrir al Tribunal de Justicia y sus sentencias deben ejecutarse directamente, sin necesidad de incorporarlas al Estado miembro por medio de un exequator.
9. La personalidad jurídica de la CE, establecida en los tratados fundacionales y la responsabilidad comunitaria que ella tiene como sujeto de Derecho Internacional.

También existen caracteres centrífugos al interior de la CE, que constituyen una fuerza dispersadora que atenta contra el proceso de integración europeo, y que son:

1. La existencia de un mercado común y políticas comunes pero que son aún minoritarias respecto de las políticas nacionales. Hay políticas armonizadas, coordinadas, que son implementadas en los países miembros de la CE, pero su desarrollo es aún incipiente y están limitadas a ciertos campos -principalmente el económico- y en algunos casos se le niega tajantemente cualquier competencia como por ejemplo en el campo de la defensa.
2. La carencia de la CE de la "competencia de competencias". Puede haber avances en las competencias de la CE pero en la práctica ella, por sí misma, no puede asignarse nuevas competencias ya que el órgano que crea las normas es el Consejo de Ministros, en el cual hay una mayor tendencia a que primen los intereses nacionales sobre los comunitarios.
3. La existencia de la cláusula de salvaguarda, que permite a los estados miembros escaparse a una serie de normas comunitarias en campos reservados al poder nacional.
4. La posibilidad teórica vigente en los tratados fundacionales de que cualquiera de los estados puede retirarse de la CE; sin embargo, en la práctica ningún Estado utiliza este mecanismo ya que la integración ha llegado a un estado muy avanzado y retirarse sería más perjudicial que quedarse.

CONCLUSION

Luego de haber pasado revista a todas las teo-

rías y elementos que intentan definir la real estructura organizacional de la CE, podemos afirmar que ninguna de ellas la abarca en su totalidad pero, a nuestro entender, es la teoría internacionalista clásica la que más se acerca a la cabal distinción de su actual naturaleza jurídica, considerándola como una organización internacional de carácter especial, con una serie de elementos atípicos para una organización de este tipo como son los supranacionales, los funcionales y otros más descritos en las teorías antes expuestas.

Sin embargo, a la luz de los más recientes acuerdos comunitarios, vemos que la CE está en-

rumbándose hacia un grado de integración mucho más estrecho. Así, el tratado de Maastricht, Holanda, del 7 de febrero del año en curso, en el que se ha acordado profundizar los lazos de integración e instaurar una política exterior, un sistema monetario y una política de defensa comunitarios, potencia enormemente la proyección internacional de la CE como sujeto de Derecho Internacional y nos brindan nuevos elementos en torno a su estructura que indicarían la existencia de una firme voluntad de los dirigentes de la CE en lograr que ésta adopte una estructura cuasi-federal o confederal, la que será una realidad luego que todos los países miembros ratifiquen dicho tratado.

Entrevista a Jorge Mosset Iturraspe

En el mes de setiembre pasado se llevó a cabo -gracias a una acertada iniciativa de la Universidad de Lima- el Primer Congreso Internacional de Derecho de Daños. Con tal motivo, se convocó para el evento a reconocidos académicos y a renombrados juristas nacionales y extranjeros; resaltando notablemente la figura del profesor argentino Jorge Mosset Iturraspe, jurista de dilatada trayectoria y autor de una muy importante y vasta obra doctrinaria. A continuación les ofrecemos la entrevista que Thémis-Revista de Derecho realizó en tal ocasión.

La preparación de la presente entrevista estuvo en parte, a cargo de Enrique Felices y Juan José Martínez. La mayor parte de la misma, sin embargo, se debe al trabajo que, por especial encargo de el diario oficial "El Peruano", realizaron Nadine Quijano y Alejandro Falla, siéndonos amablemente cedida para su publicación completa.

Thémis: ¿Cuál es su opinión, acerca de la propuesta que fue presentada no hace mucho tiempo, y que ha sido relanzada un poco en este Congreso, referente a la creación de un sistema de seguros obligatorios que vele, al mismo tiempo, por la indemnización de las víctimas y por la reducción del costo de los accidentes vía su distribución, sea a través del precio, sea a través de los seguros?

Jorge Mosset Iturraspe: El tema del seguro obligatorio ha sido tratado en este Congreso desde dos enfoques. Se ha dicho, a mi juicio con razón, que imponer el seguro obligatorio indiscriminadamente en muchas áreas, como puede ser el seguro para quien compra un producto elaborado, un electrodoméstico o para quien concurre a una cancha de fútbol, a un teatro, a un cine, no es una cosa buena. Esto por varias razones: en primer lugar, porque encarece los costos de los bienes y servicios; todo se encarecería, la economía sufriría en este sentido un encarecimiento. En segundo lugar, porque relaja o afloja el cuidado y la diligencia, que deben tener todos los que incorporan bienes o crean situaciones de riesgo. Relaja esta disciplina, todos sabemos que no conduce con la misma prudencia el automovilista que tiene seguro, que el automovilista que no lo tiene. El seguro siempre ha producido este aflojamiento de los cuidados, puesto que si me ocurre un accidente y estoy cubierto, paga el seguro.

Sin embargo, el otro enfoque que se ha hecho en este Congreso, es el del seguro forzoso u obligatorio -no más seguro voluntario como dice el Código de Tránsito del Perú y la Ley del Tránsito en la Argentina- para la circulación automotriz. En esto estoy totalmente de acuerdo, pues el seguro debe ser obligatorio para todo aquel que incorpora a la circulación un vehículo automotor, ya se trate de un auto, de una motocicleta, de un camión o de una motoneta. ¿Por qué? porque de este modo se evita algo que también se ha dicho en este Congreso: que la víctima no encuentre la condigna o la justa reparación. Pues el dueño del automotor -y mucho más el dueño de una motoneta o motocicleta- puede ser insolvente, y entonces la víctima se encuentra con un señor que aparenta solvencia, por poseer un automotor, pero que en realidad no la tiene.

Para esto, creo yo, que debiera llevarse adelante -implementarse, como se dice ahora- el seguro forzoso para la circulación, para el tránsito. En este ámbito sí, con posibilidad de contratarlo en cualquier compañía -compañía sería- y que todo el que conduzca lleve junto con sus documentos de identidad, y con la tarjeta de propiedad del vehículo, el seguro que demuestre que si causa daños, las víctimas tendrán la posibilidad de ser reparadas. Esto me parece importante.

Thémis: Doctor, Ud. ha comentado el riesgo que conlleva el deterioro de las medidas de diligen-

cia de los conductores asegurados pero, ¿eso no podría ser evitado fácilmente con las franquicias por ejemplo? Las compañías aseguradoras no pagan íntegramente el daño; por lo que tengo entendido, pagan solamente un monto.

J.M.I.: Claro, yo ponderaba en esta reunión -recién hace unos minutos- la Ley francesa de 1985 que lleva un título que llama la atención, se llama "Ley para el acortamiento de los juicios de indemnización por accidentes de automotores y para posibilitar el pronto cobro de la indemnización a las compañías aseguradoras". Esta es una ley pensada con un sentido práctico para que no ocurra lo que pasa en nuestros países, que un juicio donde se reclama una indemnización por accidente dure tres, cuatro o cinco años, que una compañía aseguradora especule para no pagar la indemnización con llevar adelante un juicio, bajarle el problema a su asesoría letrada y entonces, hacer de todo accidente un litigio; esto no está bien.

Ud. dice, con razón, que con un sistema de premios y castigos se podría poner fin a esto. Vale decir, que una persona que no tiene accidentes en un año, tenga que pagar una prima de seguros mucho más baja que aquel que tiene reiterados accidentes. Además, a la persona que ha cometido accidentes se le posibilita un carnet en la próxima renovación por más años, y por menos años a la otra; puede permitírsele, también, renovar su carnet sin necesidad de rendir exámenes teórico-prácticos, que sí rendirán los que cometen accidentes. En consecuencia, implica endurecerse frente al trasgresor y aliviar la situación del respetuoso del tránsito.

Thémis: Otro de los comentarios críticos que se hacía a la propuesta, era el posible encarecimiento de los precios de los bienes y servicios a raíz de la obligatoriedad del seguro. ¿No cree Ud. que eso en cierta medida se vería reducido, justamente por el mismo hecho de ser obligatorios los seguros y a partir de su difusión, el precio mismo de los seguros bajaría y por lo tanto el costo agregado...

J.M.I.: Pero, lo vuelvo a repetir, primero hay que descubrir el área donde la accidentología tiene mayor presencia. Si yo le preguntara a Ud. en estos momentos, aparte de los accidentes de automotor cual es el área que en el Perú o en Lima, demuestra mayor cantidad de accidentes, tal vez Ud. no me sabría responder; se pondría a pensar y me diría bueno, los productos elaborados, los alimentos, los fármacos, los electrodomésticos, en fin. Entonces, el inventar seguros obligatorios para situaciones que todavía no los reclaman, parece que es una cosa a contramano, es poner el carro adelante de los caballos. Primero hay que detectar el área.

Está detectado -y las estadísticas citadas por Yuri Vega en este Congreso así lo han demostrado- que la accidentología está presente en los accidentes de tránsito. Así entonces, pongámoslo: el seguro obligatorio para cubrir a los conductores insolventes, para asegurar la indemnización de la víctima -la pronta indemnización como dice la Ley francesa-; pero en las otras áreas, parece un poco caprichoso. Todavía es posible en estas áreas que el causante del daño indemnice a las víctimas, porque las víctimas no son tan numerosas, todavía no existe una plétora de víctimas. Estaríamos, vuelvo a repetir,...

Thémis: ...adelantándonos un poco al problema...

J.M.I.: ...preparándonos, porque recién aparecen las primeras nubes.

Thémis: Existe una posición doctrinaria bastante difundida que postula que las funciones de la Responsabilidad Civil son básicamente tres: la función resarcitoria, la función de equivalencia y la función punitiva. ¿Podría entenderse -en su concepto- que el Derecho de Daños cumpla alguna función en la prevención de daños?

J.M.I.: Entiendo que este aspecto, el menos destacado en los tiempos modernos, es el más importante. Por lo que decíamos antes sobre la lentitud, la onerosidad y la inseguridad de la justicia, el ideal jurídico es la evitación de los daños. Vale decir, que la estructura jurídica, que el Estado de Derecho, se arme para impedir que los daños se produzcan; que se desmantele la estructura dañadora, que se impida que el automovilista dañe; ¿cómo? a través de la educación vial; ¿cómo? a través del control en la circulación. Porque una indemnización produce lo que usted ha dicho: la reparación dineraria -que nunca es plena ni integral- y otro tipo de compensaciones que no son plenamente satisfactorias. La evitación es el ideal al que tenemos que apuntar con imaginación, con astucia y prontitud.

Thémis: Doctor, Ud. ha mencionado una problemática común creo a los países latinoamericanos. En nuestro país, el sistema de responsabilidad civil extracontractual ha fracasado, sin lugar a duda. Los juicios -en promedio- duran cinco años, son sumamente caros, las indemnizaciones que concede la Corte generalmente son inferiores a 50 dólares; en consecuencia es un fracaso. Una de las razones por las cuales ha fracasado, por lo menos en nuestro país, -sin descartar otras más- es que las Cortes se niegan a considerar, por ejemplo, los efectos de la inflación sobre los procedimientos. Esto es algo que se presentó y superó, de alguna manera, en la Argentina, ¿qué es lo que pasó? ¿cuál es la experiencia argentina al respecto?

J.M.I.: ¿Yo le voy a contar? De nada sirven las buenas leyes si no está asegurado que el justiciable -quien reclama justicia-, tenga una justicia pronta y barata, un fácil acceso a la petición de justicia, a los tribunales, y una justicia segura que no lo va a defraudar con una indemnización meramente simbólica como las que se citaban (éstas que nosotros decimos, remedando lo que ocurre en otros países como en Inglaterra, que condenan al victimario a pagar un penique o varios chelines, y entonces la víctima se ve con una victoria en cuanto que la sentencia le da la razón, pero con una derrota en cuanto no cobra nada). En la Argentina, este problema no está todavía solucionado.

La justicia argentina, pese a que para los accidentes se han creado en muchas provincias tribunales orales de juicios rápidos, "sumarios"- por lo menos llamados así- no ha logrado salvar el problema. Por ejemplo, en la provincia de Santa Fe, los accidentes de tránsito se ventilan ante un tribunal de juicio oral, instancia única y colegiada; tres jueces dictan una única sentencia en un procedimiento oral, teóricamente rápido, simplificado, no obstante lo cual un juicio de estos en la Argentina - y en mi provincia Santa Fe donde está el procedimiento- puede demorar cuatro o cinco años, por lo que en la realidad queda desmentido lo de la rapidez, la economía y demás.

Nosotros hemos superado el problema inflacionario -en primer lugar- porque admitimos reajustes permanentes, es decir, en lugar de mantenernos en el nominalismo -un peso igual a un peso- admitimos que un peso de hoy puede ser 80 centavos de mañana, cincuenta de pasado y nada dentro de diez días. Este fue nuestro primer paso, nos plegamos al valorismo: la moneda vale por su poder adquisitivo; y abandonamos el nominalismo: un peso vale por lo que está escrito en él.

En este aspecto superamos el problema, pero Ud. me pregunta si en la Argentina está superado el problema hoy, en cuanto a que los jueces manden pagar una indemnización razonable. Yo diría que estamos en estabilidad económica. Tenemos desde hace bastantes meses un peso que vale más que el dólar -algunos centavos más que el dólar- pero los jueces están, y esto parece paradójico, en lugar de aumentando las indemnizaciones, reduciéndolas. Yo lo dije en la primera exposición, como si la vida humana en lugar de valorizarse con la concepción a que nosotros hemos aludido, estuviera desvalorizada.

Entonces, Argentina pertenece a un subsistema de responsabilidad civil que puede compararse a los mejores sistemas del mundo. Estamos en un estadio doctrinario, de resoluciones de Congreso, doctrina autoral, que podríamos llamar adelantadísima pero, en la realidad, la legislación está a la

saga; las leyes no están actualizadas y lo peor es que la justicia sigue siendo cara, lenta e insegura, al punto que los estudios de los últimos tres años - para imponer en la Argentina una justicia paralela arbitral- están muy avanzados. Así, en adelante, toda persona que tenga un litigio podrá elegir, entre recurrir a la justicia institucionalizada estatal o a la justicia privada arbitral. Uds. dirán, es un proceso más de la privatización, puede ser, pero nosotros aseguramos con la justicia privada arbitral un proceso rápido, que en seis meses puede ofrecer una sentencia definitiva.

Thémis: Pero este procedimiento es un procedimiento voluntario...

J.M.I.: Es voluntario, y tienen que estar de acuerdo las dos partes. Allí entonces, estamos inventando otro sistema de premios y castigos, ¿qué pasa cuando alguien quiere ir a la justicia arbitral y el otro, por esas cosas que pasan en los litigios, dice yo quiero la justicia institucionalizada? En este caso, las tasas de justicia -que es el impuesto por recurrir a los jueces del Estado- la paga exclusivamente el que quiere la justicia estatal; el otro queda liberado de ese impuesto, porque aceptó la justicia privada. Esto que se podrá decir justo, no viola la Constitución, es finalmente una solución práctica que busca impulsar un poco la justicia privada. Nuestros tribunales están abarrotados de casos, cualquier estadística de la Corte de la provincia de Corrientes con seiscientos expedientes atrasados lo deja ver; es decir, que tienen un compromiso de tres o cuatro años de trabajo al máximo.

Thémis: ¿Y gran parte de este volumen de la carga de los Tribunales es justamente producto de accidentes y, básicamente de accidentes de tránsito?

J.M.I.: Bueno, los Tribunales que llevan accidentes están muy abarrotados, sin ninguna duda. En la capital federal hay también distintos Tribunales con un procedimiento de juicios abarrotado por accidentes de tránsito y también por juicios de menor cuantía. De allí que se piense en Tribunales barriales, en Tribunales para causas, que nosotros llamamos de paz letrada, o de jueces legos. Es decir, la imaginación debe volar para sacarle a la justicia institucionalizada mucha de la enorme cantidad de causas que hoy día impiden que los jueces fallen en términos razonables. En mi provincia es común, que los expedientes para segunda instancia, queden dos, tres, cuatro años, esperando fallo de segunda instancia. El hombre común a quien le explicamos esto no lo cree; el cliente a quien le decimos dos, tres, cuatro años... nos dice ¿están locos, qué empresa aguanta...?

Thémis: Profesor, en su opinión las categorías del "Daño a la persona" y del "Daño Moral",

¿representan dos clases de daños diferenciables y autónomos o son, por el contrario, dos calificaciones semánticas distintas que inciden sobre un mismo objeto, a saber, un único daño?

J.M.I.: Mire, se trata de lo siguiente. El daño moral, en buena medida, ha quedado desacreditado por todos aquellos juristas que dicen que el daño moral es el precio del dolor, el precio de los sufrimientos; y que, al no poder valorarse el dolor y el sufrimiento, el daño moral no pasa de ser una entelequia, una vaguedad. En consecuencia -sin apartarse y sin hablar de categorías autónomas- nosotros preferimos decir: señores, hay un daño a la vida de relación, hay un daño al proyecto de vida, hay un daño a la identidad, hay un daño a la intimidad. Que este daño sea material o moral, es otra historia; pero, mostrar que el espectro que se encierra bajo la denominación daño moral es riquísimo y que no es solamente el dolor o el sufrimiento, cuya medición es imposible. No se trata, entonces, de categorías autónomas o distintas. Pueden quedar agrupadas en lo material o moral, pero se trata de especificaciones, de concreciones de situaciones que pueden ser novedosas y que antes no eran vislumbradas, que no eran descubiertas detrás del rótulo daño material o daño moral.

Thémis: Doctor, en su conferencia del día de ayer Ud. se refirió un poco al Análisis Económico del Derecho y justamente a las aplicaciones de éste análisis en el campo de la responsabilidad civil. En nuestro país, en algunos medios, el Análisis Económico del Derecho ha tenido cierta acogida, no solamente a nivel académico -en nuestra universidad ya se dicta como un curso electivo-, sino también en los medios legislativos. Mucho de esta doctrina, de este tipo de análisis ha inspirado legislación concreta en el país. ¿Qué opina sobre la factibilidad de la utilización de este método en aplicación al campo de la responsabilidad civil extracontractual?

J.M.I.: Yo creo que hay que hacer una serie de distinguos. ¿Que los hombres de Derecho empecemos -porque se puede hablar de empezar- a saber de economía, de análisis económico, de macro y micro economía?, sí, ha llegado la hora de hacerlo. No puede más un hombre de Derecho pretender ser un arquitecto social y no saber de economía, de mercado, de leyes económicas, y de problemática de los consumidores. Al Análisis Económico entonces, traído a los hombres del Derecho para reforzar sus conocimientos, enriquecer su "mochila" y ayudarle en el ejercicio de la profesión, de la magistratura, de la docencia, me parece excelente.

Pero está el otro "pero", cuando se habla de Análisis Económico del Derecho -con estas tres palabras, Análisis Económico del Derecho- se quiere

re decir, como una interpretación de las leyes y del ordenamiento jurídico que privilegie los criterios de lo económico, vale decir, las leyes del mercado; que anteponga a los valores del Derecho -justicia, equidad, seguridad-, los valores del mercado -eficiencia, utilidad, enriquecimiento, engrandecimiento-. Este Análisis Económico del Derecho, que privilegia la economía y supedita el Derecho a la Ciencia Económica, no me parece bueno, me parece rotundamente incompetente, me parece un signo del tiempo que vivimos, que es paradójicamente signo de materialismo económico. Derrotado el marxismo, es como si el materialismo fuera recuperado por el capitalismo. Esto lo ha expresado Su Santidad en dos o tres últimas encíclicas. Es como si, terminado el materialismo histórico de los marxistas, fuera ahora el capitalismo de la era post-industrial el que se siente titular de las concepciones materialistas. Esto me parece peligroso.

Los hombres de Derecho debemos insistir y poner el acento en los valores de la escala jurídica, debemos poner el acento en la justicia, y decir, sí señores, nadie puede desconocer que la utilidad es conveniente, pero utilidad con justicia. Nadie puede desconocer que hay leyes en el mercado, pero esas leyes deben ser justas. Entonces yo le diría, en su cátedra de Análisis Económico que abra un largo capítulo que se llame "de las fallas del mercado" y que analicen allí las fallas del mercado y que empiecen por ejemplo, por leer lo que ha dicho hace pocos días en un coloquio en Francia, Camdessus, que señala todas las fallas que el mercado moderno muestra; fallas, verdaderos artilugios, verdaderas situaciones noveladas, mentirosas, que se llaman fallas del mercado, y que se esconden bajo el rostro de las leyes de la economía.

Thémis: Doctor, Lo que pasa tal vez en nuestro medio es que hay un desconocimiento acerca de lo que realmente es el Análisis Económico del Derecho y hay una suerte de prejuicios o falsos mitos acerca de eso; porque para empezar, el Análisis Económico no es una sola escuela sino varias, predominando dos: una que viene básicamente de Chicago y, otra que sale de Yale; una que da prioridad a las cuestiones de eficiencia... más que dar prioridad, digamos que todo el discurso que acaba de formular, todas las críticas, justamente están apuntadas hacia este tipo de escuelas. Pero hay otra, que incluye los problemas de valores, los problemas redistributivos.

J.M.I.: Ud. ha dicho muy bien, Análisis Económico del Derecho no quiere decir Análisis Económico a nivel de Chicago, y el seguimiento de Posner; hay distintas escuelas, hay matices, Calabresi atenúa la fuerza de las leyes del mercado para dar lugar a los valores de la escala axiológica. "El Costo de los accidentes", de Calabresi, es un libro que debería

ser de lectura obligada en las cátedras de derecho civil, de obligaciones, o de responsabilidad civil. Dworkin en ese libro, también traducido al castellano que se llama "Los derechos en serio" habla del mismo tema..., los derechos en serio, mire que título; de qué sirve en nuestros países declarar derechos si son derechos declarados en broma, declaraciones meramente formalistas o simbólicas. El único que es realmente ortodoxo en esto es Posner.

Hay cosas del Análisis Económico, como ya lo he dicho, que son muy convenientes y que nos enseñan y nos abren caminos, pero cuidado. Yo creo que hay que caminar por este sendero con mucha prudencia, con mucho cuidado; no enamorarse y pasar a ser un seguidor del análisis económico, sino enriquecer, como decía, la "mochila" y contemplar el tema con discreción. La lectura de Calabresi, la lectura de Dworkin, la lectura de Posner, pero sin rendirse. Yo comprendo que esta teoría tiene todo el atractivo de saber que el gran país del norte está adherido a ella, ¡el gran país del norte! Yo suelo terminar esto haciendo una especie de narración que es verídica y que llama la atención. En los Estados Unidos la concepción protestante de la vida le enseña que los ricos se van al cielo. Para el hombre americano, ser rico en la tierra es estar señalado por el dedo de Dios y es un anticipo de que tendrá un lugar en el cielo. Para nosotros en Latinoamérica, en cambio, ser rico es estar condenado tal vez al infierno.

Thémis: Finalmente, Doctor, ¿cómo afronta el moderno Derecho de Daños problemas sociales actuales como los "daños masivos"?

J.M.I.: Los daños masivos nos preocupan enormemente porque, así como yo señalaba en mi charla, que cada vez son más los daños producidos por un grupo -de producción masiva- también es verdad que cada vez son más los daños sufridos masivamente; vale decir donde un grupo, una colectividad, una región es la víctima de un daño.

¿Qué tiene el Derecho como respuesta a esto? Primero, la posibilidad de que la acción sea ejercitada por quien invoca el interés propio, pero también la representación de la colectividad; vale decir, vulgarizar la idea de los intereses difusos. Los intereses difusos, las asociaciones u órganos representativos de la comunidad, y algo de lo que se habla menos, que es la posibilidad de que una sentencia dictada en estos casos tenga fuerza de ley para otros casos similares; vale decir, el poder de irradiación de las sentencias.

Esta es una idea procesal que se está manejando desde hace un tiempo en los últimos congresos de Derecho Procesal. La sentencia con fuerza de irradiación que alcanza a los justiciables para el caso y a otras situaciones que no han sido todavía ventiladas.

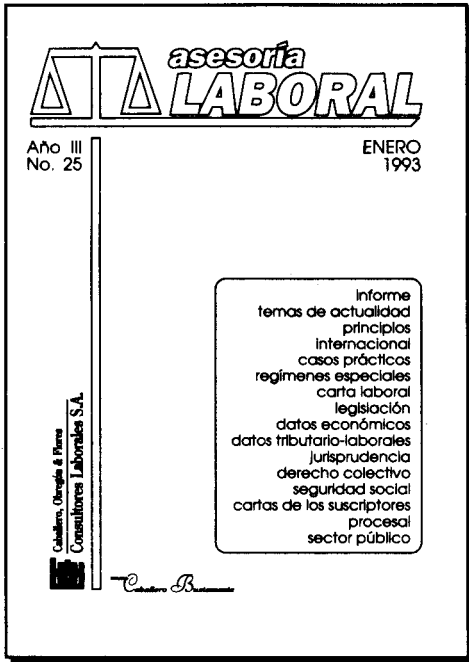


Caballero, Obregón & Flores
Consultores Laborales S.A.

ESTUDIO

Caballero Bustamante

Le ofrecen para las relaciones laborales los mejores instrumentos de asesoría:

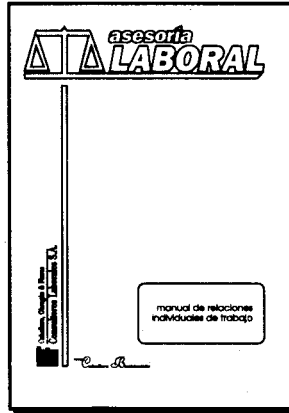


La revista especializada más completa en su género

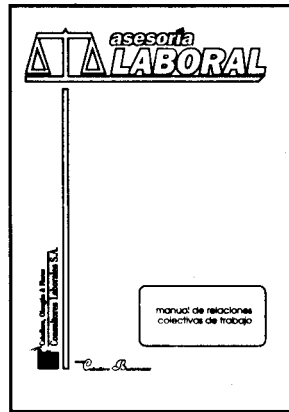
La suscripción anual (12 números de enero a diciembre) le otorga los beneficios adicionales siguientes:

- 50% de descuento en los seminarios
- 30% de descuento en las consultas personales o por escrito; en este último caso, cuando la respuesta sea remitida directamente y no desean que se incluya en la revista.
- Acceso a nuestra base de datos, pagando sólo el costo de servicio.
- Recibir el Calendario Laboral 1993
- Recibir el Manual de Asesoría Laboral "Relaciones Individuales de Trabajo".
- Recibir el Manual de Asesoría Laboral "Relaciones Colectivas de Trabajo".
- Recibir el Manual de Asesoría Laboral "Prestaciones de la Seguridad Social".

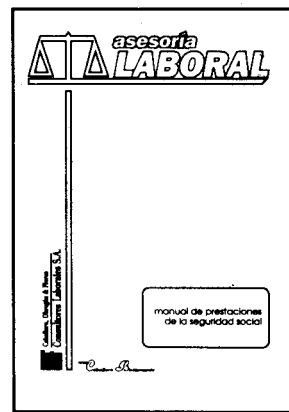
Descuentos especiales a estudiantes



- I Contrato de trabajo
 - II Jornada y horario de trabajo
 - III Descansos remunerados
 - IV Remuneraciones
 - V CTS
 - VI Seguro de vida
 - VII Fomento del empleo
 - VIII Obligaciones del empleador
- Legislación
Casos prácticos
Anexos



- I Libertad sindical
 - II Negociación colectiva
 - III Huelgas
 - IV Participación en la empresa
 - V Relaciones industriales
 - VI Reglamento interno
- Legislación
Casos prácticos
Anexos



- I Instituto Peruano de Seguridad Social
- II Régimen de Prestaciones de Salud
- III Sistema Nacional de Pensiones
- IV Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales

Informes: Telf.: 75-9843
Av. San Borja Sur N° 1170 - San Borja
y distribuidores autorizados a nivel nacional

Retracto: Réquiem de un Derecho “Económico y Social”

Fernando Cantuarias S.

Profesor de la Facultad de Derecho de la PUC.
Master Yale Law School

I. INTRODUCCION

En los últimos meses se han dictado los Decretos Legislativos 709 y 757, los cuales derogan, esperamos en forma definitiva, la disposición legal que permitía a los inquilinos el subrogarse en el lugar de los compradores de los inmuebles que estaban poseyendo, mediante la aplicación de la figura legal del Retracto¹.

Sin embargo, siguen aún vigentes los artículos 1592 al 1601 del Código Civil, y en especial los incisos 2 al 7 del artículo 1599, los que reconocen en favor de ciertas personas el derecho a retraer.

Como todos sabemos, el derecho de Retracto importa la posibilidad impuesta por la ley, que ciertas personas puedan subrogarse en el lugar del comprador, de manera que el contrato original vendedor-comprador se convierte en uno vendedor-comprador (retrayente)².

Con un ejemplo quedará aclarada la figura: imaginemos que sigue vigente la posibilidad del retracto en favor del arrendatario. Si A (propietario) vende a C (comprador) el inmueble que está arrendado por B, entonces B tiene el derecho a demandar que se le considere a él como el legítimo com-

prador, como si C nunca hubiera intervenido en el contrato.

Del ejemplo, parecería a primera vista que la figura del Retracto es muy simple, atractiva y carente de complicaciones. Sin embargo, el legislador ha decidido derogarla en parte al desconocer el derecho de Retracto en favor del arrendatario, y esta es justamente la razón que nos impulsa a escribir estas líneas, para verificar si la derogación parcial ha sido o no correcta.

Por las razones que a continuación desarrollamos, consideramos acertada la derogación parcial del derecho de Retracto en favor del inquilino. Sin embargo, creemos indispensable que se dicte una norma que derogue definitivamente la figura del Retracto de nuestra legislación civil, por ser ésta ineficiente.

II. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL RETRACTO

No quisiéramos detenernos mucho en el tema de los antecedentes del derecho de Retracto. Sin embargo, sí nos gustaría puntualizar que, como bien explica Castán Tobeñas³, “fue en la Edad Media cuando -el retracto- alcanzó considerable desa-

1. No vamos a analizar si el Retracto en favor del inquilino, reconocido en el inciso 1) del artículo 1599 del Código Civil, como en el artículo 22 del Decreto Ley 21938, dejó de tener vigencia a partir de la dación de la Quinta Disposición Final del Decreto Legislativo 709 - Ley de Promoción de la Inversión Privada en Predios para Arrendamiento - o mediante la derogatoria expresa incluida en la Primera Disposición Final del Decreto Legislativo 757 - Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada - por cuanto, a final de cuentas, el posible universo que se vería afectado es bastante reducido.

2. Sobre el tema recomendamos leer: Clemente de Diego, Felipe. *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo II, Madrid, 1959, p. 241 y ss. Mazeaud, Henri y León. *Lecciones de Derecho Civil, Parte Tercera*, Vol. IV, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, p. 237 y ss. Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho Civil*, 2da. Ed., Vol. III, Tecnos S.A., Madrid, 1981, p. 626 y ss. Manresa y Navarro, José María. *Comentarios al Código Civil Español*, T. X, Ed. Reus, Madrid, 1919, p. 358 y ss.

3. Castán Tobeñas, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. II, Editorial Reus, Madrid, 1924, p. 380.

rollo, en su ... forma familiar o de sangre, como consecuencia del Principio de Trancalidad." Esta figura "estuvo destinada a mantener la unidad familiar y evitar que los bienes de la misma cayeran en manos de extraños."⁴

Como podemos apreciar de las citas, el Retracto sirvió en la Edad Media como uno de los tantos mecanismos ideados por el Derecho para impedir que los bienes pudieran ser libremente transferidos en el mercado⁵. Esta función del derecho de Retracto no era sino la consecuencia natural de un sistema basado en relaciones político-económico-sociales muy particulares, en donde lo que interesaba fundamentalmente era la vinculación entre los señores feudales y los vasallos, siendo la tierra el nexo entre ambos⁶. Por esta razón era necesario mantener los predios dentro de una misma familia o grupo, a fin de que no pasaran a manos de terceros, enemigos o extraños, ocupándose el Derecho de crear los mecanismos legales idóneos para cumplir con las demandas de esa sociedad. De esta manera, y como señala Diez Picazo⁷, "la fase que hemos llamado preliberal o todavía feudal, parece haber sido una época de inmovilismo y estabilidad en la situación de la propiedad. La propiedad se encuentra frecuentemente "amortizada" en virtud de su tenencia por las llamadas "manos muertas", y especialmente por su carácter vinculado a través de prohibiciones de disponer intervivos, de carácter perpetuo o de plazo muy largo, y mediante el establecimiento de un también perpetuo o a plazo muy largo estatuto sucesorio (mayorazgos, etc.)."

Sin embargo, con el advenimiento de la Revolución Francesa, las cosas cambian por completo. Como bien señala Fernando De Trazegnies, a partir de la Revolución Francesa "el acento ha sido colocado exclusivamente en la organización de la

producción y en la facilitación de un sistema de intercambios privados".⁸

Siendo que a partir de la Revolución Francesa, el sistema económico se centra en la propiedad privada y en el libre intercambio de bienes y servicios, fue necesario proceder a "liberar a la propiedad de las antiguas cargas y vínculos, que se consideraban como restos del feudalismo ya superado. Se erradican los mayorazgos, las vinculaciones perpetuas de enajenar y se limitan, notablemente, las trabas impuestas por los derechos reales sobre cosas ajenas"⁹. Todo este cambio que realiza el Derecho tiene su explicación básicamente en el hecho que, como bien explica Kozolchyk, el valor de la propiedad contemporánea, a diferencia del pasado, se encuentra inseparablemente unido a su libre transferencia¹⁰.

Dentro de este orden de ideas, ¿cómo es que una figura feudal como es el Retracto se mantiene vigente dentro de un sistema económico totalmente distinto? ¿Acaso no se ha percatado el legislador que el Retracto atenta contra la propiedad privada y el libre intercambio de bienes, ambos pilares de un sistema económico moderno? La respuesta a ambas interrogantes es que el legislador sí es consciente de los problemas que el Retracto crea en el mercado de los bienes¹¹. Sin embargo, y tratándose del Perú,

"el legislador ha considerado conveniente mantener la institución del retracto tomando en consideración que en todas sus formas responde a intereses que se desean proteger. Tal razón explica por qué el legislador sacrifica el principio de la autonomía de la

4. Novak Talavera, Fabián O. *El Derecho de Retracto en el Código Civil Peruano de 1984*. Tesis para optar el Grado Académico de Bachiller de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, 1990, p. 2.
5. Philbrick, Francis, S., *Changing Conceptions of Property in Law*, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 86, No. 7, 1938. p. 700, explica que en el derecho germánico durante la época feudal, la transferencia de la tierra estuvo restringida o aún prohibida, que era imposible asignarle valor comercial.
6. Para una mayor explicación recomendamos leer: Hargreaves, A.D., *An Introduction to the principles of Land Law*, 4ta. Ed., Sweet & Maxwell, London, 1963, y, J. Cribbet & C. Johnson, *Principles of the Law of Property*, 3era. Ed., 1989.
7. Diez Picazo, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1986, p. 38.
8. Trazegnies G., Fernando De. "La Transformación del Derecho de Propiedad". En: *Derecho* No. 40, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1978, p. 84. Recomendamos leer a Rheinstein, Max. *Some fundamental differences in real property ideas of the "Civil Law" and the Common Law Systems*, University of Chicago Law Review, Vol. 3, 1936, p. 624 y ss.
9. Diez Picazo, Op. Cit., p. 38.
10. Kozolchyk, Boris. "Transfer of Personal Property by a nonowner: its future in light of its past". En: *Tulane Law Review*, Vol. 61, 1987, p. 1456, "what we presently understand as property... is directly related to its marketability: the more certain or unconditional an owner's rights are, the more saleable, marketable, or property-like in nature. The value of contemporary property is, thus, inseparable from its marketability".
11. Arias Schreiber, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, T. II, San Jerónimo Editores, Lima, 1988, p. 130, al explicar el desarrollo histórico del derecho de Retracto, da a entender como en diversas legislaciones del mundo moderno, la figura del Retracto ha ido desapareciendo. Novak, Op. Cit., p. 2 y 34-35, puntualiza que el Retracto ha sido limitado en los códigos civiles de Francia, Alemania y Suiza y eliminado en Argentina, Chile, Colombia, México, Cuba y Brasil.

*voluntad al permitir que un tercero ajeno a las partes pueda adquirir un bien contra la voluntad de ellas*¹².

Según el legislador, ¿cuáles son los intereses que se desean proteger y cómo afecta el Retracto el libre intercambio de bienes? Pasaremos a analizar este tema seguidamente.

III. FUNDAMENTOS TRADICIONALES QUE JUSTIFICAN EL RETRACTO

De acuerdo a un interesante trabajo de tesis¹³, el autor, recopilando la opinión de la doctrina, considera que son dos los fundamentos centrales que harían recomendable el regular la figura del Retracto en nuestro Código Civil: su importancia social y económica y, el hecho que no limita la libertad de contratar.

1. Importancia social y económica del Retracto

Fabián Novak¹⁴ sintetiza los argumentos dados por la doctrina para justificar la vigencia social y económica del Retracto: "el Retracto implica una mejor forma de aprovechamiento de la riqueza, la consolidación del dominio en una sola mano, lo cual se traduce en beneficio de la familia. Busca además, en el caso de un litigio, evitar el detrimento del deudor, igualmente proporcionar la propiedad de los predios a quienes los trabajan, así como culminar con estados de indivisión o servidumbres que tan sólo van en detrimento de la propiedad".

De esta manera, la importancia social del Retracto se daría en el supuesto del inquilino, al existir un interés social del "legislador de otorgar un derecho especial en favor de quien ... habita -el inmueble-, esto es, de permitirle el acceso a la propiedad"¹⁵.

Por otro lado, la importancia económica del Retracto se encontraría presente, por ejemplo, en los supuestos contenidos en los incisos 2), 3), 4) y 5)

del artículo 1599 del Código Civil, referidos al derecho de Retracto de los copropietarios, litigantes, usufructuarios y superficiarios, así como de los propietarios en los dos últimos casos; ya que, mediante el Retracto se lograría consolidar la propiedad en una sola mano y se acabarían los juicios.

Todas y cada una de las fundamentaciones a las que hace referencia el legislador para justificar el reconocimiento legal del derecho de Retracto en favor de ciertas personas, demuestran una gran sensibilidad, y parecerían ser social y económicamente valederas. Pero, las mismas no responden para nada la pregunta de cómo afecta el ejercicio del Retracto el libre intercambio de bienes. Como veremos a continuación, la respuesta a esta pregunta dada por el legislador, parte de la premisa de considerar que el Retracto afecta sólo en pequeña medida el intercambio de bienes, razón por la cual, sus beneficios son mayores que sus cargas.

2. El Retracto no limita la libertad de contratar

Jack Bigio, ponente del Título sobre Retracto en nuestro Código Civil, considera que con la aplicación de dicha figura jurídica no se crean grandes daños al libre intercambio de los bienes, ya que "el Retracto no limita el derecho de disposición del enajenante, sino el derecho de propiedad de quien adquiere por compra-venta"¹⁶.

Siguiendo esta premisa del legislador, el Retracto no afectaría a nadie, por cuanto "salvo en lo que se refiere a la diferencia de persona, -el Retracto- no trata de introducir alteración ninguna en las condiciones estipuladas; la voluntad del que retrae carece de eficacia jurídica para influir en las condiciones de la adquisición; estas condiciones están ya fijadas por el comprador y el vendedor; al retrayente toca respetarlas y cumplirlas en lo que le afecta; con vista de ellas determinará si hace o no uso del Retracto; y si a ello se decide, ya sabe que el pacto está hecho y que es una ley a la cual tiene que someterse"¹⁷.

12. Exposición de Motivos Oficial del Código Civil -Derecho de Retracto-, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 19 de julio de 1987, p. 5.

13. Novak, Op. Cit., p. 36 y ss.

14. Novak, Op. Cit., p. 38.

15. Exposición de Motivos Oficial del Código Civil, -Derecho de Retracto- Op. Cit., p. 9.

Además, Arias Schreiber, Op. Cit., p. 140. puntualiza que el derecho de Retracto del inquilino "recoge la aspiración de los arrendatarios en convertirse en propietarios, habida cuenta de la íntima relación que se produce entre la persona y el bien que ocupa, por razones que van desde la costumbre hasta la comodidad, la cercanía con el centro de trabajo, las relaciones de parentesco o vecindad, la ubicación de la escuela, centros de esparcimiento, los sistemas de comunicación y otros motivos atendibles".

16. Citado por Novak, Op. Cit., p. 37. Novak también es de la misma opinión: "el Retracto no limita al propietario de un bien a disponer libremente de él. El propietario o potencial vendedor no se ve impedido de enajenar su bien a quien le plazca".

17. Manresa y Navarro. Op. Cit., p. 359.

De esa manera, y siempre de acuerdo con la premisa del legislador, las partes interesadas en una transacción no se perjudican, por cuanto:

- a. El vendedor: en primer lugar, él puede enajenar su derecho en cualquier momento, y, en segundo lugar, el retrayente terminará respondiendo según las estipulaciones contractuales pactadas de antemano, por lo que, a la larga, el vendedor recibirá el íntegro del precio convenido.
- b. El original comprador: no sufrirá pérdida alguna, ya que, como bien establece el artículo 1592 del Código Civil, "el retrayente debe reembolsar al adquirente el precio, los tributos y gastos pagados por éste y en su caso, los intereses pactados". De esta manera, el original comprador queda igual a como estaba antes de la transferencia.
- c. El retrayente: éste adquiere la propiedad o el derecho que buscaba, pagando de acuerdo con las condiciones establecidas en el contrato originalmente celebrado entre a y b.
- d. Los terceros: éstos no se perjudican con la aplicación del Retracto, sino que, muy por el contrario, se benefician, toda vez que su utilización habrá implicado un beneficio "social" o "económico".

De esta manera, considerando la importancia "social" y/o "económica" del Retracto y teniendo presente que su utilización en nada perjudica a las partes y los terceros, resulta pues coherente para el legislador que nuestro Derecho regule una figura jurídica creada con el fin de limitar o controlar la libre transferencia de los bienes.

Pero, ¿son ciertas las fundamentaciones que da el legislador para mantener la figura del Retracto? ¿Es verdad que el retracto no importa perjuicio alguno para las partes y los terceros? A nadie escapa el interés social de que los inquilinos sean propietarios de viviendas o que se termine el estado de indivisión, pero, creemos que la pregunta debe ser otra: ¿es el Retracto el mecanismo idóneo para cumplir estos intereses dentro de una sociedad moderna?

IV. LOS VERDADEROS COSTOS QUE CREA LA FIGURA DEL RETRACTO

Imaginemos el siguiente ejemplo: A, B y C son copropietarios de un inmueble ubicado en Chorrillos. C necesita vender su cuota, ya que debe pagar una serie de deudas pendientes.

C valora la tercera parte del inmueble en S/. 90.00, por lo que estaría dispuesto a venderla en S/. 100.00. En condiciones normales de mercado, C no venderá su cuota salvo que el precio sea superior a S/. 90.00.

X está interesado en adquirir la cuota de C, y el precio solicitado por su propietario le parece atractivo, ya que él valora la porción indivisa en S/. 120.00.

Si existiera absoluta libertad en el mercado, esta transacción entre C y X se llevaría a cabo en las condiciones deseadas por ambas partes, ya que, X pagaría los S/. 100.00 y se adjudicaría una propiedad que valora en S/. 120.00, mientras que C se desprendería de su titularidad que valora en S/. 90.00, adquiriendo un precio de S/. 100.00.

Mediante la transacción indicada en el párrafo anterior, C ganaría S/. 10.00, el comprador S/. 20.00 y la sociedad toda S/. 30.00, ya que, mediante el contrato entre C y X se lograría que el bien fuese transferido a alguien que le asigna mayor valor y que por tanto lo explotará de manera más eficiente¹⁸.

Ahora imaginemos el mismo ejemplo, pero reconociendo la existencia del derecho de Retracto en favor de los demás condóminos (artículo 1599, inciso 2) del Código Civil). ¿Qué es lo que pasaría?

1. Respecto del vendedor

Como todos podremos imaginar, la sola posibilidad de que alguno de los copropietarios pueda retraer la parte alícuota que quiere vender C, implicará necesariamente que el número de potenciales compradores se reduzca significativamente. Esto por cuanto, los terceros interesados preferirán invertir sus escasos recursos en actividades alternativas que les generen beneficios seguros, y no ju-

18. Richard Posner explica magistralmente la necesidad de que el Sistema Jurídico incentive el libre intercambio patrimonial, ya que es mediante ese mecanismo que los escasos recursos pueden ser asignados a aquéllos que los explotarán de manera más eficiente. Así, imaginemos a un agricultor A que considera que explotar la tierra de su propiedad le reportará S/. 90.00. En cambio, existe otro agricultor B que considera que podría sacar un beneficio de S/. 120.00 de dicha explotación. El sistema jurídico tiene que crear e incentivar mecanismos de intercambio a fin de que A le transfiera a B ya que, de esa manera, el recurso tierra podrá ser explotado en forma más eficiente. Posner, Richard. *Economic Analysis of Law*, 3ra. Ed., Little, Brown and Company, Boston, 1986. p. 31.

gar al "azar" en una compra que luego puede ser materia de alguna reclamación judicial. De esta manera, la capacidad de negociación de C se va a ver seriamente limitada.

Pero hay más. C valora su propiedad en S/. 90.00 y desea venderla en S/. 100.00. Pero, cualquier posible comprador va a querer que la contraprestación refleje el riesgo que implicaría el ejercicio del derecho de Retracto por parte de los condóminos, lo que va a determinar que el precio a ser ofrecido a cambio de la cuota sea sensiblemente menor al que C podría aspirar de ofertarlo libremente en el mercado¹⁹.

De esta manera, consideramos que la premisa del legislador, en el sentido de que el vendedor no sufre daño alguno porque termina recibiendo del retrayente el precio pactado, es errada, ya que desconoce todos los costos explicados en los párrafos anteriores, los cuales perjudican gravemente al vendedor²⁰.

2. Respecto del original comprador

Para el legislador, el original comprador no se perjudica, ya que, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes, el retrayente debe reembolsarle el precio, los tributos y gastos pagados por éste (artículo 1592 del Código Civil). Así, en el ejemplo dado, si X pagó S/. 100.00 por la parte alícuota de C y alguno de los condóminos retrae, pues X será reembolsado tarde o temprano con esos S/. 100.00.

Pero, el legislador no se ha dado cuenta de un elemento fundamental: a X no le interesa que le

devuelvan su dinero, sino quedarse con el bien, X no valora la parte alícuota en S/. 100.00, sino que le asigna un mayor valor, caso contrario, no hubiera comprado.

Recordemos que para que se celebre una transferencia patrimonial en el mercado, es necesario que el precio ofrecido a cambio del bien sea mayor al valor que el titular le asigna, y que el precio pagado por el comprador sea menor al valor que éste último le adjudica al bien: es decir,

$$VP < P < VC$$

(donde VP: valor del bien asignado por el propietario; P: precio pactado; VC: valor de bien asignado por el comprador).

De esta manera, si C le asigna a su cuota un valor de S/. 90.00, la venderá por una suma mayor a ésta, por ejemplo, S/. 100.00, mientras que si X le adjudica a la porción indivisa un valor de S/. 120.00, estaría dispuesto a pagar por ella menos de dicha cantidad, por ejemplo S/. 100.00.

Así, cuando el retrayente interviene en el contrato y le devuelve al original comprador los soles pagados, dejándolo sin el bien adquirido, lo está afectando gravemente, por lo que consideramos que la premisa del legislador en el sentido de que el Retracto en nada perjudica al comprador es también errada²¹.

Pero hay más. Según nuestras normas sobre Retracto, para que éste proceda no es necesario que el derecho del potencial retrayente se encuentre inscrito en el Registro de la Propiedad.

19. De acuerdo con el artículo 1595 del Código Civil, el derecho de Retracto es irrenunciable. Por otro lado, y por propia definición (artículo 1592 del Código Civil), el Retracto se genera recién una vez celebrada una transacción. De esta manera, C no tiene cómo ofrecer previamente su derecho a los demás condóminos, para que, en caso que se decline la opción, poder luego venderlo libremente en el mercado.

En todo caso, la existencia de un derecho de opción como el regulado en el derogado artículo 22 del Decreto Ley 21938 -Ley de Inquilinato-, si bien permitiría en algunos casos el reducir los costos que se le cargan al vendedor aplicando únicamente la figura del Retracto, igual generaría otros costos, tales como: al ser necesario regular plazos para esperar la respuesta de la opción, los costos de oportunidad desincentivarían muchos contratos. Además, el riesgo que significa posibles discusiones judiciales respecto a la forma, términos y condiciones de la opción, ahuyentará a más de un potencial comprador y hará que esos riesgos se reflejen en el precio a ser ofrecido por los bienes.

20. En un trabajo de campo realizado por el Instituto Libertad y Democracia vinculado al tema del régimen de control de alquileres, se afirma: "Un sondeo entre las agencias de corretaje, da por resultado que el precio de venta de una vivienda controlada es aproximadamente 40% a 50% de su valor de tasación comercial, dependiendo de la dificultad para desalojar al inquilino y del estado de conservación de la vivienda". Instituto Libertad y Democracia (ILD). *Control de alquileres y distorsión en el mercado de viviendas*, Lima, Marzo de 1989, p. 16. Siendo también el Retracto un mecanismo que limita o controla la libre transferencia de los bienes, pues, el mismo generará similares distorsiones en el precio de los inmuebles.

21. En nuestro análisis no estamos tomando en consideración el costo que muchas veces se le carga al original comprador, sobre todo en tiempos de hiperinflación, gracias a la posición asumida por nuestro legislador de aplicar como regla general el criterio nominalista a las obligaciones, en vez del criterio valorista. Sobre el tema recomendamos leer: Fernández Cartagena, Julio. "Actualización de deudas pecuniarias - Implicancias Civiles", en: *Thémis, Revista de Derecho*, Segunda Epoca, No. 14, Lima, 1989, p. 68-72, y Grupo de Investigación de Thémis. "Indexación y Derecho", en: *Thémis, Revista de Derecho*, Segunda Epoca, No. 14, Lima, 1989, p. 73-77.

Así, si X va al Registro y verifica que C es el propietario y procede a adquirir la propiedad e inscribir su derecho, de nada le valdrá si por ejemplo A es el arrendatario, usufructuario o superficiario del bien con derecho no inscrito, ya que, en todos esos casos, A podrá retraer en perjuicio de X.

De esta manera, como bien explica Bullard, la figura del Retracto hace que las transacciones quedan sujetas al azar, al introducirse "un elemento de irracionalidad en la decisión del agente económico"²².

Además, la falta de exigencia legal de que el potencial retrayente tenga su derecho inscrito en el Registro con anterioridad a su ejercicio, conlleva a que el sistema jurídico en vez de reducir "costos de transacción"²³ los eleve, ya que el potencial comprador tendrá no sólo que acudir al Registro para buscar allí toda la información valiosa respecto de la titularidad y demás derechos constituidos sobre el inmueble que desea adquirir, sino que, además, tendrá que buscar dicha información dentro del área contractual. Es decir, el comprador tendrá que averiguar, Dios sabe cómo y a qué precio, si el vendedor ha dado su inmueble en arrendamiento, usufructo o superficie. De esa manera, las transacciones en el mercado se convierten por obra y milagro del Derecho en más onerosas²⁴.

Así, la figura del Retracto atenta no sólo contra los legítimos intereses del comprador, sino además, violenta una de las funciones básicas del Derecho Moderno.

3. Respetto de los terceros

Para el legislador, los terceros no se perjudican con el Retracto, ya que, al final de cuentas, ellos no son parte en el contrato celebrado.

Sin embargo, esta premisa del legislador vuelve a ser errada, toda vez que, según lo dispone el artículo 1601 del Código Civil "cuando se hayan efectuado dos o más enajenaciones antes de que expire el plazo para ejercitar el Retracto, este derecho se refiere a la primera enajenación sólo por el precio, tributos, gastos e intereses de la misma. Quedan sin efecto las otras enajenaciones".

A simple vista, puede apreciarse claramente el perjuicio en contra de los terceros. Así, imaginemos que A aparece como propietario de un inmueble en el Registro. B verifica que no existen otras anotaciones y procede a comprar e inscribir su derecho. Posteriormente, C realiza el mismo trámite y pagando el precio adquiere la propiedad de B. Sin embargo, si el inmueble estaba contractualmente arrendado o sujeto a los derechos de usufructo o servidumbre por parte de A en favor de Z, este sujeto podrá ejercer el derecho de Retracto, subrogarse en el lugar de B y dejar de esa manera sin efecto legal alguno el contrato celebrado entre B y C.

De esta manera, C no sólo perderá el bien (que es lo que le interesa al comprador), sino además el costo de oportunidad del dinero, al haberlo invertido en una actividad que no le generó ventaja alguna teniendo otras alternativas posibles; así como, tendrá que demandar a B el saneamiento por evicción en la vía ordinaria para "recuperar" el precio pagado.

Además, aquí nuestro Derecho vuelve nuevamente a incumplir con su función de reducción de "costos de transacción", por cuanto la información del Registro carece de valor²⁵. De esta manera, nuestro sistema jurídico hace "que nadie pueda saber con certeza qué es lo que compra, pues no tiene cómo saber que el derecho de propiedad que adquiere está minado por una "bomba de tiempo" -

22. Bullard G., Alfredo. *La relación jurídico patrimonial*, Ara Editores, Lima, 1990, p. 318.

23. El término "costos de transacción" lo debemos al excelente trabajo de Ronald Coase -Premio Nobel de Economía- denominado "The Problem of the Social Cost", publicado en el *Journal of Law and Economics*, No. 3, 1960, p. 1 y ss. Bullard, Alfredo. "¡Al fondo hay sitio! ¿Puede el teorema de Coase explicarnos el problema del transporte público?", en: *Thémis, Revista de Derecho*, Segunda Epoca, No. 21, p. 96, explica que "en términos sencillos los costos de transacción son los costos de celebrar un contrato, y que en ciertas circunstancias son tan altos que pueden evitar que se perfeccione el acuerdo o llevar a que éste se perfeccione en términos ineficientes". Esta situación demanda que el Derecho deba entrar dentro del campo contractual tratando en lo posible de reducir ciertos costos que se generan en las transacciones privadas. Uno de esos costos es el de acceder a información valiosa respecto de la situación jurídica de los bienes, para lo cual, el Derecho crea la institución del Registro, el que permitirá centralizar la información, reduciendo así dicho costo.

24. Torres López, Juan. *Análisis Económico del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 53, puntualiza que una de las funciones fundamentales del Derecho moderno es el "reducir los costos de transacción que pudieran existir". Con la regulación legal del Retracto, nuestro Derecho incumple flagrantemente con dicha función, por cuanto convierte al Registro en un saludo a la bandera.

25. Respetto del artículo 1601 del Código Civil, el legislador expone que "...el precepto sanciona con ineficacia ante el retrayente toda adquisición de propiedad inmobiliaria, aunque el adquirente sea un tercero del registro que hubiera actuado reuniendo los requisitos del artículo 2014 del Código Civil...". Exposición de Motivos Oficial del Código Civil, -Derecho de Retracto- Op. Cit., p. 12. Así, para nuestro legislador, el Registro existe por puro gusto.

el Retracto- que puede "estallar" en cualquier momento"²⁶.

Sin embargo, y como no hay mal que por bien no venga, felizmente el artículo 1601 del Código Civil, no sabemos si intencionalmente o por omisión²⁷, establece que sólo quedarán sin efecto "las otras enajenaciones", por lo que otros derechos inscritos, como por ejemplo la hipoteca, deberán ser respetados por el retrayente, con lo que, en alguna medida, se protege a ciertos terceros.

4. El retrayente

Por fin llegamos a este ser privilegiado por el Derecho. El va a ser el único que podrá reir gracias a la prerrogativa que tendrá de destrozar todo el sistema circulatorio de los bienes, hacer más onerosas las transacciones y cargar de costos al vendedor, al comprador y a los terceros.

Pero, la verdad es que no entendemos por qué el Derecho tiene que crear todos estos costos para privilegiar a alguien que bien puede adquirir su derecho libremente en el mercado.

Es más, a diferencia de los terceros, es el usufructuario, arrendatario, condómino, superficiario, coligante o colindante, el que está en mejor capacidad de realizar un análisis costo-beneficio respecto de las ventajas de adquirir el derecho del titular y en mejor posición para ubicar a dicho titular y ofrecerle un precio razonable.

Sin embargo, el Sistema Jurídico, al reconocer el derecho de Retracto en favor de ciertas personas, lo que está llevando es a que este sujeto privilegiado no tenga incentivo alguno para hacer un análisis racional de su situación y proceder a realizar una oferta atractiva al titular del derecho. De esta manera, si existen por ejemplo tres co-propietarios de un inmueble, será más rentable el esperar

que alguno de ellos necesite vender su cuota, lo haga por culpa del Retracto en condiciones menos favorables a las del mercado, y luego cualquiera de sus condóminos estire la mano y adquiera la cuota a un precio muchas veces vil. No creemos pues que ésta sea la manera más eficiente de incentivar la consolidación del dominio en una sola mano.

V. A MODO DE CONCLUSION

Creemos que nadie puede criticar lo socialmente favorable que sería que los arrendatarios pudieran acceder a la propiedad. Tampoco puede ser objeto de discusión el hecho que la consolidación de la propiedad en una sola mano o la finalización de los juicios es económicamente valioso. Pero, tampoco sería descabellado el afirmar que socialmente sería beneficioso que los cónyuges tuvieran un derecho de Retracto tratándose de la venta de los bienes propios del otro cónyuge, o que los vecinos pudieran acceder al mismo mecanismo para evitar la entrada de terceros extraños en el vecindario, o que personas viudas y con hijos pudieran retraer en el caso que una persona soltera vendiera su inmueble, etc., etc.²⁸. De esa manera, y dentro de una perspectiva exclusivamente jurídica, la opción del legislador de considerar la vigencia actual de la figura del Retracto y permitiría sólo para ocho supuestos taxativos es, por decir lo menos, arbitraria, ya que no justifica debidamente su vigencia dentro de un tipo de sociedad, ni explica por qué sólo se debe aplicar para algunos casos, discriminando al resto de la sociedad.

Lo que queremos decir es que el Derecho no es una ciencia que se construye y se explica en sí misma. El Derecho, parafraseando a Trazegnies³⁰, es "un sistema de derechos y obligaciones que varía en el tiempo, que adquiere diferentes significaciones concretas, y que no tiene otro sentido que el que los hombres de una determinada época quieren darle"³¹. Por eso, para dictar normas lega-

26. Bullard, Op. Cit., p. 319.

27. No sabemos si la intención del legislador fue la de dejar sin efecto únicamente las posteriores transferencias de propiedad o también los demás derechos constituidos sobre el bien objeto del Retracto. Y la explicación es muy simple: el legislador indica que la razón de ser del artículo 1601 es la de "evitar la burla del derecho del retrayente...". Exposición de Motivos Oficial del Código Civil, -Derecho de Retracto- Op. Cit., p. 12. Obviamente, la existencia de una hipoteca puede burlar "el derecho del retrayente", por lo que siguiendo el razonamiento del legislador, la hipoteca debería ser declarada ineficaz. Felizmente, la palabra "enajenación" es lo suficientemente limitada como para comprender sólo transferencias de propiedad.

28. Al final de cuentas, estos ejemplos han sido en algún momento de la historia humana, supuestos en los que procedió aplicar la figura del derecho de Retracto. Ver: Ennecerus, Ludwig, Kipp, Theodor y Wolff, Martin. *Tratado de Derecho Civil*, Vol. II, T. III, Bosch, Barcelona, 1971, p. 142-143.

29. El Retracto dentro de nuestro sistema jurídico es claramente discriminatorio, por cuanto en sólo ocho supuestos, ciertas personas podrán adquirir alguna titularidad, logrando la misma a partir de la subvención que se genera de los costos que se cargan al vendedor, comprador y los terceros. Mientras que, en la gran mayoría de los casos, los comunes mortales tendremos que acceder a las mismas titularidades en el libre mercado.

30. Trazegnies, Op. Cit., 76. Si bien el autor se refiere en el texto transcrito al derecho de propiedad, consideramos en todo caso que la cita es pertinente para el presente análisis.

31. Por eso no compartimos en absoluto el análisis que realizan muchos juristas, los cuales, para tratar de justificar la existencia y vigencia de una institución jurídica, recurren al criterio histórico, pero apelando a simples referencias legales sacadas arbitrariamente de su contexto social y económico.

les, es necesario pensar previamente en qué tipo de sociedad vivimos y no simplemente apelar a los muy usados argumentos del "interés social" y la "legislación comparada".

Teniendo el Derecho que responder a las demandas y necesidades de una determinada sociedad, éste no puede romper con los postulados económicos básicos que la sustentan. En ese sentido, y tal como vimos en su momento³², la sociedad moderna se sustenta fundamentalmente en la propiedad privada y en el libre intercambio de los bienes en el mercado, por lo que, el mantener figuras jurídicas pensadas para otra realidad, será poner escollos en el camino del desarrollo.

Por todo lo explicado, cuando el legislador ter-

mina su Exposición de Motivos del Título de Retracto diciendo que: "En conclusión, el interés social del legislador de conceder el Retracto en todas sus formas prevalece sobre la adquisición inmobiliaria... En otras palabras, se sacrifica la seguridad del tráfico inmobiliario... a fin de dar plena efectividad al Retracto"³³, nosotros le contestamos que su "interés social" violenta flagrantemente las necesidades de una sociedad moderna, genera graves costos de transacción y perjudica a los vendedores, compradores y terceros en general, sólo para beneficiar a un sujeto que está en perfecta capacidad de adquirir su derecho libremente en el mercado; por lo que consideramos que éstas son razones suficientes para recomendar la pronta derogación del derecho de Retracto de nuestra legislación civil.

EICA CONSULTORES S.A.

INGENIERIA DE PROYECTOS
FUNDADA EN 1969

ESTUDIOS, DISEÑO Y SUPERVISION DE
OBRAS, GERENCIA DE PROYECTOS

Av. República de Chile N° 388
Lima 11 Perú

Tel. : 335524
Fax : (51-14) 332696

De esa manera, para muchos pensadores jurídicos, la validez del derecho de Retracto estará dada por el simple hecho de que se viene aplicando desde Roma (o antes por qué no), sin importarles para nada que la sociedad y la economía romana, no tienen parecido alguno con una sociedad moderna de finales del siglo XX.

32. Ver supra Nos. 9 y 10.

33. Exposición de Motivos Oficial del Código Civil -Derecho de Retracto-, Op. Cit., p. 12.

La Irresponsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en la Reforma Penal de 1991

Dino Carlos Caro Coria
Alumno de 8vo ciclo de la PUC

I. APUNTES PRELIMINARES

Entre las innovaciones contenidas en el nuevo Código Penal (C.P.) destaca la inclusión de sanciones aplicables a las personas jurídicas que son utilizadas en la comisión delictiva. El Código las incluye en los artículos 104 y 105 bajo la denominación genérica de "consecuencias accesorias". Asimismo, se ha incorporado en el artículo 27 la fórmula legal del "actuar por otro", que permite sancionar a los representantes de una persona jurídica que, en nombre de ella, realizan una acción penalmente relevante.

La decisión de legislar estas figuras ha renovado en los medios académicos y entre los operadores del derecho, la vieja discusión acerca de si las personas jurídicas son o no penalmente responsables.

Ofrecemos en las líneas siguientes nuestra particular apreciación acerca de esta problemática, con la advertencia de su carácter introductorio y desarrollo principalmente jurídico-dogmático, que deja reservada la evaluación criminológica y político-criminal para aquello que se considere de mayor relevancia.

II. SISTEMAS EN LA DOCTRINA Y LEGISLACION COMPARADA

Múltiples investigaciones y trabajos empíricos acerca de la "delincuencia económica" y la "crimi-

nalidad de cuello blanco", subrayan de modo unánime los graves perjuicios y disfunciones que estas formas delictivas generan para el sistema económico o financiero en que operan¹: estafas, defraudaciones, quiebras e insolvencias dolosas, libramientos indebidos, acaparamientos, especulaciones, competencia desleal, abusos de poder económico, espionaje industrial, etc.², todas en constante aumento y en medio de una permanente experiencia de impunidad debido a la incapacidad de las agencias de control penal para prevenirlos y sancionarlos. Pocos de estos delitos son efectivamente conocidos, perseguidos y reprimidos judicialmente; los demás engrosan la tasa de la llamada "cifra negra" o criminalidad oculta³.

Ahora bien, debido a sus potencialidades y amplias ventajas patrimoniales, gran parte de la actividad económica está organizada a través de personas jurídicas: bancos, mutuales, financieras, empresas de bienes y servicios, etc.; por ello no resulta extraño que dichas entidades sean las comúnmente utilizadas como medio de comisión o encubrimiento de los delitos referidos. Dicho de otro modo, nos encontramos frente a delitos cometidos a través de entidades colectivas organizadas⁴.

Por este motivo, los Estados constantemente vienen evaluando desde la óptica político-criminal la conveniencia o no de establecer una regulación penal especial que permita enfrentar con éxito estas formas de criminalidad organizada. En tal sentido, uno de los temas principales de la discusión

1. Cfr. Bajo, 1978.

2. Cfr. las normas pertinentes del Código Penal.

3. Cfr. Viladés, 1982

4. Bajo, 1978, p. 110.

consiste precisamente en definir si se atribuye o no capacidad penal a las personas jurídicas, es decir, establecer si dichas entidades son o no pasibles de una sanción penal. A este respecto, la doctrina y la legislación comparada ofrecen tres alternativas:

1. ABSOLUTA IRRESPONSABILIDAD PENAL

Este sistema se fundamenta en el respeto del clásico principio "societas delinquere non potest" (la sociedad no puede delinquir). Se inscriben en esta tendencia los países del sistema jurídico romano-germánico y los eurocontinentales⁵, como es el caso de Italia, Alemania y Austria. Esta opción obedece al convencimiento político de que la incriminación de las personas jurídicas no constituye un instrumento eficaz para la prevención y represión de la delincuencia "económica" o de "cuello blanco". En tal sentido, a fin de legitimar esta alternativa político-criminal, la dogmática jurídica ha formulado múltiples teorías.

1.1. Revisión de las Teorías provenientes del Derecho Privado

Un amplio sector de la doctrina penal y civil señala que, algunas de las formulaciones derivadas de la antigua discusión del Derecho Privado sobre la naturaleza de las personas jurídicas, también fundamentan su incapacidad penal. Sin embargo, nosotros consideramos que esta afirmación no es exacta.

Haciendo "arqueología jurídica" podemos constatar que, aunque con diversas variantes, dos han sido las principales vertientes doctrinales en relación a la naturaleza de las personas jurídicas

1.1.1. Teorías que afirman la personalidad jurídica

Estas formulaciones tienen como presupuesto común la afirmación de que existe la personalidad jurídica, como sujeto de derecho y centro de imputación de obligaciones y derechos. También con distintas variantes, son dos las elaboraciones más relevantes:

a. Teoría de la ficción

Argumentada principalmente por Savigny. Con arreglo a ella, la persona jurídica es una mera creación legal, su existencia está subordinada a la atribución de personalidad por parte del Estado, quien con efectos constitutivos define los límites de su capacidad.

Lo dispuesto en el artículo 77 párrafo 1º del Código Civil (C.C.), "la existencia de la persona jurídica de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro", constituye el principal argumento legal de quienes ven en esta norma, la opción del sistema jurídico nacional por la teoría de la ficción.

b. Teoría de la realidad

Defendida por Gierke e Ihering. Entiende a la persona jurídica como una realidad autónoma y diferente a la del ser humano, motivo por el cual la función del Estado queda reducida a la declaración o reconocimiento de su existencia.

1.1.2. Teorías negatorias de la personalidad jurídica

De origen francés. Concibe a dichas entidades como simples patrimonios afectados a un fin determinado, y que de ningún modo configuran un centro de imputación de derechos y obligaciones, sino un objeto jurídico. Así, niegan que exista una personalidad jurídica con calidad de sujeto de derecho.

Ahora bien, para efectos de lo que nos importa, cual es definir si la persona jurídica es o no penalmente responsable, consideramos que los alcances y resultados de las formulaciones del Derecho Civil, no pueden ser trasladados de modo automático al discurso dogmático penal. De esta manera, como producto de la revisión de las teorías elaboradas en el Derecho Privado, es inevitable concluir que éstas simplemente no sirven para sostener coherentemente una u otra posición. Tres son los fundamentos de esta afirmación:

En primer término, porque cada una de dichas teorías posee una racionalidad e instrumentalidad propia que difícilmente se ajustaría a los términos de nuestra discusión. El sentido de la confrontación entre tales formulaciones, no se agotó en la pura elaboración jurídica. Como podía preverse, por lo general la verdadera confrontación no era sino entre poderes e intereses sociales⁶.

Así por ejemplo, la polémica entre los partidarios de la teoría de la ficción y los de la teoría de la realidad en la segunda mitad del siglo XIX, reflejó la contienda entre los defensores de la omnipotencia del Estado (teoría de la ficción), quien debía decidir sobre el otorgamiento o no de la personalidad en función de sus objetivos; y quienes pretendían, frente al Estado y la Administración, asegurar el respeto de asociaciones y fundaciones (teoría de la

5. Zugaldía, 1980, p. 71.

6. De Castro y Bravo, 1961, p. 943.

realidad)⁷, las que el Estado debía limitarse a reconocer sin filtros ni selecciones interesadas.

En este ejemplo, no cabe duda que las disyuntivas entre intervención o abstención estatal, y fortalecimiento del Estado o el de sus súbditos, que subyacen a la situación descrita, no corresponden a la de nuestro análisis. Precisamente, en la discusión sobre si se otorga o no capacidad penal a la persona jurídica, tales disyuntivas no existen. Al destacarse la necesidad de una intervención que fortalezca al Estado frente a la criminalidad cometida a través de dichas entidades, nuestra particular disyuntiva, como ya se había advertido, consiste más bien en definir si el otorgamiento de la mencionada capacidad penal constituye o no un medio eficaz y equitativo para exterminar o atenuar estas formas de delincuencia.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, la aplicación estricta de estas teorías puede conducirnos a argumentaciones relativas que podrían terminar favoreciendo indistintamente una u otra opción, esto es, la responsabilidad o irresponsabilidad penal de las personas jurídicas.

Por ejemplo, un amplio sector de la doctrina suele señalar categóricamente que a partir de la teoría de la ficción de Savigny, según la cual la persona jurídica sería una mera creación legislativa, carente de existencia real, no podría afirmarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁸. Sin embargo, esta afirmación tampoco es exacta puesto que si la ley es quien define los alcances de la personalidad, entonces puede válidamente atribuir capacidad penal a las personas jurídicas.

Por ello, consideramos que la teoría de la ficción constituye un argumento dogmático, y hasta demagógico, a favor de la responsabilidad o irresponsabilidad, según como el sistema jurídico respectivo lo defina. Por ende, constituye un argumento utilitario e instrumental y, por lo tanto, limitado y relativo, debido a que las posibilidades de alegarlo están subordinadas a la decisión del grupo de poder que legisla.

En tercer término, desde el punto de vista legal, aún cuando la normatividad civil nacional optara por una u otra teoría, ello no influiría para nada en la afirmación o negación de la capacidad penal de las personas jurídicas. Ello porque el C.C. se remite a la legislación penal para solucionar esta disyuntiva.

Con arreglo al artículo IX del Título Preliminar del C.C., sus disposiciones se aplican supletoria-

mente a las relaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza. Dicha aplicación supletoria en materia penal, no sería posible, debido a que como veremos luego, la normatividad del C.C. resuelve el problema de la responsabilidad de estas entidades. Asimismo, en todo caso, la propia naturaleza del problema penal planteado que, según hemos visto, no necesariamente es compatible con las formulaciones del Derecho Civil, impediría también la aplicación supletoria. De esta manera, quienes señalan la opción por la teoría de la ficción, según podría leerse del artículo 77 párrafo 1º del C.C., en nada ayudan a solucionar nuestra disyuntiva.

A su vez, el artículo 76 párrafo 1º del C.C. dispone que la capacidad de la persona jurídica, se determina por sus disposiciones o las de las leyes respectivas. Dado que el C.C. no resuelve sobre la atribución o no de capacidad penal a las personas jurídicas, existe más bien una expresa remisión a la ley respectiva, esto es, el C.C., que como hemos adelantado, ofrece una solución a dicha disyuntiva.

1.2. TEORIAS PROVENIENTES DEL DERECHO PENAL

El marco ofrecido por estas teorías es bastante claro. La irresponsabilidad fluye del estado actual de la dogmática jurídico penal que, a partir de sus conceptos y principios predeterminados, aplicados a la persona jurídica, hace imposible atribuirle capacidad penal.

Como consecuencia de lo anterior, la irresponsabilidad termina derivando de la propia naturaleza de la persona jurídica. La ausencia de voluntad en sentido óntico o real, es decir psicológica, y la imposibilidad de actuación por sí misma, sino a través de sus representantes, impiden que estas entidades puedan configurar los presupuestos dogmáticos necesarios para afirmar la existencia de un hecho punible que pueda atribuírseles.

La exposición de estas formulaciones puede agruparse en base a los elementos propios de la teoría del delito.

1.2.1. Teoría de la incapacidad de conducta

La persona jurídica carece de aptitudes para formar su voluntad al margen de las voluntades expresadas por sus integrantes. Asimismo, no puede exteriorizar la voluntad social construída sobre el conjunto de voluntades individuales más que a través de los actos de los propios componentes de

7. Ibid., p. 943.

8. Cerezo, 1988, p. 296.

la agrupación⁹. La persona jurídica no tiene una conciencia y voluntad en sentido psicológico y similar, por ende, al de la persona natural¹⁰.

En este orden de ideas, la inexistencia o imposibilidad de crear una voluntad propia, determina la incapacidad de ejecutar un comportamiento en sentido jurídico penal. Al Derecho Penal sólo le interesa regular los actos u omisiones voluntarios dirigidos a lograr un fin determinado, puesto que sólo ellos pueden ser evitados a través de la motivación de la norma penal.

Lo expresado no se confunde con los supuestos técnicos de ausencia de conducta: fuerza física irresistible, movimientos reflejos y estados de inconciencia; aplicables sólo a las personas naturales, quienes por regla general poseen capacidad de actuar voluntariamente.

La admisión legal de esta argumentación se halla en el artículo 11 del C.P., que establece como delitos y faltas penalmente sancionables, los actos u omisiones dolosos o culposos. Ello presupone la existencia de una voluntad propia en el sujeto, posible sólo en las personas humanas.

1.2.2. Teoría de la incapacidad de realización típica

Conforme a la teoría finalista de la conducta, el tipo penal tiene un aspecto objetivable (tipo objetivo) y un aspecto subjetivable (tipo subjetivo).

De este modo, la ejecución delictiva precisa de una determinada relación psicológica (dolo o culpa), para la configuración del tipo subjetivo, relación que por los motivos citados para descartar la capacidad de conducta, no es posible atribuir a una persona jurídica, al ser propia de la persona natural¹¹. Asimismo, no son ajenos los problemas que la naturaleza misma de la persona jurídica presenta para la realización del tipo objetivo.

El fundamento legal de esta versión lo encontramos en el artículo VII in fine del Título Preliminar del C.P. que proscribiera la responsabilidad objetiva, en concordancia con la norma del artículo 11 que declara como punibles sólo los actos u omisiones dolosos y culposos.

1.2.3. Teoría de la incapacidad de actuación justificada

Los requerimientos objetivos exigidos para la existencia de cada causal de justificación, posibles de ser cumplidos sólo por la persona humana, y la exigencia también de una particular relación psicológica (el elemento subjetivo, verbigracia el "animus defendi" en la legítima defensa), hacen imposible para la persona jurídica legitimar una acción típica a través de dichas justificantes¹².

Lo dispuesto con carácter general en el artículo 20, numerales 3 (legítima defensa), 4 (estado de necesidad justificante), 8 (ejercicio legítimo de un derecho o acto permitido por la ley) y 10 (consentimiento) del C.P., constituye la base legal de esta teoría.

1.2.4. Teoría de la incapacidad de culpabilidad

En cualesquiera de sus sentidos dogmáticos, sea como reprochabilidad en base al libre albedrío, motivabilidad, atribuibilidad, etc., se requiere también de una relación psicológica inexistente en el caso de la persona jurídica¹³.

La regulación general de los supuestos legales de ausencia o atenuación de la culpabilidad fundamentan este argumento, verbigracia: artículo 14 párrafo 2 (desconocimiento del injusto: error de prohibición), artículo 20 numerales 1 y 2 (inimputabilidad) y numerales 5 y 7 (inexigibilidad de otra conducta: estado de necesidad exculpante y miedo insuperable).

1.2.5. Teoría de la incapacidad de punibilidad

Esta opción dogmática se fundamenta más bien en el principio político criminal de personalidad de las penas, derivado del principio de culpabilidad, según el cual no es posible imponer una pena a alguien por un hecho delictivo ajeno, obligando a que únicamente respondan las personas físicas que efectivamente lo ejecutaron¹⁴.

Por otro lado, es imposible aplicar la pena privativa de la libertad a una persona jurídica precisamente porque carece de dicho bien jurídico. El requerimiento de la "responsabilidad penal del autor" para la imposición de una pena, previsto en el

9. Octavio de Toledo-Huerta, s/f, p. 43.

10. Cerezo, 1988, p. 296.

11. Bustos, 1989, p. 170.

12. Ibid., p. 170.

13. Ibid., pp. 170 y 171. Octavio de Toledo-Huerta, s/f, pp. 43 y 44.

14. Mir, 1990, pp. 107, 108 y 185.

artículo VII ab initio del Título Preliminar del C.P., constituye el fundamento legal de esta teoría.

1.2.6. Teoría de la incompatibilidad con el sentido y fin de la pena¹⁵

El objeto de las teorías absolutas de la pena sería una utopía. No se podría hablar de expiación o retribución, pues la persona jurídica no puede sufrir o padecer y, además, porque recaería indebidamente sobre todos los individuos que la componen.

Asimismo, las teorías relativas no cumplirían su finalidad utilitaria. La prevención general no tendría sentido, debido a que dichas entidades no son pasibles de coacción psicológica. A su turno, la propia naturaleza de la persona jurídica hace imposible el paradigma de la resocialización inherente a la prevención especial.

Estos inconvenientes no desaparecen en el caso de las teorías unificadoras o mixtas.

La base legal de estos argumentos se encuentra en el artículo 234 párrafo 2º de la Constitución, los artículos I y IX ab initio del Título Preliminar del C.P., y artículo II del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal.

1.2.7. Teoría de la inaplicabilidad de las medidas de seguridad

El hecho típico y antijurídico es el presupuesto fundamental para la ejecución de una medida de seguridad, lo que es imposible de realizar por una persona jurídica. En el mismo sentido, el fundamento de la "peligrosidad criminal" tampoco sería aplicable dado que importa una tendencia conductual o de personalidad incompatible con la estructura de dichos entes colectivos¹⁶.

Esta teoría encuentra cabida legal en lo dispuesto en el artículo IX in fine del Título Preliminar y 71 al 77 del C.P.

2. RESPONSABILIDAD PENAL

Son los países que pertenecen al sistema jurídico del Common Law quienes admiten la responsabilidad criminal de las persona jurídicas, por todos los delitos, excepto aquellos que por su propia naturaleza no pueden cometer -violación, homicidio, bigamia, etc.-. Básicamente se les imputa infrac-

ciones delictivas referidas a la actividad económica, laboral, ambiental, etc., estableciéndose auténticas penas y medidas de seguridad. Es el caso, por ejemplo, de Inglaterra, Escocia, Canadá, Australia y Estados Unidos de Norteamérica¹⁷.

Esta tendencia, se dice, está menos dominada por las categorías doctrinales o dogmáticas, y más atenta a las necesidades sociales¹⁸. En tal sentido, la eficacia y la equidad del Derecho Penal, incorporados a través de argumentos de política criminal, son entonces invocados para justificar o, incluso, exigirse la responsabilidad penal de estas agrupaciones¹⁹. Dichos argumentos son los siguientes²⁰:

- 2.1. Por lo general, son las personas jurídicas las que se hayan en el origen de las infracciones.
- 2.2. Ellas son las que comúnmente reciben sus beneficios.
- 2.3. Es el ambiente de las mismas el que crea una atmósfera o clima que facilita e incita a los autores materiales a cometer delitos en provecho de las mismas.
- 2.4. Y, también, por un motivo muy práctico: el de resolver el problema de la prueba de la culpabilidad, que surge cuando la conducta delictiva se diluye entre las personas físicas que integran los organismos de las personas jurídicas, y la responsabilidad sólo es aceptada para las personas naturales.

Asimismo, desde la óptica dogmática, esta opción criminalizadora estaría reforzada por argumentos provenientes del Derecho Civil, en particular las teorías de la ficción y de la realidad²¹, aunque con las serias limitaciones anteriormente apuntadas. No obstante, la ausencia de formulaciones jurídico penales para sustentar esta posición, se debe a que ello implicaría necesariamente una redefinición de las múltiples categorías dogmáticas, que actualmente impiden otorgar capacidad penal a dichas organizaciones, verbigracia los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas.

3. RESPONSABILIDAD ACCESORIA

Este planteamiento constituye, en verdad, una variante de la opción negatoria de la responsabili-

15. Bustos, 1989, p. 171. Octavio de Toledo-Huerta, *sf*, pp. 44 y 45.

16. Bustos, 1989, p. 171.

17. Zugalúa, 1980, p. 71.

18. *Ibid.*, p. 83.

19. Tiedemann, 1985, p. 155.

20. Tiedemann, 1985, pp. 155 y 156. Viladés, 1982, pp. 128 y 124. Moscoso, I, pp. 166 y 167.

21. Bustos, 1989, p. 170. Mir, 1990, p. 184. Cerezo, 1988, p. 246.

dad penal de las personas jurídicas. Dicha negación, se señala, no implica que el Derecho Penal deba permanecer inmutable ante los abusos que, especialmente en el ámbito económico, se produce mediante dichas entidades. Por ello, según esta versión, es procedente sancionar penalmente a las personas físicas individuales que cometen efectivamente tales abusos, sin perjuicio de la aplicación de sanciones de naturaleza civil o administrativa a la persona jurídica, como la multa, disolución, prohibición de ejercer determinadas actividades, etc.²². Estas medidas afectan bienes jurídicos de estas entidades, tales como su patrimonio.

En esta tendencia se inscriben por ejemplo el proyecto de 1980 y la propuesta de anteproyecto de 1983 de Código Penal español. Este último agrupando dichas sanciones bajo la denominación de "Consecuencias Accesorias".

III. EL CASO DEL SISTEMA JURIDICO PERUANO

Desde la óptica doctrinal, jurisprudencial y legal, resulta evidente una larga tradición que niega la responsabilidad penal de las personas jurídicas. No obstante, dicha tradición se habría visto afectada, para algunos, con la reforma penal de 1991.

1. LA DOCTRINA

El estado de la dogmática penal anterior a la reforma siempre se limitó a lo referencial y general, negándose la capacidad penal de estas entidades²³, principalmente a partir de las teorías de la incapacidad de conducta, de culpabilidad y de punibilidad anteriormente descritas.

No obstante, tras la promulgación del nuevo C.P., que incluye sanciones aplicables a la persona jurídica, se ha observado en los "medios académicos" la difusión de prejuicios doctrinales poco afortunados que afirman que la responsabilidad penal de dichas organizaciones subyace a la nueva normativa. Estas ocurrencias expresadas en múltiples conferencias y eventos de Derecho Civil, Mercantil, Tributario, Ambiental, Laboral y Penal; habrían originado en nuestro medio una nueva "tendencia doctrinal" que, por los motivos que posteriormente señalaremos, carece en lo absoluto de fundamentos.

2. LA JURISPRUDENCIA

El agraviado denunció a la Fabrica de Velas y Jabones "La Excelsior", imputándole la comisión del delito de falsificación, al haber hecho uso indebido de la marca "Jabón Patito", ya que el había registrado ese nombre como distintivo de los jabones que producía. El fundamento legal de dicha acción penal fue el artículo 377 del C.P. de 1924, que sancionaba con prisión o multa al que "fabricase marcas o contraseñas oficiales". Como era de esperarse la Corte Suprema declaró la insubsistencia de todo lo actuado e improcedente la acción, por no tratarse de falsificación, sino del uso indebido de una marca registrada oficialmente, todo lo cual era asunto administrativo²⁴.

No obstante, lo relevante de esta controversia es que el hecho delictuoso se atribuía a una persona jurídica, la "Fábrica de Velas y Jabones", productora y distribuidora de dicha marca, a pesar de lo cual el juez penal expidió el auto de apertura de instrucción respectivo, siguiéndose la acción penal contra el representante de la citada fábrica.

Como éstas, muchas otras resoluciones anteriores a la reforma penal de 1991 establecieron la incapacidad penal de las personas jurídicas. Así, la Corte Suprema en múltiples oportunidades ha señalado que el enjuiciamiento supone la imputación de hechos delictuosos a persona individuales determinadas sobre quienes puede recaer la sanción respectiva²⁵. Asimismo, en un juicio de calumnia imputado a una sociedad comercial, determinó que la responsabilidad penal es esencialmente individual²⁶. También, en un proceso por apropiación ilícita estableció que las personas jurídicas no pueden ser sujetos activos de algún delito, ya que dicha calidad sólo puede ostentarla la persona física, pues sólo ella es capaz de ejercitar acciones o incurrir en omisiones que caigan en el ámbito del Derecho Penal²⁷. Ahora bien, bajo la vigencia del nuevo C.P. dicha claridad jurisprudencial parece haberse oscurecido, en general para los operadores del control penal.

Tras una breve evaluación empírica que mediante entrevistas realizamos en Julio de 1992 a un universo representativo de abogados, policías, fiscales, jueces y asistentes del Ministerio Público y Poder Judicial, se constató que el 67 % desconoce

22. Muñoz, 1984, p. 15.

23. En este sentido: Montoya Manfredi, 1977, p. 24. García Rada, 1985, pp. 65 y ss. Hurtado, 1987, pp. 340 y 341. Peña, 1987, p. 161. Jara, 1987, p. 32. Moscoso, I, p. 171. Villavicencio, 1990, p. 115. Lecca, 1990, pp. 115 y ss. Ugaz, s/f, p. 93.

24. Anales Judiciales, 1934, p. 137.

25. Anales Judiciales, 1918, p. 47.

26. Ejecutoria del 8-4-1920, en: Anales Judiciales, 1920, p. 16.

27. Ejecutoria del 3-1-1972, en: Revista de Jurisprudencia Peruana, Nº 338, p. 357.

totalmente que el C.P. de 1991 incorpora sanciones aplicables a las personas jurídicas o la fórmula del "actuar por otro". El 16 % oscila entre el haber tomado conocimiento a través de conversaciones privadas y la lectura directa de la legislación pertinente. El 10 % poseía, además, alguna información doctrinal, aunque no siempre con resultados coherentes. Por último, el 7 % del universo referido prefirió mantener en reserva su opinión, si es que alguna en verdad tenían. A manera de anécdota, un Juez Instructor manifestó textualmente: "la ley orgánica del poder judicial me impide adelantar opinión, pero... regrese mañana a ver si llegamos a un acuerdo..."; aún no hemos encontrado dicha norma.

Como producto del diagnóstico realizado, resulta obvio concluir que las "consecuencias acesorias" y la regla del "actuar por otro" incorporadas en la ley del Congreso, aún no tienen vigencia en la "Ley de la Calle". En todo caso, su operatividad no parece depender principalmente de una campaña de información sino, como siempre, del efectivo convencimiento y voluntad de aplicación, difíciles de encontrar en nuestro medio tratándose de instituciones nuevas.

3. LA LEGISLACION

3.1. Normatividad anterior a la Reforma de 1991

El derogado Código Penal de 1924 no contenía una regla expresa respecto de la responsabilidad de las personas jurídicas. No obstante, todos los preceptos estaban redactados partiendo de la base de que sólo la persona física podía delinquir. Asimismo, el marco normativo incorporó principios básicos del Derecho Penal suficientes para rechazar totalmente la capacidad penal de las personas jurídicas. Es el caso, por ejemplo, del principio de culpabilidad, admitido implícitamente en los artículos 1, 3, 81 y 167 del C.P. A su vez, el Código de Procedimientos Penales de 1940 lo incorpora en el artículo 284. Sin embargo, en el ámbito de la legislación penal especial, se estableció de modo particular un sistema o modelo de Consecuencias Acesorias, sanciones aplicables a la persona jurídica, en simultáneo con la responsabilidad individual de los autores. Así, la ley de Contrabando N° 16185, en el artículo 9, dispuso que las personas jurídicas o comerciantes que, en el ejercicio de sus actividades, incurriesen en la comisión de los delitos a los cuales se refería dicha ley, además de las sanciones que correspondan en forma personal a los ejecutores directos o indirectos de los delitos, serían sancionados, según los casos, con la cancelación en los Registros Públicos de la personería jurídica y de las licencias, patentes u otras autorizaciones administrativas o municipales que vinieren disfrutando.

En el mismo sentido, la posterior ley N° 24939 que tipificaba los delitos de contrabando y defraudación de renta de aduanas, desmembró el contenido anteriormente referido en dos normas distintas: En primer lugar, el artículo 9 establecía las sanciones a las personas jurídicas que, en el ejercicio de sus actividades comerciales, incurriesen en la comisión de los delitos señalados en dicha ley, haciéndolas pasibles de la cancelación, en los Registros Públicos, de la personería jurídica y de las licencias, patentes y otras autorizaciones administrativas o municipales que disfrutasen. En segundo término, el artículo 10 ratificaba que los gestores, gerentes, apoderados, directores o accionistas de las empresas aludidos en el artículo 9, serían responsables penalmente en la medida en que hayan sido ejecutores directos o indirectos, de los delitos cometidos.

De esta forma, incluso tratándose de esta normatividad especial, el legislador nacional no sólo incorporó sanciones de naturaleza administrativa y civil para la persona jurídica, sino que tuvo cuidado en consignar expresamente que la responsabilidad penal era individual, inherente a la persona natural.

De esto, es claro que el marco legal anterior a la reforma penal de 1991 estableció como regla general la absoluta irresponsabilidad de las personas jurídicas y, por excepción, tratándose de los delitos de contrabando y defraudación de renta de aduanas asumió el modelo de la responsabilidad acesoria.

3.2 La Reforma Penal de 1991

Al margen de sus defectos de organización y limitaciones políticas, la reforma ha promovido innovaciones técnicas y político-criminales interesantes. Entre ellas tenemos la incorporación expresa y con carácter general del sistema de la responsabilidad acesoria de las personas jurídicas, y la formulación legal del "actuar por otro".

3.2.1. Naturaleza de las Consecuencias Acesorias

El nuevo Código Penal, recepcionando los modelos españoles -Proyecto español de Código Penal de 1980 y anteproyecto de 1983-, introduce medidas que afectan a la persona jurídica, denominadas "Consecuencias Acesorias", sin que esto importe de modo alguno aceptar que tienen capacidad penal.

En el artículo 104 se señala que el juez decretará, asimismo, la privación de los beneficios obtenidos por las personas jurídicas como consecuencia de la infracción penal cometida en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes, en cuanto sea necesaria para cubrir la respon-

sabilidad pecuniaria de naturaleza civil de aquéllos, si sus bienes fueran insuficientes.

A su vez, el artículo 105 dispone que si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el Juez podrá aplicar todas o algunas de las medidas siguientes: a) Clausura de locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años (numeral 1). b) La disolución de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité (numeral 2). c) La suspensión de sus actividades por un plazo no mayor de dos años (numeral 3). d) La prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito (numeral 4). La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será mayor de cinco años. En tal sentido, cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores.

Este régimen de Consecuencias Accesorias constituye una variante del modelo de la absoluta irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, irresponsabilidad que ha quedado reafirmada por las múltiples teorías -incapacidad de acción, incapacidad de realización típica, etc.-, doctrinal y legalmente sustentadas en el marco del nuevo C.P. En tal sentido, dichas teorías, fundamentan el carácter individual de la capacidad penal, propia de la persona natural. Asimismo, la propia naturaleza jurídica de las sanciones abunda en el argumento de la irresponsabilidad. Así, desde una perspectiva formal-legal, las consecuencias accesorias no constituyen penas ni medidas de seguridad al no inscribirse en los catálogos respectivos de los artículos 28 y 71 del C.P. De este modo, desde dicha óptica, poseen naturaleza jurídica propia al hallarse reguladas de manera independiente en un título y capítulo propios.

Sin embargo, desde el punto de vista material, su naturaleza jurídica administrativa no se confunde con su carácter accesorio, el cual deriva del hecho de que su procedencia tiene como presupuesto la existencia de un delito cometido por una persona física.

Por ello, la vigencia de estas medidas accesorias permite hablar con propiedad de un derecho penal administrativo. Por ende, la vigencia del prin-

cipio *societas delinquere non potest* no entraña contradicción con la imposición de sanciones administrativas a las personas jurídicas²⁸.

Como advertimos al inicio, no es objeto de este documento el análisis detallado del régimen de las consecuencias accesorias.

3.2.2. Relevancia de la fórmula del "Actuar por Otro"

Afirmar que sujeto activo sólo puede serlo la persona natural trae como consecuencia que, frente a determinados delitos -los llamados especiales propios, por lo general de índole patrimonial o económica- sea difícil o imposible la determinación del sujeto activo.

Así sucede, por ejemplo, en el caso del artículo 234 párrafo 1º del C.P., cuando el especulador es una persona jurídica, aunque quien ha tomado la decisión respectiva es una persona humana -el director representante, el consejo directivo, etc-. En este caso, la persona natural realiza una acción atípica, pues no reviste la calidad especial exigida por el tipo penal- con arreglo al cual sólo quien es productor, comerciante o fabricante puede ser autor-, de manera que dicho individuo no podría ser sancionado penalmente al no ostentar la calidad de sujeto activo. Lo contrario vulneraría el principio de legalidad.

Ahora bien, con arreglo al principio por el cual el sujeto activo sólo puede ser la persona humana, tampoco se puede inculpar a la persona jurídica como sujeto activo, con lo cual se llegaría a la absurda consecuencia de que existe un delito sin autor. Esto es, se llegaría a negar la tipicidad de todo comportamiento en que aparece en primer plano una persona jurídica y, por ende, no sería difícil lograr la ineficacia de la ley penal.

Por este motivo, tratándose de tipos legales que exigen en el sujeto activo determinadas calidades que no ostenta la persona física pero sí la persona jurídica en cuyo nombre actúan, el Código Penal de 1991, en el artículo 27, ha incorporado la fórmula del "actuar por otro" o "actuar en nombre de otro", la cual tiene como fuentes los Códigos Penales de Alemania (párrafo 14), España (artículo 15 bis) y Portugal (artículo 12).

Así, el artículo 27 del C.P. de 1991 establece que quien actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica, o como socio representante autorizado de una sociedad, y realiza el tipo legal de un delito es responsable como

28. Bajo, 1978, p. 119.

autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurren en él, pero sí en la representada.

En este orden de ideas, la incorporación de esta fórmula legal no se contrapone a lo ya planteado, en el sentido de que las personas jurídicas no tienen capacidad penal. Por el contrario, su lógica parte de la idea de que dichas entidades son penalmente irresponsables, motivo por el cual, a fin de evitar la impunidad de quienes efectivamente realizan el delito, esto es, las personas naturales que ostentan el dominio del hecho, por disposición legal se integran a éstos las calidades propias de la persona jurídica que representan. Dicha integración impide la violación del principio de legalidad, regulado en el artículo 2, numeral 20, literal "d" de la Constitución, y en el artículo II del Título Preliminar del C.P.

Por ende, la cláusula de la actuación en lugar de otro, pretende resolver el problema político-criminal de las lagunas de punibilidad, las que se detectan en relación a aquellas figuras delictivas en que el tipo de lo injusto reviste características especiales, las cuales no pueden ser formalmente verificadas en el sujeto que realiza la acción típica y produce la lesión o peligro del bien jurídico protegido por la norma penal respectiva²⁹. Ahora bien, dichas posibilidades de impunidad sólo existen tratándose de los delitos especiales propios.

Son delitos comunes aquellos en los cuales el tipo penal no precisa una calidad especial en el sujeto activo, así por ejemplo, el caso del homicidio simple (artículo 106). A su vez, los delitos especiales requieren que la conducta prohibida sea ejecutada por ciertas personas que poseen un deber específico o presupuestos especiales, así por ejemplo, en el delito de abuso de autoridad se requiere que el sujeto activo sea un "funcionario público" (artículo 376).

Asimismo, se distingue entre delitos especiales impropios y propios. Son impropios cuando la lesión del deber especial sólo determina una agravación de la punibilidad (v.gr. peculado, artículo 387 en relación con la apropiación ilícita, artículo 190 del C.P.). Por último, en los delitos especiales propios, la lesión del deber especial fundamenta la punibilidad, la existencia del delito, no una simple agravación, vgr. el juez en el prevaricato (artículo 418).

En este orden de ideas, la posibilidad de impunidad que se desea evitar sólo se presenta en

los delitos especiales propios debido a que en éstos, a diferencia de los impropios, no existe un correlativo delito común hacia el cual reconducir la tipificación. Así por ejemplo, quien se apropia ilícitamente de un bien del Estado sin ser funcionario público, no comete el delito especial impropio de peculado, pero su conducta será típica en la fórmula del delito común de apropiación ilícita. Sin embargo, quien representa a una empresa comercial que ejecuta el delito especial propio de especulación, sólo podría ser sancionado si el ordenamiento jurídico permitiera integrar la calidad de comerciante de la representada en la conducta de dicho representante; sólo así se respetaría el principio de legalidad. De esta manera, la fórmula legal del actuar por otro sólo se aplica a los casos de delitos especiales propios.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

La posibilidad de exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas, se vería frustrada por la imposibilidad dogmática de llevar a cabo el empeño. La opción que se presenta en la actualidad, es más simple y, a la vez, más complicada. Se trata de optar entre el mantenimiento del statu quo o la revisión de las categorías dogmáticas vigentes³⁰.

Nosotros entendemos el control penal desde la óptica de la criminología crítica. En este sentido, el problema de la criminalidad no es sino el resultado de un proceso de definición política, de decisiones de control social y del ejercicio finalista del poder del Estado: Es el Estado el que crea delitos y delincuentes. De allí que la tipificación de los delitos y la aplicación de penas sean eminentemente selectivas, tanto en lo formal como en lo material³¹.

De este modo, los conceptos de delito, criminalidad, sujeto activo, acción, tipicidad, pena, etc., no están determinados de forma ontológica o categorial, de modo que sea imposible la revisión, reforma o eliminación de sus contenidos. El Estado, como titular de la función punitiva, define una política criminal que luego legitima a través de categorías dogmáticas que instrumentalmente mantiene, reformula o elimina. Por ende, la función de la dogmática jurídico-penal está reducida a legitimar las decisiones político-criminales adoptadas por el Estado.

De esta forma, en un Derecho Penal moderno y más aún del futuro, no existe ningún motivo que impida al Estado atribuirle capacidad penal a las personas jurídicas.

29. Gracia Martín, 1986, p. 20.

30. Zugaldía, 1980, p. 86.

31. Prado, 1990, pp. 19 y 20.

Pero no obstante tener el camino libre, creemos también, no por razones ontológicas o categoriales, sino estrictamente de eficacia político-criminal, que las personas jurídicas no deben ser pasibles de sanción penal. Lo contrario significaría encubrir al verdadero sujeto activo, dado que las personas jurídicas se crean, se modifican y fenecen exclusivamente a voluntad de las personas naturales, son ellas quienes tienen el total dominio de su actuación³².

No estamos seguros que la afirmación de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, constituya una contribución notable, de modo que maximice las posibilidades de enfrentar con éxito la criminalidad organizada; simplemente estamos seguros que la opción contraria reduciría ostensiblemente dichas posibilidades. Estamos convencidos de haber elegido la opción menos perjudicial más que la de mayores beneficios. En tal sentido, la inclusión del modelo de responsabilidad accesoria en el Perú, constituye un acierto legislativo, dado que en el marco de la responsabilidad individual permite potestativamente sancionar a las personas jurídicas con medidas administrativas de carácter preventivo.

Ahora bien, a fin de maximizar las posibilidades ofrecidas por el modelo dogmático asumido, consideramos que, más que debatir problemas formales de carácter dogmático, es necesario precisar los lineamientos principales de una opción político criminal coherente, a efectos de revisar la actual experiencia de impunidad de la delincuencia organizada a través de personas jurídicas. Dicho marco debe establecerse sobre una base mínima compuesta por cinco presupuestos:

1. Evaluar de lege ferenda (legislación futura), la posibilidad de incorporar nuevas medidas aplicables a las personas jurídicas, o perfeccionar las existentes con fines principalmente preventivos.
2. Incorporar de lege ferenda fórmulas legales que faciliten la punibilidad de las personas naturales que se sirven de la persona jurídica para la comisión delictiva. En este sentido, la fórmula del actuar por otro del artículo 27 del C.P. constituye tan sólo un simple avance en este sentido, que incluso puede perfeccionarse.
3. Evaluar los mecanismos de salvaguarda de los intereses de terceros inocentes que pueden perjudicarse con la aplicación de sanciones a la persona jurídica, verbigracia los ac-

cionistas, los acreedores, etc. Resulta insuficiente la fórmula del artículo 105 in fine que sólo protege a los trabajadores.

4. Incorporación de lege ferenda, de los mecanismos procesales necesarios para efectivizar la actividad del órgano sancionador.
5. Estudiar los posibles efectos de la opción asumida. En el Perú estas medidas resultan de mediata aplicación, por su desconocimiento entre los operadores del Derecho, como por la ausencia de un procedimiento especial para su ejecución, existiendo por ende un amplio margen librado a la praxis judicial, en ocasiones fuente de arbitrariedad y corrupción. Asimismo, puede dudarse inclusive de su funcionalidad, en atención a que la experiencia europea señala que en ocasiones terminaron aplicándose principalmente a las pequeñas empresas. Dichas consecuencias negativas podrían agudizarse en el caso nacional, de modo tal que las Consecuencias Accesorias llegaran a constituirse en nueva fuente de estigmatización criminal, ahora de la pequeña empresa, confirmando el carácter selectivo y clientelista del Derecho Penal.

Son estos los riesgos que la admisión del modelo importado de las Consecuencias Accesorias entraña.

Bibliografía

1. BAJO FERNANDEZ, Miguel. *Derecho penal económico. Aplicado a la actividad empresarial*. Cívitas, Madrid, 1978.
2. BARBERO SANTO, Marino. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas?" En: *Revista Doctrina Penal. Teoría y práctica en las ciencias penales*. Año 9, n° 35. Buenos Aires, julio-setiembre 1986.
3. BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual de derecho penal, Parte general*, 3ª ed. Ariel, Barcelona, 1989.
4. CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penalespañol, Parte General I. Introducción: Teoría jurídica del delito*, 3ª ed., 2ª reimprección. Tecnos, Madrid, 1988.
5. CURY URZUA, Enrique *Derecho penal, Parte General*, tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982.

32. Bustos, 1989, p. 171.

6. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. "Ofensiva contra el concepto de persona jurídica". En: *Anuario de Derecho Civil*, vol. 14. España, octubre-diciembre 1961.
7. ESPINO PEREZ, Julio. *Código Penal. Concordancias*, 7ª ed. Cultural Cuzco, Lima, 1988.
8. GARCIA RADA, Domingo. *Sociedad anónima y delito*, 2ª ed. Studium, Lima, 1985.
9. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Introducción a la parte general del Derecho Penal español*. Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1979.
10. GRACIA MARTIN, Luis. *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales. El delito integrado de la actuación en lugar de otro y sus consecuencias jurídicas*. Bosch, Barcelona, 1986.
11. HURTADO POZO, José. *Manual de derecho penal, Parte general*, 2ª ed. Eddili, Lima, 1987.
12. JARA F., Gonzalo. "¿Son las personas jurídicas sujetos de sanción penal?" En: *Revista Thémis*, N° 8. Lima, 1987.
13. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal, Parte general*, vol. 1. Traducción y adiciones de derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Bosch, Barcelona, 1981.
14. LECCA FORERO, Gerardo Manuel. *La responsabilidad penal de los directores en las sociedades anónimas*. Tesis para optar el grado de bachiller en derecho y ciencias políticas. Universidad de Lima, Lima, 1990.
15. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal, Parte general (Fundamentos y Teoría del delito)*, 3ª ed. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1990.
16. MONTOYA MANFREDI, Ulises. *Responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas*, 2ª ed. Villanueva, Lima, 1977.
17. MOSCOSO CALLO, Juana Luz. *El acaparamiento, especulación y adulteración como delitos contra la economía en el D. Leg. 123. 2 tomos*. Tesis para optar el grado de bachiller en derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1988.
18. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*. Temis, Bogotá, 1984.
19. OCTAVIO DE TOLEDO, E. y HUERTA TOCILDO, S. *Derecho penal, Parte General. Teoría jurídica del delito (I)*. Rafael Castellanos Editor, s/f.
20. PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de derecho penal, Parte general*, 3ª ed., 2ª reimpresión. Vol. I. Sagitario, Lima, 1987.
21. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Derecho penal y política. Política penal de la dictadura y la democracia en el Perú*. Lima, 1990.
22. STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal, Parte general, I (El hecho punible)*. Traducción de la 2ª edición alemana (1976) de Gladys Romero. Edersa, Madrid, 1982.
23. TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito. Introducción al Derecho Penal económico y de la empresa*. Ariel, Barcelona, 1985.
24. UGAZ SANCHEZ-MORENO, José Carlos. "Quiebra fraudulenta". En: *Separata especial de la Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, Lima, s/f.
25. VILADAS JENÉ, Carles. *Los delitos de quiebra. Norma jurídica y realidad social*. Península, Barcelona, 1982.
26. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Lecciones de Derecho Penal, parte general*. Cultural Cuzco, Lima, 1990.
27. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Sistema penal y reforma. Crisis y alternativa". En: *Diario El Peruano*, sección B, página 15. Lima, 24 de enero de 1991.
28. WESSELS, Johannes. *Derecho penal, parte general*. Traducción de la 6ª edición alemana por Conrado A. Finzi. Depalma, Buenos Aires. 1980.
29. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal, Parte general*. Ediar, Buenos Aires. Tomo III, 1981. Tomo IV, 1982.
30. ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. "Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*". En: *Cuadernos de política criminal*, N° 11, Edersa, Madrid, 1980.

J. ANTONIO DEL POZO VALDEZ

ABOGADO - NOTARIO PUBLICO

HORARIO DE ATENCION

Invierno : 9:00 a.m. - 1:00 p.m.

2:00 p.m. - 5:30 p.m.

Verano : 8:30 a.m. - 12:30 p.m.

1:30 p.m. - 4:30 p.m.

**Begonias 656 Of. 29 "A" - San Isidro Telfs: 422120 - 408128 Fax: 427232
420181 - 412946**



SUPEREMATE

**PRENDAS DE EXPORTACION
DIRECTAMENTE DE FABRICA**

CALLE 5 No.115 - URB. VULCANO

Responsabilidad Civil y Eficiencia Económica: “Matrimonio por Conveniencia”

Alejandro Falla Jara

Jefe de Práctica (Coordinador) del curso de
Derechos Reales.

INTRODUCCION

La vinculación entre el Derecho y la Economía es más real que aparente. Por mucho tiempo tanto economistas como abogados han preferido, por miedo o por simple incapacidad, ignorar las íntimas relaciones que existen entre ambas áreas. El resultado de ello ha sido siempre el mismo: cálculos inconsistentes, propuestas imposibles de implementarse, leyes que fracasan al ser aplicadas, etc.

En este artículo, intentamos lograr un acercamiento a la vinculación existente entre ambas áreas, a propósito del análisis de una de las instituciones jurídicas fundamentales para el funcionamiento adecuado de la economía: la responsabilidad civil extracontractual. Por razones de espacio hemos limitado el análisis de la institución a los aspectos que se relacionan con la eficiente asignación de los recursos, dejando de lado otros aspectos no menos importantes, como por ejemplo los que se relacionan con la distribución de los ingresos.

1. LOS ECONOMISTAS, LAS EXTERNALIDADES Y EL DERECHO

El interés de los economistas por el Derecho nace del estudio de los problemas denominados “efectos externos” (externalidades o efectos de rebosamiento), que han sido la fuente de numerosos cuestionamientos y críticas a la organización del mercado (ROMANI: “L’analisi economica del diritto nella prospettiva dell’economista”, p. 17).

En el modelo económico neoclásico se establece que los bienes y factores productivos tienden a encontrar por sí solos su mejor y más eficiente uso posible (eficiente asignación de los recursos) en el mercado. Al grado máximo de eficiencia que puede ser alcanzado en un mercado de competencia per-

fecta se lo denomina “óptimo de Pareto”, que no es sino la situación en la cual no es posible reasignar el uso de recurso alguno de manera que algún individuo gane sin que otro pierda.

Para que el mercado funcione adecuadamente -y logre alcanzar la eficiencia- se requiere que los precios se formen sin “ocultaciones”, reflejen rigurosamente los costes de todos los recursos escasos utilizados para producir la mercancía o el servicio; esto es, reflejen de modo exacto su costo para la sociedad, de modo que permitan que las personas efectúen (al consumir o producir) una elección informada. Un sistema de precios distorsionado -donde éstos no reflejan los costos reales de los bienes o servicios- induce a decisiones (de consumo o producción) inadecuadas, provocando una ineficiente asignación de los recursos:

“Dado que los precios deben reflejar rigurosamente la escasez, deben cubrir los costes de todos los recursos escasos utilizados para producir una mercancía o servicio. En otro caso, si no se tiene en cuenta todos los costes o utilidades que se generan efectivamente -...-, se efectuará un consumo de aquellos que no se corresponde con las condiciones reales de escasez o abundancia del recurso y se estará impidiendo, por lo tanto, que se logre una combinación óptima, un ajuste adecuado entre oferta y demanda y, en suma, que se lleven a cabo transacciones eficientes”. (TORRES LOPEZ: “Análisis Económico del Derecho”, 34).

En el mismo sentido, Polinsky señala:

"...si se asigna a un artículo un precio superior a su coste de producción, ciertos individuos que valoren el artículo en más que su coste no lo comprarán, lo que es una solución ineficiente; y si se asigna a un artículo un precio inferior a su coste de producción, ciertos individuos que lo valoran en una cantidad inferior a su coste lo comprarán, lo cual también es a su vez una solución ineficiente. Sólo si el precio del artículo es igual a su coste de producción lo comprarán los que lo valoran más que su coste y no lo comprarán los que lo valoran menos. Esto es necesario para lograr un resultado eficiente". (POLINSKY: "Introducción al análisis económico del derecho", 104-105).

En su actuación, tanto individuos como empresas, imponen a terceros una serie de efectos "no contratados": "no cabe duda de que en la conducta individual existen estos efectos externos. De hecho, en estricta lógica, hay muy pocos actos cuyas consecuencias totales recaen sobre el protagonista" (STIGLER: "La teoría de los precios", 133).

Algunas veces estos efectos son beneficiosos (externalidades positivas o economías externas), como: cuando un minero al eliminar el agua de una mina de su propiedad, deseca total o parcialmente la mina de su vecino; o cuando el propietario de una pizzería, que contrata a un grupo musical para entretener a sus clientes, procura música "gratis" a los establecimientos vecinos beneficiando a sus propietarios. Un ejemplo típico de esta clase de externalidades es la capacitación y adiestramiento de la mano de obra: la empresa que invierte en la formación de sus trabajadores, crea un beneficio a favor de las demás empresas, que contratan a algunos de estos trabajadores calificados sin haber soportado el costo de su adiestramiento.

Otras veces los efectos son perjudiciales (externalidades negativas o deseconomías externas) como cuando el propietario de un terreno que decide cultivar plantas que requieren de riego intensivo ("cultivos de inundación", arroz por ejemplo), provoca filtraciones en terrenos vecinos originando la pérdida de plantaciones, la disminución de la productividad de los terrenos o simplemente una limitación en su uso potencial; o cuando un propietario, al intensificar su extracción de agua del subsuelo, provoca la disminución del nivel de agua en los pozos de sus vecinos. La contaminación ambiental producida por las industrias constituye un ejemplo clásico: el humo emitido por las chimeneas

de las fábricas causa no sólo molestias a los vecinos sino que además deteriora su salud, aumenta sus gastos de limpieza, reduce el valor de sus propiedades, etc. Los vehículos automotores, y más precisamente el transporte motorizado, generan una serie de efectos perjudiciales a terceros -que no participan directamente de la actividad-: congestión, contaminación (aire, ruido, contaminación "visual" -depósitos de chatarra, carros abandonados-) y, por supuesto, lesiones y muertes.

Los problemas se presentan cuando los individuos o empresas, al tomar una decisión, no consideran en sus cálculos los efectos externos de su conducta o actividad: puede darse inicio a actividades que resultando beneficiosas para el sujeto, no lo sean para la sociedad o, al contrario, puede no desarrollarse actividades que desde el punto de vista social sería beneficioso desarrollar (ROMANI: Op. cit., 17-21); en otros casos, no tomar en cuenta las externalidades puede llevar a determinar un nivel de operación excesivo o insuficiente en relación al óptimo social (ROWLEY: "El mito del Coste Social", 121). El resultado es siempre el mismo: una mala asignación de los recursos (sobre inversión o consumo, o infra inversión o consumo) (MISHAN: "Los Costes del Desarrollo Económico", 53-55). Baumol describe la distorsión que se produce a nivel de la inversión:

"Se un'impresa o un individuo dà un contributo al benessere sociale senzo riceverne alcun corrispettivo, probabilmente si impegnerà in questa attività in misura minore di quanto lo richiedano gli interessi della collettività. Se la produzione di un certo bene comporta economie esterne, accadrà facilmente che l'impresa privata produrrà una quantità minore della quantità ottimale del bene in questione.

(...) Analogamente, quando vi siano diseconomie esterne di produzione o di consumo, l'impresa privata probabilmente impegnerà risorse in quantità eccessive: produrrà una quantità super-ottimale, in quanto parte del costo dell'operazione grava all'esterno dell'impresa: cioè è sopportato da altri. E notoriamente raro il caso di un'impresa che si astenga dall'espandere le sue attività, perché così facendo aumenterebbe l'inquinamento dell'atmosfera o provocherebbe l'erosione del suolo o l'esaurimento di una risorsa naturale di cui non ha la proprietà

(ad esempio i pesci nel mare).

Riassumendo, le economie e le diseconomie esterne possono condurre ad una cattiva ripartizione delle risorse anche nel mondo della concorrenza perfetta. Le industrie, nelle quali prevalgono diseconomie esterne produrranno in eccesso, mentre si potrà avere una produzione inferiore all'ottimale per i beni la cui produzione comporta economie esterne". (BAUMOL: "Equilibrio generale ed economia del benessere", 89-90)

En situaciones similares a las generadas por las externalidades negativas, donde los "costos sociales" -costos privados más los costos impuestos a otros individuos de la sociedad (terceras personas)- exceden a los "costos privados" -todos los costos incurridos explícita o implícitamente por individuos o empresas- (MILLER: "Microeconomía", 266), los sujetos libres para depender de su propia iniciativa, terminarán, desde el punto de vista de la sociedad, sobre-invirtiéndose o sobre-consumiendo: el precio de los bienes o servicios será demasiado bajo (en tanto no refleja sus costos totales), lo que provocará que la cantidad consumida y producida sea excesiva (MILLER: Op. cit., 561).

La presencia de efectos externos o externalidades -en tanto crea una divergencia entre los costos privados y los costos sociales, entre producto privado y producto social, que impide el correcto funcionamiento del sistema de precios- llevó en el pasado a muchos economistas a cuestionar la posibilidad de que la "libre competencia", el mercado, pueda conducir por sí solo a una eficiente asignación de los recursos; en otras palabras, puso en cuestión uno de los postulados fundamentales de la teoría económica neoclásica. (STIGLER: Op. cit., 131 y 133-135; ROMANI: Op. cit., 17; PIGOU: "Introducción a la Economía", 221-229). Luego de referirse a las externalidades, Pigou concluye:

"...aún ignorando diferencias de riqueza y temperamento entre los individuos, y aún cuando suponemos que la competencia perfecta reina en todas partes, el libre juego del propio interés no llevará al mejor de los resultados posibles para la comunidad en su conjunto -no maximizará, como se decía antaño, la satisfacción agregada-". (PIGOU: Op. cit., 229).

La presencia de externalidades como factor distorsionante del mercado, condujo a algunos a sugerir -idea originalmente desarrollada por Pigou en

su libro "Economía del Bienestar"- la necesidad de la intervención del Estado, quien debía corregir los "fallos del mercado", "internalizando" los costos o los beneficios por medio del mecanismo coercitivo del Derecho (impuestos, subsidios, responsabilidad civil, etc.) (CHEUNG: "El mito del Coste Social", 51-55; TORRES LOPEZ: Op. cit., 27).

Posteriormente, Ronald Coase en su trabajo "El Problema del Costo Social" replanteó el problema - "...se centra en el corazón del problema y no en uno de sus síntomas"(DAHLMAN: "Costi transativi ed esternalità", 62)-, advirtiendo que éste no se originaba propiamente en la existencia de externalidades sino en los impedimentos a la transacción, en los "costos de transacción": si los costos de transacción son nulos, la externalidad será "internalizada" a través de los intercambios que libremente efectuarán en el mercado el productor y el destinatario de la externalidad; en tal circunstancia, la intervención estatal (judicial, administrativa, etc.) no sólo es innecesaria, en tanto se produce una "solución pactada", sino además es del todo irrelevante: sea cual fuere la atribución de derechos, el mercado se encargará de "corregir" toda disposición ineficiente (BURTON: "El mito del Coste Social", 17-19).

Sin embargo, el propio Coase reconocía que tal supuesto -ausencia de costos de transacción- era irreal:

"Para llevar a cabo transacciones de mercado es necesario descubrir con quién deseamos transar, informar a la gente qué deseamos intercambiar y en qué términos, conducir negociaciones que lleven a un convenio, redactar el contrato, llevar a cabo la inspección necesaria para asegurarnos de que los términos del contrato se observan, y demás. Estas operaciones son, a menudo, muy costosas; suficientemente costosas para evitar muchas transacciones que se llevarían a cabo en un mundo en el que el sistema de precios funcionase sin costos". (COASE: Op. cit., 400).

En tales circunstancias -donde los costos de transacción limitan la posibilidad de modificar la asignación de los derechos establecidos por la ley- "la delimitación inicial de los derechos legales tiene un efecto (fundamental) en la eficiencia con que opera el sistema económico" (COASE: Op. cit., loc. cit.), en otras palabras, la eficiencia no podrá ser alcanzada con independencia del Derecho, y su papel será tanto más importante cuanto más altos sean los costos de transacción (TORRES LOPEZ:

Op. cit., 53-55; DAHLMAN: Op. cit., 62-64):

"Por supuesto, si las transacciones del mercado fueran gratuitas, todo lo que importaría (aparte de las cuestiones de equidad) es que los derechos de las distintas partes debieran estar bien definidos y los resultados de las acciones legales fáciles de pronosticar. Pero, como hemos visto, la situación es muy diferente cuando las transacciones de mercado son tan costosas como para hacer difícil cambiar el orden de los derechos establecidos por la ley. En tales casos, la justicia influye directamente en la actividad económica. Parecería entonces deseable que las cortes comprendieran las consecuencias económicas de sus decisiones y pudieran, en la medida en que esto sea posible, sin crear demasiada incertidumbre acerca de la posición legal en sí misma, tomar en cuenta estas consecuencias cuando adoptan sus decisiones. Aun cuando es posible cambiar la delimitación legal de los derechos a través de las transacciones de mercado, es obviamente deseable reducir las necesidades de tales transacciones y reducir así el empleo de recursos para llevarlas a cabo". (COASE: Op. cit., 402-403).

Las implicancias de política económica de los planteamientos de Coase son evidentes: la función de la intervención pública -sistema jurídico- consiste, en primer lugar, en intentar reducir lo más posible los costos de transacción -origen de toda externalidad- y, en segundo lugar, cuando ello sea virtualmente imposible, cuando no puedan ser reducidos los costos de transacción, la función de la intervención pública consiste en decidir la cuestión (asignar los costes y los beneficios, los derechos) tal y como lo habría hecho el mercado, esto es, asignando los recursos a aquella parte en que éstos resulten más valiosos (ROMANI: Op. cit., 18; DAHLMAN: Op. cit., 64; PAZ-ARES: "La economía política como jurisprudencia racional", 619-620).

2. ACCIDENTES, EXTERNALIDADES Y RESPONSABILIDAD CIVIL

Desde un punto de vista económico, el accidente genera una auténtica externalidad (TORRES LOPEZ: Op. cit., 27 y 61):

"...el daño accidental, consecuencia de una conducta que el property right define como prohibida (...) representa un caso especial de externalidad -una interdependencia que no se ha aceptado mutua y voluntariamente- (...). Con la realización del acto dañoso, se produce inexorablemente un cambio -una relación entre el agente y la víctima- de carácter involuntario, pero un "cambio al fin y al cabo". (PAZ-ARES: Op. cit., 654-655).

El accidente "externaliza" (hace externo) una parte del costo de la actividad que lo produce. Una adecuada "contabilidad social" exigiría que, al lado de los costos que recaen directamente sobre el agente que desarrolla una actividad se incluyan también el costo de los perjuicios irrogados a terceras personas como resultado del desarrollo de éstas, a fin de alcanzar una eficiente asignación de los recursos en el mercado:

"Si el problema fundamental de la eficiencia económica ..., consiste en mantener intacto -sin distorsionar el mecanismo de los precios- el mercado, será necesario internalizar correctamente el coste externo del ilícito extracontractual -lo cual, normalmente consistirá en dar ejecución al cambio, para que los precios se formen sin "ocultaciones"-, computando exactamente todos los costes de la actividad (entre los que se incluyen los accidentales). Aunque en realidad, si tenemos en cuenta que el daño se produce en el ámbito de un conflicto entre dos actividades, entre la actividad de la agricultura y la actividad ferroviaria (si tomamos el ya conocido ejemplo en el que las chispas del tren incendian el trigo de la heredad colindante), podemos considerar que el coste del daño ya está (grosso modo) internalizado entre las dos partes del "contrato", faltando únicamente una imputación que sea económicamente correcta". (PAZ-ARES: Op. cit., 655).

En la mayoría de los casos, la correcta "internalización" del costo generado por el accidente, requerido para el funcionamiento adecuado del sistema de precios, no se producirá en el mercado (acuerdos libremente adoptados entre agente y víctima del accidente) debido a la presencia de al-

los costos de transacción:

"La externalidad, en éstos (como en los demás supuestos) se origina debido a los altísimos costes de transacción que hacen prohibitivo el contrato voluntario. Piénsese, por ejemplo, sólo en los casi imposibles costes de información que en la mayoría de los supuestos comportará saber quién será la víctima o, visto desde el otro polo, el agente del daño". (PAZ-ARES: Op. cit., loc. cit.).

El gran número de propietarios de vehículos y peatones -que impide identificar anticipadamente al eventual "contratante"-, la imposibilidad material de reunir a todos los implicados, los problemas de evaluación de los daños, son algunos de los "costos de transacción" que hacen inviable la "solución de mercado" en el caso de los accidentes de tránsito. Problemas similares, e inclusive más complejos se presentan en el caso de los daños al medio ambiente (STIGLER: Op. cit., 138). En general, se puede decir que donde los accidentes -efectos externos negativos- afectan a un gran número de personas, la "internalización" a través del mercado se verá impedida por los altos costos de transacción (DEMSETZ: "Hacia una teoría general de los derechos de propiedad", 65).

En tales circunstancias, donde los altos costos de transacción impiden la voluntaria redistribución de los recursos, se hace necesario el establecimiento de un sistema de responsabilidad civil que determine las condiciones para que sea adecuadamente "internalizado" el coste provocado por el accidente (TORRES LOPEZ: Op. cit., 61), se hace necesario que el ordenamiento jurídico asigne los derechos -"a ser indemnizado" o "a no ser responsable"- tal y como lo habría hecho el mercado, es decir, confiriéndolos a aquella parte en cuyas manos resulten más valiosos (PAZ-ARES: Op. cit., 655-656). Desde el punto de vista de una eficiente asignación de los recursos, la directiva en lo que se refiere a la imputación de los costes del accidente, consiste en la maximización del valor, subespecie en los supuestos de responsabilidad que siempre generan desutilidad, de la minimización de la destrucción de la riqueza (PAZ-ARES: Op. cit., 656).

3. ACCIDENTES, EFICIENCIA Y RESPONSABILIDAD EN EL CODIGO CIVIL

No cabe duda que la eficiencia, entendida como la óptima asignación de los recursos, constituye en nuestro caso uno de los objetivos que debe orientar la política del Estado; éste, por mandato consti-

tucional está obligado a fomentarla y exigirla de los agentes económicos: "El Estado promueve el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad, la racional utilización de los recursos, el pleno empleo..." (art. 110 de la Constitución); "las empresas, ..., son unidades de producción cuya eficiencia y contribución al bien común son exigibles por el Estado de acuerdo con la ley" (art. 130 de la Constitución).

Anteriormente, hemos visto como la responsabilidad civil en el caso de los accidentes, puede desempeñar un papel fundamental en el logro de una eficiente asignación de los recursos. Es por ello que resulta justificado y oportuno, preguntamos por la funcionalidad de nuestras normas de responsabilidad civil extracontractual respecto del objetivo constitucional de la eficiencia: ¿su diseño responde a las exigencias de una racional utilización de los recursos?, ¿tal y como están diseñadas las normas, promueven un funcionamiento adecuado, y más precisamente, eficiente del mercado?

a) Responsabilidad de la empresa

Principal campo de aplicación de la "responsabilidad por riesgo" recogida en el artículo 1970 del Código Civil, la responsabilidad de la empresa o, en otras palabras, la responsabilidad por los daños producidos en el desarrollo de actividades de tipo empresarial (actividad que es fruto de una decisión económica y que presenta un mínimo de continuidad y/o de organización), posee características que la hacen funcional a los requerimientos de una eficiente asignación de los recursos. Son tres los aspectos que la hacen funcional a las exigencias de ésta.

Una de las principales funciones económicas desarrolladas por la responsabilidad por riesgo de la empresa es la de provocar la "internalización" de los daños que la actividad empresarial ocasiona regularmente a terceros, obligando a quien los ejecuta a tomarlos en cuenta, favoreciendo de este modo un adecuado funcionamiento del mercado y permitiendo una asignación óptima de los recursos.

Guido Calabresi, refiriéndose a la empresa y a las exigencias de una correcta asignación de los recursos, decía:

"La correcta asignación de recursos, se opone fuertemente a la asignación, a una empresa, de costos no relacionados con ella (...). Pero además, milita en favor de asignar a una empresa todos los costos que están dentro de su ámbito. (...) El no cargar a una empresa con un costo que surja de ella, lleva a menospreciar el

costo de producir sus bienes; el resultado es que las personas compran más de esos bienes de los que demandarían si su verdadero costo se reflejara en el precio. Por otro lado, colocar un costo no relacionado con el ámbito de la empresa sobre esa empresa, resulta en una sobrevaloración de los costos de esos bienes, y lleva a un bajo nivel de producción. De cualquier modo, el postulado de que las personas están mucho mejor si pueden elegir lo que quieren basándose en lo que cuesta a nuestra economía producirlo, se vería trasgredido". (CALABRESI: "Algunas reflexiones sobre la distribución del riesgo y la responsabilidad civil extra-contractual", 71).

Al obligar a las empresas a "internalizar" todos sus costes de producción -incluido el coste de los accidentes-, se obtiene que el precio de los bienes y servicios producidos refleje íntegramente los costes, condición necesaria para un adecuado funcionamiento del mercado.

Pietro Trimarchi, refiriéndose a la justificación de la responsabilidad objetiva por el riesgo de la empresa, advertía que ésta se encuentra en su función de racionalización del mercado:

"Come è noto, la scelta del "che cosa" e del "come" produrre vengono copiate per lo più in base a criteri economici: si produrre un certo bene, usando un certo metodo di produzione, fin tanto che il reddito lordo che ne deriva supera i costi. Si può dire, in linea di massima e per la maggior parte dei settori produttivi, che tale scelte, compiute nell'ambito delle singole imprese, hanno anche un valore sociale ove il conto dell'attivo e del passivo dell'impresa rispecchi rispettivamente il valore prodotto e il valore distrutto da essa. Ora, è chiaro che del valore distrutto dall'impresa fanno parte non solo le energie lavorative, il materiale impiegato e il logorio delle macchine, ma anche i danni che l'esercizio dell'impresa causa regolarmente a terzi. Perciò occorre concludere che, ove il sistema jurídico non attribuisca all'imprenditore il costo del rischio che egli crea, può accadere che

imprese marginali o settori marginali di impresa siano attivi dal punto di vista del singolo imprenditore, laddove dal punto di vista sociale siano passivi, distruggendo un valore maggiore di quello che producono, e si mantengano in vita solo in quanto una parte del loro passivo sociale, e cioè il costo del rischio da esse introdotto nella società, venga pagato dal pubblico". (TRIMARCHI: Op. cit., 34-39).

En segundo lugar, en la perspectiva de una amplia distribución de las pérdidas -medida que minimiza el impacto económico de los accidentes, reduciendo las pérdidas ocasionadas por éstos-, la "responsabilidad de la empresa" es ideal porque conjuga dos técnicas de distribución: coloca la carga del accidente sobre el asegurador más probable, la empresa, quien a su vez se encuentra en mejor aptitud para esparcirla entre los consumidores y propietarios de los recursos, a través de los precios que cobra por los bienes que vende y los precios que paga por los recursos que compra. (CALABRESI: "El Coste...", 65-69; "Algunas reflexiones...", 73-74):

"...en razón de su carácter de actividad organizada y su papel protagonista en el mercado, la empresa es la que mejor está en aptitud de diluir dentro del todo social las consecuencias económicas del riesgo que crea, a través de los precios y del seguro: la incidencia de los riesgos es calculable (como se calculan las malas deudas) y puede ser incorporada al costo de producción; los riesgos son asegurables; y las primas del seguro son un costo tributariamente deducible y comercialmente incorporable también al precio de los bienes o servicios que son resultado de la actividad productiva". (TRAZEGNIES: Op. cit., T I, 167).

En tercer y último lugar, la responsabilidad de la empresa tiene la virtud de colocar "la incomodidad económica" en quien generalmente se encuentra en mejor condición ya sea para evitar la producción de los accidentes como para reducir su gravedad (TRAZEGNIES; Op. cit., T I, 167-168), en otras palabras, la responsabilidad de la empresa promueve la reducción del coste de los accidentes a través de su efecto "deterrence".

b) "Responsabilidad Vicaria"

La funcionalidad de las normas respecto de las exigencias teóricas de la eficiencia, no se agota en la norma antes citada; si realizamos una relectura de las "viejas normas" del Código Civil, a la luz de la teoría de la asignación de los recursos, descubriremos que algunas de ellas se adecúan perfectamente a las necesidades de ésta, lo que a su vez les proporciona un fundamento, una justificación, más racional al que usualmente han tenido.

Analicemos en primer lugar el caso de la responsabilidad del empleador por los daños causados por sus dependientes (art. 1981). Una correcta asignación de los recursos, requiere que se impute a los patronos o empleadores el costo de los daños ocasionados a terceros por sus sirvientes o dependientes en el curso de su empleo. Sea que de la actividad resulte o no un beneficio para el patrón, sea que se encuentre autorizada o no por el patrón, sea que el daño se produzca por negligencia o no del sirviente, todos los perjuicios causados por el dependiente que surgen del o durante el curso del empleo deberían, según esta teoría, originar la responsabilidad del empleador:

"El costo de una actividad no es menos real porque un empleado no fue autorizado para asumirlo, o porque actuó voluntariamente. Si surgiera de una empresa debería ser tan adjudicable a esa empresa como los daños por negligencia; ambos deberían reflejarse en los precios". (CALABRESI: "Algunas reflexiones...", 91).

El artículo 1981 del Código Civil, en la medida que hace al "principal" responsable objetivamente por los daños causados por su "servidor" -haya o no mediado culpa en éste-, responde adecuadamente a las exigencias de una óptima asignación de los recursos.

Adicionalmente, la "responsabilidad vicaria" posee la virtud de trasladar la pérdida a quien usualmente se encuentra en mejor aptitud para difundir ésta de modo tal que no se generen innecesarios costos secundarios (TRAZEGNIES: Op. cit., T I, 480-481; CALABRESI: "Algunas Reflexiones...", 73-84 y 90-91). Este último señala:

"El empleador es el mejor asegurador, tanto porque es capaz de obtener un seguro a tasas más bajas como porque está más consciente del riesgo. Consecuentemente, él es el mejor y principal distribuidor del riesgo. El costo del seguro se transfiere normalmente en parte al costo de la mano de obra y de ese modo se

distribuye hacia atrás. En parte es distribuido hacia adelante, a los consumidores, a través de ajustes de precios y producción. El saldo, luego de un período de transición, es distribuido hacia adelante en todas las industrias salvo las monopólicas. Así, se logra una distribución muy amplia, tanto primaria como secundaria. Además, por supuesto, lo que no se distribuye puede justificarse tanto por los fundamentos del impuesto al monopolio, como por las nociones más amplias de la buena bolsa, que enfatizan la posición financiera generalmente más fuerte de los patronos frente a los trabajadores". (CALABRESI: Op. cit., 90).

En este contexto, la responsabilidad del empleador se justifica plenamente -desde un punto de vista económico y constitucional- por la racional utilización de los recursos que genera.

Esta reformulación -"refundación"- de la "responsabilidad vicaria", en opinión de algunos podría ser objetada: la acción de repetición que ha sido concedida al empleador que asume el costo del accidente (art. 1981: "El autor directo y el autor indirecto están sujetos a la responsabilidad solidaria..."; art. 1983: "Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros...") contradice, y trae a tierra, el argumento de la asignación de los recursos.

Como diría Fernando de Trazegnies:

"...el Derecho se supone que es un sistema razonable de regulación de conductas razonables, que persigue fines razonables y que es aplicado por personas razonables. (...) Un Sistema Jurídico compuesto por normas sin explicación, que no son consistentes entre sí y que se aplican de manera ritual con independencia de su sentido dentro del contexto, crearía simplemente un mundo de locos". (TRAZEGNIES: Op. cit., T II, 141).

Producto de una interpretación literal y formalista, la opinión antes glosada, que pretende la existencia -en todo supuesto- de una acción de repetición a favor del empleador, engendra "un mundo de locos". Además de dar lugar a una serie de situaciones bastante curiosas y difícilmente jus-

tificables -derivadas de la aplicación del artículo 1983- (TRAZEGNIES: Op. cit., T I, 498), dicha interpretación desfigura totalmente el sentido de la responsabilidad del empleador, privando de toda justificación al artículo (primera parte): aquél que tenga a otro bajo sus órdenes no responde verdaderamente por los daños que causa éste último, ya que siempre puede repetir contra él (TRAZEGNIES: Op. cit., T I, 499). ¿Qué sentido tiene entonces el artículo 1981?, ¿qué razón existe para hacer "responsable" al empleador?

Para algunos, el artículo podría encontrar su justificación en el deseo de facilitar a la víctima el logro de una indemnización: el empleador responde por razones de garantía, sólo garantiza el pago de la indemnización. Si el único propósito de la responsabilidad civil fuera proveer una indemnización adecuada a las víctimas, no habría más que añadir; salvo que quizás hubiera sido más conveniente atribuir la responsabilidad en estos casos a un banco o a una empresa financiera. Pero a este objetivo se añaden tanto la prevención de los accidentes como la distribución de las pérdidas derivadas de los mismos, objetivos que exigen que el costo del accidente recaiga en quien se encuentra en mejor aptitud tanto para distribuir la pérdida como para prevenir los accidentes; no cabe la menor duda que el trabajador dependiente está lejos de satisfacer ambas condiciones.

La interpretación propuesta de la norma, no es compatible con todos los propósitos perseguidos por nuestro sistema de responsabilidad civil. Ensayemos brevemente una interpretación que conjuge el texto de la norma con todos -y no sólo con uno de ellos- los propósitos perseguidos por la responsabilidad civil.

Los problemas se originan al aplicar a los supuestos de "responsabilidad vicaria" las reglas contenidas en el artículo 1983, que regula las relaciones internas entre los varios responsables de un daño. Esta norma ha sido pensada en función a un sistema de responsabilidad estrictamente subjetivista, donde la culpa era el único principio atributivo de responsabilidad (TRAZEGNIES: Op. cit., T I, 539); de allí que no resulte asombroso que en su extensión a supuestos diversos (de responsabilidad objetiva) genere problemas y distorsiones (TRAZEGNIES: Op. cit., T I, 539-542). Es por esta razón que consideramos que este artículo no es de aplicación al supuesto de "responsabilidad vicaria", donde rigen exclusivamente los principios de responsabilidad objetiva.

No existiendo norma expresa que regule la relación interna entre empleador y trabajador en el caso de la "responsabilidad vicaria"-el artículo 1981 regula específicamente las relaciones entre éstos y la víctima-, el problema debe ser resuelto en fun-

ción a los principios y objetivos que orientan la responsabilidad civil en nuestro Código. De acuerdo con ellos, es posible concluir que el empleador sólo tendrá derecho a repetir contra el trabajador cuando éste haya ocasionado el perjuicio con dolo o culpa; en este caso, el traslado de la pérdida al trabajador se justifica como medida de prevención de las conductas negligentes; en este caso, el objetivo de una amplia distribución de los riesgos es sacrificado en aras de lograr una reducción en el número y la gravedad de los accidentes. Si bien de esta forma se trasgrede la coherencia teórica de una eficiente asignación de los recursos -que exigiría que el empleador siempre soporte el costo de los daños causados por sus dependientes, hayan o no actuado estos con culpa-, en la práctica se tiende a un resultado igualmente "eficiente": se traslada la pérdida a quien puede evitar el daño al menor costo, generando un incentivo para la reducción del número y gravedad de los accidentes.

De todo esto podemos deducir que, la acción de repetición con que cuenta el empleador en determinadas circunstancias, no invalida a la eficiencia en la asignación de los recursos como fundamento de la "responsabilidad vicaria".

c) Daños causados por las cosas inanimadas: el automóvil

También es posible descubrir una adecuación de la norma a las exigencias teóricas de la asignación de los recursos, en los supuestos de daños causados por las cosas inanimadas: caída de edificios (art. 1980) y bienes riesgosos (art. 1970).

El automóvil, y en general el transporte motorizado ha dado lugar a un vasto cuadro de problemas que se presentan en las sociedades modernas: contaminación del medio ambiente (humo, polvo, ruido, olores), congestión y demora, decaimiento urbano y, sin lugar a dudas, un número cada vez mayor de muertos y mutilados que originan los accidentes de tránsito:

"El sacrificio de uno o dos individuos por parte de las comunidades primitivas, con la creencia de que esto aseguraba una buena cosecha, parece humano en comparación con la decisión implícita de matar varias decenas de millares cada año con el fin de mantener el placer del automovilismo".
(MISHAN: Op. cit., 103).

Desde un punto de vista económico, estos problemas tienen su origen en la distorsión generada por la discrepancia entre "costo social" y "costo privado": gran parte de los costos vinculados al transporte motorizado no recaen ni son soportados di-

rectamente por los usuarios, sino que son im-
puestos a muchas personas que no usan ni partici-
pan directamente en el desarrollo de la actividad
(PARRY LEWIS: "Economía Urbana", 113-125;
THOMPSON: "Un Prefacio a la Economía Urbana",
428; MISHAN: Op. cit., loc. cit.). Como dirían North
y Miller:

"...el automóvil en sí no es el culpable; si se le dejara solo, únicamente congestionaría estacionamientos. La parte culpable que crea todos estos problemas es el "propietario" del automóvil, quien soporta sólo los costos privados del manejo de su vehículo, mientras que se ríe de todos los costos sociales que se acumulan con cada kilómetro que anda en su coche". (NORTH-MILLER: Op. cit., 87).

Dados los altos costos de transacción que rodean a muchos de los problemas generados por la circulación de los vehículos -piénsese en las dificultades inherentes a una transacción entre los conductores y las potenciales víctimas de un accidente-, la intervención del Estado, a través del Derecho, se hace necesaria:

"Debido a que el marco institucional se halla retrasado en muchos aspectos esenciales con respecto a los acontecimientos económicos, se hallan bajo la ilusión de que han elegido libremente el automóvil privado como vehículo del futuro. (...) Sin embargo, lo que en realidad está clamando por su modernización no es la tecnología, sino el marco institucional de la economía. Hasta que logremos modernizar este marco institucional seguiremos encontrando dificultades para introducir, en los términos de la elección a la que deben enfrentarse los individuos, diversos costes sociales que escapan a una contabilización tradicional. Dentro de un marco institucional que, entre otros efectos, posee el de obligar a los automovilistas a cargar con la totalidad de los costes sociales, incluyendo los pagos compensatorios por reducir la comodidad de los demás, el problema del tráfico se solucionaría por sí mismo". (MISHAN: Op. cit., 105).

Dentro de esta óptica, podemos decir que el artículo 1970 del Código Civil, que establece la responsabilidad objetiva del propietario del vehículo (bien riesgoso o peligroso) por los daños irrogados a terceros, se adecúa perfectamente a las exigencias de una óptima asignación de los recursos, pues obliga a los automovilistas a tomar en cuenta, a internalizar, el coste de los accidentes vinculados al desarrollo de su actividad.

Una situación similar -guardando las distancias- se presenta en el segundo de los casos citados (daños ocasionados por la caída de edificios). El artículo 1980 del Código Civil, al haber establecido la responsabilidad objetiva del propietario del edificio, favorece la "internalización" de algunos de los costos vinculados con la propiedad de edificios -en este caso, los daños que su caída ocasionan a terceros-, solución del todo funcional a los requerimientos de la teoría de la asignación de los recursos.

Adicionalmente, en ambos casos -bienes riesgosos (art. 1970) y caída de edificios (art. 1980)-, se ha imputado la pérdida al sujeto que usualmente se encuentra en mejor aptitud para contratar un seguro: el propietario del bien -quien está en condiciones de asegurarse a un menor costo, y cuenta con mayor acceso a información referida al riesgo y a los eventuales daños que se derivan de la utilización de dichos bienes-. De este modo, se alcanza cierto grado de fraccionamiento de la pérdida, evitándose los nefastos resultados de su concentración -"en el seguro privado concurren normalmente, un fraccionamiento temporal de los daños, un limitado fraccionamiento personal de los mismos o comunidad de riesgos y un cierto grado de concentración de pérdidas conforme a la probabilidad de los siniestros"(CALABRESI: "El Coste...", 62)-. Trazegnies, refiriéndose al primero de los supuestos, señala:

"Desde la perspectiva de la difusión del peso económico del daño ..., esta última interpretación que responsabiliza al propietario sería interesante (...).

Decimos que la interpretación es interesante porque usualmente es el propietario quien se encuentra en mejor aptitud para utilizar ese mecanismo difusor que es el seguro". (TRAZEGNIES: Op. cit., T I, 459).

En lo que se refiere a la eficiente utilización de los recursos que las normas promueven, el panorama quedaría incompleto si dejáramos de mencionar la función de prevención que desarrollan ambas modalidades de responsabilidad: en ambos supuestos se ha trasladado la pérdida a quien usualmente se encuentra en mejor condición para evitar

la producción de los accidentes, el propietario del bien, generando en éste un incentivo económico para la adopción de las medidas necesarias que tiendan a reducir su frecuencia o gravedad.

4. EL FRACASO SOCIAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA EFICIENTE UTILIZACION DE LOS RECURSOS

"Del dicho al hecho, hay mucho trecho", dice un conocido refrán popular, inspirado tal vez en la realidad del Derecho en nuestro país. Luego de hacer una breve revisión de algunas de las normas contenidas en el Código Civil y de reconocer sus teóricos efectos positivos en términos de asignación de los recursos, es momento de preguntarnos por lo que efectivamente está sucediendo en la práctica con nuestro sistema de responsabilidad civil, por la eficiencia efectivamente promovida por el sistema.

Procedimientos judiciales largos y caros, así como "indemnizaciones" por sumas irrisorias -que en ocasiones, en procedimientos en los que se pretendía una indemnización por los daños derivados de pérdida de una vida humana, han llegado a ser inferiores a 10 dólares-, han generado una situación en la cual "nadie paga el costo de los accidentes que causa" y en donde son las víctimas quienes soportan íntegramente el costo de los accidentes.

En términos económicos, la situación generada por el fracaso del sistema de responsabilidad civil en nuestro país resulta del todo ineficiente. Son varios los aspectos que conducen a un desperdicio de recursos o a una mala asignación de éstos. En primer lugar, se desperdicia gran cantidad de recursos públicos y privados en la administración del sistema de responsabilidad civil (costos administrativos), que bien podrían emplearse de forma productiva -salvo que se admita como justificación para este desperdicio la necesidad de que existan suficientes juicios como para dar de comer a algunos abogados litigantes, jueces y agentes de seguros, como ha sugerido Guido Calabresi-. En segundo lugar, en una situación como la que existe actualmente en el país, no se induce a los sujetos a poner en práctica medidas idóneas dirigidas a reducir el número y gravedad de los accidentes; en otras palabras, no se incentiva la reducción futura del coste de los accidentes. En tercer lugar, se incrementa innecesariamente el costo social de los accidentes, al concentrar injustificadamente las pérdidas derivadas de los mismos en las víctimas. En cuarto lugar, se distorsiona totalmente el sistema de precios -en tanto que en dicho contexto, el precio de los bienes y servicios no refleja el costo de los accidentes que su producción involucra, costo que permanece oculto e ignorado tanto por su productor como por el consumidor-, falseando el mercado y dando lugar a decisiones (de producción y

consumo) ineficientes.

No es éste ni el lugar ni la ocasión adecuada para efectuar un análisis de los factores que han conducido al fracaso de la responsabilidad civil en nuestro país. Basta aquí señalar que si bien se vincula con la existencia de una "administración judicial ineficiente"-desconocimiento total de los efectos de la inflación sobre los procedimientos, generalizada tendencia a subvalorar los daños, etc.-, el fracaso, es sobre todo producto de los altos "costos administrativos" propios de la actual configuración y estructura del sistema de responsabilidad civil extracontractual.

CONCLUSION

Vivimos en un mundo de recursos limitados. Desperdiciar los escasos recursos que tenemos no sólo es irracional sino además, como señalaba un conocido autor, "injusto". Las instituciones jurídicas pueden y deben ser diseñadas y puestas en operación de modo que sirvan al logro de una eficiente asignación de los recursos -lo que no implica necesariamente que éste deba ser el único objetivo a tomar en cuenta-. Mientras que abogados y economistas no seamos conscientes de la conveniencia de ello, no será posible un adecuado desarrollo económico.

Bibliografía

ALPA, Guido y BESSONE, Mario: *"La Responsabilità Civile. Illecito per colpa. Rischio d'impresa. Assicurazione"*. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1976. 486 pag.

ALPA, Guido, PULITINI, Francesco, RODOTA, Stefano y ROMANI, Franco: *"Interpretazione giuriduca e analisi economica"*. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1982. 655 pag.

BAUMOL, William: *"Equilibrio generale de economia del benessere"*. En: *"Interpretazione giuriduca e analisi economica"*. pag. 74-101.

BREIT, William y HOCHMAN, Harold: *"Microeconomía"*. México, Interamericana S.A., 1973. Segunda edición. 459 pag.

CALABRESI, Guido: *"El Coste de los Accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil"*. Barcelona, Ariel S.A., 1984. 349 pag.

CALABRESI, Guido: *"Algunas reflexiones sobre la distribución del riesgo y la responsabilidad civil extracontractual"*. En *"Ius Et Veritas"*, revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año II, No. 3, noviembre 1991. pag. 61-97.

COASE, Ronald: *"El problema del costo social"*. En: BREIT-HOCHMAN: *"Microeconomía"*. pag. 392-417.

COMPORTI, Marco y SCALFI, Guianguido: *"Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria"*. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1988. 144 pag.

CUANTO: *"El Perú en Números"*. 1992.

CHEUNG, Steven, BURTON, John y ROWLEY, Charles: *"El mito del Coste Social. Crítica de la Economía del Bienestar y de sus implicaciones políticas"*. Madrid, Unión Editorial S.A., 1980. 132 pag.

DAHLMAN, C. J.: *"Costi transativi ed esternalità"*. En: *"Interpretazione giurídica e analisi economica"*, pag. 53-65.

DEMSETZ, Harold: *"Hacia una teoría general de los derechos de propiedad"*. En: *Información Comercial española*, No. 557, enero de 1980, pag. 59 y sgts.

MILLER, Roger Le Roy: *"Microeconomía"*. Bogotá, Ed. Mc Graw-Hill Latinoamericana S.A., 1980. 610 pag.

MISHAN, E. J.: *"Los costes del desarrollo económico"*. Barcelona, Oikos-Tau Ediciones, 1971. 250 pag.

NORTH, Douglass y MILLER, Roger Le Roy: *"Análisis económico de la usura, el crimen, la pobreza, etcétera"*. México, Fondo de Cultura Económica, 1976. 184 pag.

PARRY LEWIS, J.: *"Economía Urbana. Diferentes enfoques"*. México, Fondo de Cultura Económica, 1984. 245 pag.

PAZ-ARES, Cándido: *"La economía política como jurisprudencia racional. Aproximación a la teoría"*

económica del derecho". En: *Anuario de Derecho Civil*, 1981. pag. 601-707.

PIGOU, Arthur C.: *"Introducción a la Economía"*. Barcelona, Ariel S.A., 1974.

PIGOU, Arthur C.: *"La Economía del Bienestar"*. Madrid, M. Aguilar, 1946. 720 pag.

POLINSKY, Mitchell: *"Introducción al análisis económico del Derecho"*. Barcelona, Ariel S.A., 1985. 149 pag.

ROMANI, Franco: *"L'analisi economica del diritto nella prospettiva dell'economista"*. En *"Interpretazione Giurídica e Analisi Economica"*, pag. 16-20.

STIGLER, George: *"La teoría de los precios"*. Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1968. 441 pag.

THOMPSON, Wilbur: *"Un prefacio a la Economía Urbana"*. Barcelona, Ed. Gustavo Gili S.A., 1971. 521 pag.

TORRES LOPEZ, Juan: *"Análisis Económico del Derecho. Panorama doctrinal"*. Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1987. 108 pag.

TRAZEGNIES, Fernando de: *"La responsabilidad extracontractual"*. Biblioteca "Para leer el Código Civil". Vol. IV, 2 tomos. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú - Fondo Editorial, 1988.

TRIMARCHI, Pietro: *"Rischio e Responsabilità Oggettiva"*. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1961. 379 pag.

TRIMARCHI, Pietro: *"Istituzioni di Diritto Privato"*. Milano, Dott. A. Giuffrè, 1977. Tercera edición. 943 pag.

TRIMARCHI, Pietro: *"La responsabilidad del fabricante"*. En: *"Responsabilità Civile e assicurazione obbligatoria"*. pag. 44-58.

Becerra Palomino Carlos Enrique

**ABOGADO
NOTARIO DE LIMA**

ATENCION: LUNES A VIERNES

8:30 am. A 1 pm.

2 pm. A 5:30 pm.

CHINCHON 601 - SAN ISIDRO

Alt. Cdra. 34 Av. Petit Thouars

Cdra. 8 Av. R. Navarrete

Espalda Cdra. 5 Av. Juan de Arona

☎ 42-3157

42-0097 • 42-4809

**NOTARIA PUBLICA
RAMON ESPINOZA GARRETA
ABOGADO - NOTARIO DE LIMA**

**Las Begonias 552 Of. 39 San Isidro - Telfs. 423151 - 423261
Lunes a Viernes: 9 am. a 1 pm. y 2 pm. a 6 pm.**

Algunos apuntes sobre la informalidad y la responsabilidad por productos defectuosos*

José Luis Godoy Martínez.

Alumno del 6º ciclo de la Facultad de Derecho de la PUC.

1. Consideraciones Previas

1.1. El llamado Sector Informal

El sector informal, o mejor dicho, el sector que practica la informalidad¹ está dado por aquel excedente del elemento humano que, al ver truncas sus posibilidades de acceso al mundo empresarial formal, busca otras formas de auto-emplearse y así lograr subsistir. Hablamos de elemento humano ya que generalmente siempre se ha tratado de establecer una identidad entre el sector informal y la mano de obra que no logra obtener colocación en las empresas formalmente constituidas, lo cual es discutible. Existen personas -y no son pocas- que podrían haberse constituido en pequeños y medianos empresarios pero que también se vieron excluidos del sistema, por lo cual, lejos de abandonar la idea de hacer empresa, la hacen pero dentro del esquema de la informalidad. Por ello, hablar de "mano de obra" sería hablar sólo de una parte del sector informal.

A su vez, debemos señalar que dicho sector resulta ser muy heterogéneo en cuanto a las actividades que realiza o a las dimensiones de la empresa emprendida, no podemos "meter a todos dentro de un mismo saco". En este sector, que abarca tanto

actividades de comercio como de industria y de prestación de servicios, podemos encontrar desde un niño que sube a los micros a vender chocolates hasta un cambista de dólares; desde un gasfitero hasta un tipo dedicado a realizar copias "pirata" de videos y cassettes.

Cabe señalar que una característica que sí les es común es que al no operar dentro del esquema formal, se hallan también fuera del marco legal, son ilegales, lo que trae como consecuencia su difícil acceso a sistemas de crédito, de seguros, y a actividades económicas que para desarrollarse necesitan forzosamente del esquema formal, así por ejemplo, la importación de tractores. Sin embargo, al hablar de ilegales no hacemos alusión a delinquentes; aquello a lo que apuntan los informales es a llevar a cabo actividades que la sociedad necesita, una actividad que también practicarían si estuvieran en el marco formal. Tal como lo señalan Bustamante, Chávez, Grompone, Machacuay y Riofrío, "...la informalidad constituye un fenómeno masivo de desapego al cumplimiento de la ley que caracteriza a agentes económicos que no tienen la intención de delinquir"². En nuestro estudio, pues, dejaremos de lado actividades tales como el tráfico ilícito de drogas lo que sí constituye un ilícito que no puede membretarse bajo el rubro de "informali-

* Agradecimiento especial al Dr. Alfredo Bullard G. por su invalorable ayuda.

1. Nosotros también asumimos la posición de Hernando de Soto quien señala que "No son informales los individuos, sino sus hechos y actividades. La informalidad no es tampoco un sector preciso ni estático de la sociedad, sino una zona de penumbra que tiene un larga frontera con el mundo legal y donde los individuos se refugian cuando los costos de cumplir las leyes exceden a sus beneficios". (Hernando de Soto. *El Otro Sendero*. Lima, ILD. Séptima edición. 1987, p. 12) Ejemplo de los últimos lo tenemos en la evasión tributaria de los formales o la "contratación" de practicantes y aprendices sin mediar un contrato de aprendizaje expreso.

2. Bustamante, Alberto; Chávez, Eliana; Grompone, Romeo; Machacuay, Samuel; Riofrío, Gustavo. *De Marginales a Informales*. Lima, DESCO, 1990. p. 19.

dad". Existen, no obstante, zonas grises tales como la prostitución o el contrabando, para lo cual tendrá mucho que ver el cómo las considera la sociedad. En una sociedad como la peruana, el contrabando es tolerado y hasta alabado por un hombre promedio, en tanto que, dados los esquemas de valores religiosos y morales, principalmente católicos, la prostitución es vista como un delito, a pesar de ser ejercida en muchos casos con permisos municipales. Esto nos lleva a señalar también, que existen actividades para las cuales el Estado ha creado "sistemas legales de excepción", con lo cual los informales pueden seguir realizando sus actividades pero sin acceder necesariamente a un verdadero sistema legal que los proteja de igual manera que al formal; tal es el caso de la "sisa" instaurada por los gobiernos locales³.

En las siguientes líneas, trabajaremos con este concepto de informalidad, excluyendo las actividades delictivas pero además incluyendo al contrabando, ya que éste, al ser practicado, no genera a la sociedad la impresión de estarse perpetrando un delito -aunque formalmente así sea- sino que por el contrario la sociedad lo incentiva y lo apoya en cierta medida.

1.2. Naturaleza Contractual o Extracontractual de la responsabilidad por productos defectuosos.

Siempre se ha pretendido encasillar la responsabilidad por productos defectuosos, ya sea en el ámbito contractual o en el extracontractual. Sin embargo, a nuestro entender, dichos "reinos" no son incompatibles sino que pueden suscitarse a la vez en una misma relación entre proveedor y consumidor. Veamos un ejemplo: A compra a B una linterna, la cual adolece de un defecto de fabricación que la hace inservible. En este supuesto, la responsabilidad por producto defectuoso debe ser entendida como contractual: la prestación cuya ejecución estaba a cargo de B (dar una linterna) no se ha constituido en pago, ya que ella no ha satisfecho el interés de A dándose el incumplimiento de aquello que las partes habían regulado por autonomía privada. Pero, ¿qué sucedería si la linterna comprada por A a B explotara al momento de ser encendida dejando manco y ciego a su comprador? Es evidente que en este supuesto nos hallaríamos -además- ante un caso de responsabilidad extracontractual. ¿Cuál es la diferencia con el primer supuesto? En el primer supuesto el daño está dado al ser lesionado el interés de A en tanto es parte de una relación contractual, y en tanto dicha

prestación (dar la linterna) estaba en función del interés de A, el cual no ha sido satisfecho, ergo, se atenta contra el contrato mismo. En el segundo supuesto, el daño va mucho más allá del interés contractual de A; a quien más que como contratante se le lesiona en tanto es parte de la sociedad. En buena cuenta, se está lesionando además un interés social: el bienestar de sus miembros sustentado por el deber genérico de no causar daño a otros. En el caso mencionado existe, pues, tanto responsabilidad contractual como extracontractual por parte de B.

Existen además supuestos en los que sólo se da responsabilidad extracontractual por productos defectuosos. Así por ejemplo, A compra una silla a B quien olvida señalar la advertencia de no pararse sobre ella debido a su frágil base⁴ (pararse sobre una silla puede considerarse un uso previsible del producto)⁵. C, amigo de A, ayuda a éste a cambiar un foco de luz para lo cual se sube sobre la mencionada silla la cual no puede resistir su peso y se destruye ocasionando la caída y consecuentes lesiones a C. No existe relación contractual alguna entre B y C, ni puede decirse que A haya actuado como "proveedor" del producto. Este caso escapa del ámbito contractual. Supuestos como estos nos llevan a señalar que la responsabilidad extracontractual por productos defectuosos debe ser entendida entre el proveedor y el consumidor, entendiéndose por este último a todo aquél que hace uso o consume un producto expendido por el proveedor, y no reducir el esquema sólo al comprador, ya que de ser así, estaríamos asumiendo que en cada caso de responsabilidad extracontractual existe de antemano también un problema de responsabilidad contractual.

En resumidas cuentas, y a riesgo de haber hecho un análisis demasiado general del problema, éste radicaría en ver que interés se ve lesionado, aunque en varios casos tanto el interés social como el privado lo serán. La responsabilidad por productos defectuosos deviene así en un gran género conformado por dos especies: una contractual, que surge como consecuencia de haberse lesionado intereses particulares que forman parte de una relación constituida por autonomía privada; y otra, extracontractual que está dada por la lesión de un interés social que se concretiza en uno, en varios, o en todos sus miembros, y que es necesario tutelar para hacer posible la vida en sociedad. En las siguientes líneas se pondrá mayor énfasis en la responsabilidad extracontractual por productos defectuosos.

3. Hernando de Soto. Op.cit. p. 13 y 73. La sisa consisten en el pago a los gobiernos locales de un "impuesto" por el uso de la vía pública para comerciar.
4. La falta de advertencia no constituye propiamente un defecto del producto, por lo menos no en su esencia, sino más bien la forma como éste es puesto en el mercado.
5. El uso previsible de un producto no implica que sea el uso normal del mismo. Un lápiz es hecho para escribir, ése es su uso normal. Pero es previsible que los niños de las escuelas primarias lo utilicen como mondadientes. Si el material con el que se elaboró dicho lápiz es tóxico, el productor deberá indicar que no debe llevarse el lápiz a la boca. Lo mismo ocurre con la silla: es diseñada para sentarse (uso normal) pero es previsible que alguien se pare sobre ella.

2. Fracaso del Sistema de Regulación Administrativa en el Perú

Se tiene que, para evitar un mayor número de accidentes ocasionados por la puesta en el mercado de productos defectuosos, los Estados adoptan ciertos sistemas de control con los cuales, mediante el aparato administrativo estatal, se regula el ingreso al mercado de las empresas, las cuales para poder operar deberán reunir ciertos requisitos y cumplir con ciertas exigencias. La actividad empresarial no se ve desalentada. Al menos no es éste el fin perseguido, sino únicamente desincentivar algunos aspectos o formas de llevar a cabo el proceso productivo que generarían daños y así ser sustituidos por otros, o, que de mantenerse aún así el proceso potencialmente nocivo, se asuman los costos reales de dicha elección, dentro de los cuales se encuentran los concernientes a la responsabilidad por productos defectuosos.

En el Perú se ha suscitado una deformación de lo antes expuesto. Con el correr del tiempo, y de manera cada vez más asfixiante, las exigencias de la administración para poder lograr ingresar al mercado han ido aumentando irracionalmente; los costos administrativos que implica dicho ingreso no sólo provocaron un efecto desincentivador de los aspectos nocivos de la producción sino también de la actividad misma. Lo paradójico del asunto es que esta patológica deformación del rol que debe cumplir el sistema administrativo de controlar el acceso al mercado no se debe a que se pretenda tutelar a como dé lugar los intereses de la sociedad y desincentivar actividades que de llevarse a cabo serían altamente perjudiciales, sino que simplemente se busca con ello subvencionar el inmenso aparato burocrático estatal.

Siendo excesivamente costoso ingresar al sistema, sólo aquellos que puedan costearlo o que además necesiten imperativamente ser parte del mismo para, por ejemplo, lograr créditos, alcanzarán su propósito. Al ser reducido el mercado y no poder satisfacer la gran demanda -ya que existe un gran vacío que debió haber sido cubierto por los que no pudieron ingresar al sistema- se debería generar un incremento en la producción de las empresas. Pero, para completar el absurdo, se tiene que no es suficiente haber ingresado al sistema sino que es necesario mantenerse dentro de él, lo

cual acarrea a su vez elevados costos que el empresario debe internalizar en sus precios, truncándose así la posibilidad de expandir su mercado y aumentar su producción.

Ahora bien, hay una gran necesidad por parte de la sociedad de estas actividades absurdamente desalentadas; a su vez, quedan aún todos aquellos a los cuales les fue imposible ingresar al mercado y que no van a quedarse con los brazos cruzados. El esquema administrativo comienza a resquebrajarse creándose una economía paralela, la informal, que escapa de éste esquema. Dicho sistema ha pasado a ser obsoleto, ha fracasado, ha devenido en ineficaz debido al irracional exceso de los costos administrativos que acarrearán el acceso y la permanencia en el mercado. El control -al menos en teoría- sólo existe para los formales, los cuales estarían dispuestos a adoptar alguna forma de evadirse de éste. En la práctica tanto los formales como los informales no internalizan sus costos reales, sin embargo los costos de los primeros son mucho más elevados que los de los segundos; si el sistema funcionara la diferencia sería abismal en perjuicio de los formales.

El ser informal, tal como lo señala Hernando de Soto, implica también ciertos costos⁶, pero el acelerado crecimiento del sector informal que se ha venido dando nos indica que dichos costos son sobrellevables, y en todo caso no son comparables con los costos asumidos por los formales. De otro lado, existen costos que el informal debería asumir pero que no lo hace, siendo éstos subvencionados por los consumidores, tal es el caso de la responsabilidad por productos defectuosos. Al informal no le interesará jamás dejar su informalidad si en ella ve reducidos considerablemente sus costos. El meollo del asunto no está en una política represiva del sector informal con el propósito de desincentivar su crecimiento, sino en una que lleve a los informales a asumir los costos reales que conlleva su informalidad, entre ellos, el costo de los daños causados por productos defectuosos; así, como lo señala Calabresi, el daño causado por las actividades económicas realizadas por las empresas constituye un costo real que debe reflejarse en los precios de los productos y de esa manera se permita al comprador decidir si compra dicho producto o no, dentro de la teoría que él denomina "de la asignación de recursos"⁷. El informal aprovecha su informalidad

6. De Soto, Hernando. Op.cit. p. 195-220. Los costos que enumera De Soto son: los costos de ser ilegales, que comprenden los costos de evitar la sanción, los costos por transferencias netas, y los costos de evitar impuestos y leyes laborales; y los costos de no tener buena ley, que comprenden los costos por falta de derechos de propiedad, los costos por no aprovechar el sistema contractual, y los costos por ineficacia del derecho extracontractual.

7. Calabresi explica la "asignación de recursos" de la siguiente manera: "Si las personas desean televisores, la sociedad debería producirlos; si desean gotas de orozuz, entonces las gotas de orozuz deberían ser producidas. Y, la teoría continúa, para que las personas sepan que desean realmente deben conocer los costos relativos de producir diferentes tipos de bienes. La función de los precios es reflejar los costos reales de los bienes en competencia y así permitir al comprador dar un voto informado al hacer sus compras". Calabresi, Guido. *Algunas Reflexiones sobre la distribución del riesgo y la responsabilidad civil extracontractual*. Traducción al español de Roxana López, en *Ius et Veritas* N°3, Lima, 1991, p.63.

para crear externalidades que difícilmente serían internalizables, el problema está ahora en tratar de desarrollar mecanismos que permitan dicha internalización⁸, hacia ello debe apuntar un nuevo y coherente sistema administrativo, con lo que finalmente se cumplirá la función de desincentivar dichas formas nocivas de llevar a cabo el proceso productivo.

3. La costumbre y los usos en el Perú

Los diferentes aspectos de la informalidad, con el correr del tiempo, luego de haber sido rechazados y reprimidos violentamente, han ido poco a poco convirtiéndose en la regla general, y lo formal ha quedado circunscrito sólo a aquellos que pueden, con gran sacrificio, pagar su acceso y permanencia en el sistema, porque quieren "evitar problemas" (extorsión policial o de las mismas autoridades administrativas), o porque desean emprender empresas algo más complejas, objetivo que no lograrían alcanzar con un esquema informal (aunque tal vez con el "ingenio criollo" pronto ello sería posible). El esquema informal sólo ha soportado hasta ahora a pequeñas, y en el mejor de los casos, medianas empresas que en su mayoría son microempresas. Si por ejemplo, se pretende iniciar un negocio de importación de vehículos a gran escala, difícilmente se admitiría la posibilidad de incluir a dicha empresa en el mercado informal.

3.1. El caso del contrabando

La Sociología del Derecho ha puesto en evidencia que muchas veces las costumbres de una sociedad ocasionan que, si bien una norma no puede ser derogada directamente por la sociedad, se provoque al menos su desuso, deviniendo en una norma obsoleta e inservible. El caso del contrabando es un ejemplo típico de ello. Durante años, en todo el mundo, el contrabando ha sido proscrito, visto como un cáncer que afecta mortalmente a la industria y al comercio de un país. En un principio, un eficaz vehículo para difundir y mantener esta idea en la sociedad fue el hecho de sentir repulsión por lo extranjero en favor del producto nacional, es decir un chauvinismo. Sin embargo, se toleraba en la "conciencia social" la importación de productos por la vía formal en alabanza de la iniciativa del importador nacional. En el Perú se llegó incluso a estigmatizar la importación formal durante la época de la dictadura militar so pretexto de proteger a la industria nacional.

Nos hallamos ahora en 1992 y tenemos que dentro de la conciencia social el contrabando ha perdido toda connotación condenatoria, a pesar que la ley aún hoy lo sigue prohibiendo. Ya no es considerado una lacra, al contrario, en alguna medida todos deseamos ser beneficiarios de él, todos en algún momento hemos consumido productos de contrabando, y no pocos alguna vez habrán anhelado, si no lo han hecho ya, partir hacia Tacna, Arica, la frontera con Brasil en Iquitos, etc., para "traer cosas".

Cerca del Palacio de Gobierno, la gran cantidad de mercaderías ofrecidas en Polvos Azules son productos de contrabando y, sin embargo, no hay multas ni decomisos y, cuando las hay, éstas son hechas a los consumidores por parte de ciertos elementos policiales con el fin de "sacar algo". La gran mayoría de productos ofrecidos en el mercado limeño son de informales quienes, en gran medida, practican el contrabando.

Se ha señalado ya que existe una gran demanda que debe ser satisfecha y que el formal no puede expandir su mercado dado que resulta demasiado costoso el solo hecho de mantenerse dentro del sistema. El informal, por su parte, si bien asume algunos costos, puede sobreponerse a ellos, y una de las vías por las que lo hace es precisamente el contrabando. La sociedad necesita los productos, pero los ofrecidos por los formales reflejan una grave distorsión en sus precios debido a la internalización de sus costos, lo que desalienta su consumo. Es por ello que el contrabando ha dejado de verse como una lacra: la sociedad necesita subsistir y en épocas de crisis se prefiere abaratar los costos de dicha subsistencia, aún en desmedro de la economía nacional.

Es así como nos vemos invadidos de productos como aerosoles importados que provocan la destrucción de la capa de ozono -que ya han sido prohibidos en otros países (desodorantes, lacas, pinturas, perfumes, deodorizadores, etc.), medicinas prohibidas en diversos países debido a sus gravísimos efectos secundarios; juguetes y enseres fabricados con materiales inflamables o tóxicos, televisores, video-grabadoras, radios, equipos de sonido, todos ellos sin transformadores y/o sin catálogos. Y pesar de todo ello, el consumidor los prefiere: los costos de la formalidad son dramáticamente altos y los precios de la informalidad no reflejan sus costos reales.

8. Entiéndase por externalidades todos aquellos costos que, debiendo ser asumidos por el empresario (ya sea formal o informal) son desplazados a terceros, es decir al público consumidor, ocasionando así una subvención de dicho costo, distorsionando el precio del producto. Así, por ejemplo, en un restaurante, mantener la higiene en la preparación de las comidas implica costos. Si el dueño del restaurante los obvia podrá ofrecer productos más baratos ya que los costos de higiene no habrán sido considerados para fijar el precio. Sin embargo, dichos costos pasan a ser subvencionados por la clientela, ya que surgen mayores posibilidades de contraer enfermedades, cólicos, cólera, para cuya curación y tratamiento deberá realizar desembolsos económicos que, en buena cuenta, constituyen los costos de higiene que la empresa debió realizar.

3.2. Los productos "bamba"

Lo anteriormente expuesto se repite con lo productos comunmente conocidos como "bamba".

Cuando uno va a Polvos Azules, se pregunta (lo que resulta ya necio) si lo que compra es realmente un jean Levi's, si la casaca que aparentemente es de cuero es una auténtica Sergio Valente, si la colonia que se desea comprar es realmente aquella que el frasco dice contener.

Como ya se señaló, el contrabando reduce los costos que acarrearía una importación formal. Ahora bien, el contrabando también implica costos, más aún si existe el riesgo de ser descubiertos, y a consecuencia de ello, sufrir el decomiso de sus productos. Luego, sólo se "importa" aquello que no puede imitarse (una computadora o un equipo de sonido, por ejemplo). Sin embargo, si se fabricaran estos productos tal como se fabrican originalmente, no habría gran diferencia entre los costos de importación y los costos de fabricación. Y es entonces que con el fin de abaratar costos aparecen productos de dudosa calidad: pantalones que se encogen o se destiñen, colonias y humectantes que irritan la piel, radios que a veces ocasionan corto-circuitos, calculadoras de "usar y botar", relojes que cuentan 40 minutos en una hora, alimentos aparentemente dietéticos pero que son preparados corrientemente. El caso más patético se da con los medicamentos y productos de tocador: son compuestos de dudosa elaboración, envasados en frascos recogidos de desperdicios a fin de hacer creer que son realmente originales, y hasta conservan la fecha de caducidad -si la tienen- del producto original. Y una vez más, a pesar de lo altamente nocivos que pueden llegar a ser estos productos, el público los prefiere.

3.3. ¿Asunción del riesgo?

El consumidor se halla ante el dilema de escoger entre cubrir el excesivo precio del producto ofrecido por el formal, o el cómodo precio del producto del comerciante informal.

Es muy común escuchar el conformismo del público frente a la mediocridad, si se quiere algo de calidad se debe pagar más. Lo curioso es que muchas veces el producto formal tampoco es bueno, ser caro no es sinónimo de ser bueno.

El consumidor que ingresa a Polvos Azules o a cualquier otro campo ferial sabe que saldrá de ahí con un producto "bamba" o de contrabando, es consciente de todo ello, ¿puede hablarse de una asunción del riesgo? Decir que sí sería muy apresurado.

Primero, tenemos que muchas veces al hablar de asunción del riesgo nos limitamos al ámbito ex-

tracontractual, lo cual no siempre es así. El individuo que compra un pantalón que se destiñe y encoge con la primera lavada maldecirá su mala suerte, y -lo curioso- casi nunca pensará en ir a reclamar a quien se lo vendió, ya sea porque no tiene cómo acreditar su compra (no tiene factura) o porque el vendedor ya no estará en el mismo lugar del día anterior. Siendo que la prestación no satisfizo su interés, nos hallamos ante un problema de incumplimiento contractual. De otro lado, él nunca se habría imaginado, por ejemplo, que el tinte de dicho pantalón podría causarle una gravísima irritación a la piel. El consumidor es conciente de la mediocridad del producto, pero nunca estima un daño más allá del ámbito contractual, en otras palabras, sólo tiene la mera conciencia de haber sido engañado.

Por otra parte, tenemos además que el mercado formal tampoco nos da una garantía sobre la calidad del producto (salvo honrosas excepciones). Como hemos señalado, dados los altos costos de mantenerse en el sistema, el formal busca a su vez alguna manera de abaratar sus costos: obviar el control de calidad, no señalar la fecha de caducidad del producto, abastecerse en el mercado informal, etc. Frente a este desolador panorama tenemos al desamparado consumidor que ve restringida su capacidad de elección como consecuencia de la mediocridad consagrada como regla general, y sólo le queda hacer un mero análisis de precios: dónde cuesta más barato. No obstante, la capacidad de elección aún existe; hay más posibilidades de adquirir un producto defectuoso en un mercado informal que en uno formal y, de otro lado, tenemos que el mercado formal ha implementado mecanismos que permiten cierto incentivo por su preferencia: por ejemplo, el otorgamiento de facturas que permite acreditar la compra y reclamar en caso el producto sea defectuoso; el ofrecimiento de cierto plazo de garantía, de servicio técnico, de facilidades de pago, etc.

4. ¿Difusión Social de los costos?

Tenemos que una de las funciones de la responsabilidad civil es la difusión social de los costos del daño ocurrido. Esto se explica porque la sociedad ha permitido la creación de ese riesgo ya que ella se beneficia con dicha actividad. Antes de ver si cabe aplicar esta función, es pertinente ver si se puede hablar de responsabilidad civil.

Si en el mercado informal se venden productos que al ser consumidos causan algún daño al interés social, y al ser la responsabilidad por productos defectuosos objetiva, ello bastaría para poder hablar de responsabilidad civil. Sin embargo, una cosa es que por la existencia del nexo causal se tenga derecho a una indemnización y otra, que el sistema de responsabilidad civil -es decir las leyes y los aparatos de administración de justicia- entre a

funcionar. Antes de la vigencia del Decreto Legislativo 716⁹ no existía norma alguna sobre responsabilidad por productos defectuosos y es innegable que la falta de un basamento legal expreso aunado a la poca creatividad de nuestros magistrados constituían causa más que suficiente para desalentar cualquier demanda. Ahora, que existe esta norma nos preguntamos si ella será aplicable dentro del marco dado por la informalidad, si el legislador tuvo presente este problema, en otras palabras, si la norma fue pensada para una realidad como la nuestra. Lo que la práctica ha demostrado es que cualquiera sea el daño sufrido, el consumidor se siente impotente ante el monstruo de la burocracia judicial agravándose aún más el problema ya que en el sistema de responsabilidad objetiva es él quien debe probar la existencia de nexo causal, lo que muchas veces resulta imposible dentro del esquema informal.

4.1. ¿Responsabilidad Solidaria, también el informal?

Haciendo por un momento abstracción de los problemas señalados, y suponiendo acreditada la causalidad, los costos pasan al vendedor informal, el cual se supone está en mejor posición para difundir socialmente el costo del daño. Con respecto a ello, hay una norma del mencionado Decreto Legislativo que puede causar confusiones, el artículo 32^o, último párrafo que establece: "La responsabilidad de los diversos proveedores de un producto conforme a este artículo es solidaria. Sin perjuicio de ello, cada proveedor tiene derecho a repetir contra el que le suministró el producto defectuoso u originó el defecto".

La primera interpretación que hice de tal párrafo fue que de entre una cadena de sucesivas compras y ventas, los proveedores componentes de la misma eran responsables solidarios frente al último adquirente del producto. Sin embargo, otra peligrosa y posible interpretación sería la siguiente: en el mercado existe una pluralidad de proveedores que ofrecen un mismo producto (televisores). Luego, si un consumidor compra a uno de ellos el producto y éste causa algún daño, todos los proveedores de ese mercado -el de televisores- responderían solidariamente. Esto que parecería perfectamente deducible de una mera interpretación literal de la norma no parece coherente. En un sistema de responsabilidad, ya sea objetivo o subjetivo, es necesario que exista siempre una relación de causalidad, lo que no se daría en este caso. La tienda A, la B y la C venden televisores, B vende uno que explota, ¿sería lógico que A y C respondan solidariamente

con B? Más aún, si lo llevamos al caso de la informalidad: Carsa vende televisores Sony importados legalmente, "X" trae televisores Sony de contrabando y los distribuye y vende en el garage de su casa. Sería absurdo pensar que tanto Carsa como "X" serían responsables solidarios en caso de algún daño. Lo que lograría desincentivar aún más la actividad formal, ya que surgiría el peligro de que el sector formal responda por los daños causados por el sector informal, el cual es muchas veces difícil de identificar o simplemente se constituye en insolvente para evitar hacer frente a la indemnización que deba pagar.

El problema que sí es posible de suscitarse es cuando el formal se abastece del sector informal y viceversa. En el primer supuesto, es decir, cuando el informal abastece al formal, la víctima siempre preferirá demandar al último ya que existen más posibilidades que éste sea solvente, y además, dada su formalidad, se halla en mejor posición para contratar un seguro, lo cual constituye una garantía para la víctima. Si bien puede pensarse que dicha solución desalentaría aún más la actividad formal, tenemos que en la mayoría de casos esta compra al sector informal se hacen al margen de la legalidad, lo que a su vez haría de dichas actividades unas informales, como se señaló en el punto 1.1. A la larga se estaría llevando el problema por la vía de la asunción del riesgo: el formal que salió de su mundo para abastecerse en el mercado informal debe asumir los costos de su decisión. Al final, sus primas de seguro aumentarán y para cubrirlas deberá aumentar sus precios, lo que terminará por desincentivarlo a seguir abasteciéndose del mercado informal.

En el segundo supuesto, es decir, cuando el formal abastece al informal, ocurre algo distinto. Algunas empresas tales como las de gaseosas o golosinas, con el fin de expandir su mercado logran colocar sus productos en el sector informal. Dicho producto puede ocasionar daño a los consumidores, ya sea originado por defectos en la fabricación por parte de las empresas formales, o por ciertas "modificaciones" hechas al producto por los informales, o por un inadecuado transporte y expendio de los mismos, o por ser ofrecidos a sabiendas que la fecha de caducidad ha expirado.

Por la regla del art. 32^o del decreto Legislativo 716 tenemos que, tanto el proveedor formal como el informal son responsables solidarios en el supuesto de ocasionarse algún daño a algún consumidor. En este caso, la víctima siempre preferirá demandar al proveedor formal: éste es más fácil de

9. El Decreto Legislativo 716 es el Decreto Legislativo sobre Protección al consumidor, promulgado por el Presidente Fujimori y publicado el 7 de noviembre de 1991. Dicho Decreto no sólo trata sobre la responsabilidad extracontractual por productos defectuosos sino también de la contractual, y además, no se limita a la provisión de bienes sino también de servicios.

identificar y además, en la mayoría de casos cuenta con un seguro, lo que lo convierte en aquel que se encuentra en mejor situación para distribuir los costos del daño causado. A largo plazo, es probable que dicha norma desaliente al formal a seguir abasteciendo al informal ya que en la práctica él siempre responderá, aún por los daños que puedan haberse originado por hechos determinantes del informal, vender un chocolate de hace 5 años, por ejemplo. Todo ello obligaría al formal a contraer su mercado ya que las posibilidades que un producto cause un daño se acrecientan considerablemente al pasar éste al mercado informal.

No obstante, hay empresas que se ven obligadas a correr dicho riesgo ya que sólo se dedican a la elaboración del producto, valiéndose de distribuidores a fin de hacerlo llegar a la mayor cantidad posible de personas. Una gran compañía de gaseosas, por ejemplo, no venderá botella por botella en la puerta de la fábrica, ni instalará kioscos en cada esquina de Lima, ya que lo primero reduciría considerablemente su capacidad de ventas, y lo segundo le resultaría altamente costoso. Es por ello, que necesitará siempre de distribuidores, la gran mayoría de los cuales está constituida por informales. El formal necesitará del informal, y a pesar de ver incrementados altamente sus riesgos, y por ende sus costos, ello no lo desalentará de seguir manteniendo relaciones comerciales con él, se ve "condenado" a recurrir al informal para dar salida a sus productos. A largo plazo, esta actividad económica se verá reducida a aquellos que estén dispuestos a correr el riesgo y que tienen los medios económicos para hacerle frente en caso éste se concrete. Operará, pues, una resignación de los formales "sobrevivientes" a subsidiar indefinidamente los costos de los informales.

4.2. Las Compañías de Seguros

Lo ideal sería que los costos de los accidentes se difundan en la sociedad, ya sea por un sistema de seguros o por un sistema de precios. Sin embargo, respecto de las compañías de seguros aparece un problema: el rechazo -justificado diría yo- de asegurar a comerciantes informales. En realidad el problema es doble: el informal no está interesado en contratar un seguro, cuando menos no uno de tercera persona¹⁰, los problemas de la imposibilidad de acreditar el nexo causal y la burocracia de la administración de justicia lo protegerán sumergiéndolo en un mundo de "irresponsabilidad". No obstante,

reconoce que él puede sufrir graves daños y es por ello que tal vez esté interesado en un seguro de primera persona. Pero es ahí, donde se encuentra con la negativa de las compañías de seguro. Volviendo al tema, ¿quiénes soportan los daños? Las propias víctimas, un gran sector de la sociedad que, como ya hemos dicho, sólo puede lamentarse de su mala suerte. Un ejemplo de ello: los daños que anualmente provocan los fuegos artificiales a los niños en épocas navideñas, y que son objeto de repudio público, provocando la indignación de los medios de prensa, y a pesar de ello, no se sabe de acción judicial alguna contra vendedores informales involucrados. Todos estos problemas hacen pensar, por el momento, en la inviabilidad del sistema de seguros, tal como se dan hoy las circunstancias, respecto del sector informal.

4.3. Sistema de precios

Dada la negativa de las compañías de seguros y la de los informales, la solución más acorde con este problema parecería ser implementar un sistema de difusión social de los costos de los daños a través de los precios. Existiendo el peligro de causar daños al vender productos muchas veces sin garantía alguna -garantía en sentido lato- y, al cerrarse las puertas del sistema de seguros, el vendedor creará un fondo en el cual depositará una cantidad periódica destinada, en caso de ocurrir algún daño, al resarcimiento del mismo. Este fondo implicará el aumento de los precios del informal, los cuales dejarán de estar tan alejados de su costo real, y, como ello puede producir a su vez un descenso en la demanda del producto, ya que la diferencia de precios entre el producto formal y el informal se habrá acortado, se desincentivará la venta de productos "bamba", o se pondrá mayor cuidado en su elaboración, y en cuanto al contrabando, se tratará de no ingresar al país productos nocivos o defectuosos.

Esto que parece onírico, se podría lograr si el informal dejara de esconderse en su informalidad y se produjera a su vez una reforma radical en el sistema de administración de justicia.

5. Desincentivación de Accidentes

Todo sistema de responsabilidad civil tiene su razón de ser en el resarcimiento integral de la víctima. Sin embargo, ¿no sería mucho mejor que no existieran víctimas? Mejor que resarcir un daño es

10. El seguro de tercera persona o "Third Party Liability" como lo llama Trazagnies, consiste en aquel seguro que contratamos con el fin que la compañía aseguradora cargue con el pago de los daños ocasionados por nosotros a terceros. Como contraparte, tenemos al seguro de primera persona o "First Party Insurance" en los que "...no nos aseguramos por los daños de los cuales pudiéramos ser responsables frente a terceros sino que, como cada uno tiene que soportar su propio daño, nos aseguramos frente a los daños que nos pueden ocurrir a nosotros mismos". De Trazagnies, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual. Tomo I. Biblioteca *Para Leer el Código Civil*, Vol. IV, 1988. PUC-Fondo Editorial p. 75.

que éste nunca haya tenido lugar. Para conseguir que el número de daños disminuya, los Estados se sirven de sistemas administrativos que, como ya se señaló, regulan el empleo de forma nocivas de conducta, producción, etc. Otro modo de lograrlo es a través del mismo sistema de responsabilidad civil. Si uno genera un riesgo atribuyéndose además la responsabilidad por los daños que dicho riesgo origine, entonces es muy probable que se busque la manera de reducir las posibilidades de generarse daños similares. Aun si no existiera un sistema administrativo que pretenda solucionar el problema ex-ante, es decir, antes de producirse el daño, a largo plazo se lograría lo mismo con el sistema de responsabilidad civil: las personas evitarían realizar determinadas conductas con el fin de evitarse pagar grandes indemnizaciones.

En el Perú, sin embargo, ambos mecanismos - el administrativo y el de responsabilidad civil- "hacen agua". En el caso del sistema administrativo hemos señalado que éste ha olvidado su principal función: la desincentivación de accidentes. Irracionalmente ha sido sustituido por un ciego afán de imponer cargas excesivas a los formales para así poder mantener a la burocracia estatal. Con respecto al sistema de responsabilidad civil, concretamente a la responsabilidad por productos defectuosos, la víctima se verá desalentada a recurrir a los tribunales, ya que, como se señaló, los informales esconden en su informalidad el nexo causal, indispensable para poder hablar de responsabilidad civil. Además, tenemos la falta de celeridad en los procesos, y de creatividad por parte de los jueces. Si bien es cierto que ahora existe una norma legal que salvaguarda -al menos eso pretende- a los consumidores, una aplicación ciega de ella puede llevar a seguir desalentando las actividades económicas o a seguir subvencionando costos del sector informal. ¿Cómo lograr entonces la efectiva desincentivación de accidentes sin desalentar las actividades económicas? Tal como hemos anotado, cada producto debe reflejar en el precio sus costos reales. Así, los formales dejarían de cargar con los costos excesivos que distorsionan gravemente los precios de sus productos en desmedro de la actividad económica que realizan y sólo asumirían sus costos reales, los cuales incluyen ya el de los posibles riesgos creados. De otro lado, los informales, al asumir los costos reales de los riesgos creados por la fabricación de los productos "bamba" y la práctica del contrabando, incrementarán los precios de sus productos con lo que verán reducida la demanda de los mismos, motivándolos a mejorar la

calidad y comercialización de dichos productos. La asunción de los costos reales, acompañada de una reforma radical de los actuales esquemas en que se dan los sistemas administrativo y de responsabilidad civil, evitará la distorsión de los precios ya sea por exceso o por defecto de los mencionados costos, lográndose así dar solución a la interrogante planteada.

A manera de conclusión

Podemos concluir que no basta establecer teórica ni legalmente una responsabilidad por productos defectuosos si no existen los mecanismos idóneos para poderla poner en práctica. Ante el absoluto fracaso del sistema administrativo sólo nos queda hacer viable el sistema de responsabilidad civil. Como bien lo señala Hernando de Soto: "...cuando no existe derecho extracontractual, o éste es insuficiente o inadecuadamente aplicado para cubrir las actividades informales, la actividad económica puede causar considerables costos al resto de la comunidad, disminuyendo así el valor de su contribución social y aumentando la incertidumbre (...) lo que sucede en tal supuesto es que se abre un forado de incumplimiento tan grande que inclusive los formales empiezan a faltar a la ley, y los niveles de inseguridad aumentan peligrosamente en desmedro de la sociedad"¹¹.

Y esto se evidencia en el fracaso del sistema administrativo: el Estado ha pretendido monopolizar el control de la producción imponiendo irracionalmente exigencias desproporcionadas para ingresar al sistema formal. Este sistema debe ser repensado, y además, debe permitirse a los particulares dicho control a través de la responsabilidad extracontractual, para lo cual deberá implementarse un rápido y efectivo sistema de administración de justicia. Lo que debe buscarse, tanto al momento de reformular el sistema administrativo como el de administración de justicia, es lograr que los precios de cada proveedor (formal o informal) reflejen sus costos reales, ya que sólo a partir de ello se podrán alcanzar las diversas funciones de la responsabilidad civil, en especial la desincentivación de las actividades nocivas y la difusión social de los costos de los accidentes. Es decir, recogiendo el planteamiento de Roscoe Pound, hacer cumplir la función de ingeniería social que debe cumplir el derecho¹², y, en el caso concreto, dejar los esquemas maniqueos que dividen lo formal y lo informal tratando asimismo de reestructurar nuestro mercado.

11. De Soto, Hernando. Op.cit. p. 220.

12. Citado por W. Chambliss y R. Seidman. Derecho y Poder Político. Traducción al español del original en inglés por Luis Chirinos. En: *Derecho*. PUC-Facultad de Derecho; N° 30. Lima, 1972.

La Recognoscibilidad del Error en el Código Civil Peruano*

Eric Palacios Martínez

Miembro del Círculo de Estudio de Derecho Civil Patrimonial

La discrepancia fundamental en la teoría general del negocio jurídico es atribuible a la antítesis entre sustancia y apariencia, es decir entre voluntad y declaración, primordialmente de los hechos que escapan al control absoluto de los sentidos. Esta se refleja, principalmente, en el gran debate producido en la doctrina en torno a la prevalencia de la voluntad o de la declaración, donde los autores se entregaron al juego de señalarse mutuamente defectos, resultando que ninguna de las dos teorías llevada a sus extremos lógicos satisfacía las exigencias del tráfico jurídico inspirado, claro está, en el principio de la Buena Fe. En efecto, la Teoría Voluntarista nunca explicó la validez del negocio bajo reserva mental porque en él falta la voluntad; ni la del contrato celebrado con error inexcusable, pues en él tampoco se quiso lo que se declaró; ya que, si se siguieran estrictamente sus lineamientos, la carencia de voluntad debería determinar la inexistencia del negocio. Por su parte, la Teoría Declaracionista, se encuentra con el problema de los casos en los que una declaración intrínsecamente correcta no se considera suficiente para la validez del negocio y en los que el defecto de la voluntad determina su ineficacia, siendo ejemplos claros el negocio celebrado *jocandi causa*, el simulado, y el contraído por error excusable. Esta insuficiencia conceptual de ambas teorías lleva a la doctrina a buscar soluciones de atemperamiento, teniendo como consecuencia la creación de las Teorías de la Responsabilidad y de la Confianza; enmarcándose la primera dentro del deber de hablar claro (Principio de Autoresponsabilidad) y la segunda en la valoración de la apariencia de la declaración, es decir, observando objetivamente si es capaz de generar una confianza en los terceros (criterio objetivo)¹. Observa CARIOTA

FERRARA que, si bien la voluntad y su manifestación son esenciales al negocio jurídico, el principio de la voluntad está limitado por el de responsabilidad combinado con otro, el de la confianza. La misma razón determinante del principio de responsabilidad, que es la necesidad de proteger a los terceros, fija su límite; es preciso que los otros hayan confiado y podido confiar, es decir, confiado sin culpa en el comportamiento ajeno².

El presente artículo tiene como objetivo fundamental analizar detenidamente el criterio de reconocibilidad en materia de error, expresión a nuestro entender, innegable de la Teoría de la Confianza en el Código Civil; realizando, para tal efecto, un análisis dogmático-conceptual de la funcionalidad de este requisito de impugnación del negocio, así como de la Teoría de la Confianza, para finalizar con una referencia a la reconocibilidad a la luz del ordenamiento positivo.

1. Delimitación Conceptual del Principio de la Confianza

Técnicamente, referirse a la confianza implica hablar de protección de un estado subjetivo. Pero para esbozar adecuadamente un concepto de confianza se necesita delimitar el objeto sobre el que recae esta protección. A tal finalidad, no basta definir la confianza como tutela de un estado subjetivo, porque si bien dicha definición estaría en armonía con la etimología del término, resulta demasiado amplia para pretender un significado jurídico bien encuadrado conduciendo a conclusiones vagas y, por ello mismo, inaceptables. En el concepto se podrían incluir una serie de fenómenos muy diversos, designados con términos distintos, como confiar

* Al Dr. Lizardo Taboada Córdova con admiración y aprecio.

1 Para una información detallada de este debate "épico" consultar FERRARA, Francesco. *La simulación en los negocios jurídicos*. Madrid 1960. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Ed. Civitas. Madrid. 1971.

2 CARIOTA FERRARA. *El negocio jurídico*. trad. Albaladejo Editorial Aguilar. Madrid. 1956.

(una persona o una cosa a alguien), fiarse (de un hecho no ocurrido), etc. Así la protección de un estado subjetivo de confianza, es característica de un gran número de disposiciones: basta recordar, junto a la regla de reconocibilidad del error y la disposición que ordena la Buena Fe en la negociación, celebración y ejecución de los contratos (Art. 1362 C.C.), las propias normas relativas a la Buena Fe en la posesión (Arts. 907, 908, 914 C.C.) y las disposiciones en que la ley otorga protección a la Buena Fe dando relevancia a la denominada apariencia jurídica (Arts. 1223, 194 C.C.). Y, a pesar de la diferencia que media entre todos estos supuestos, sucede a veces que todas las disposiciones encaminadas a tutelar un estado subjetivo han sido reunidas en un mismo principio, por lo que pareciera que tienen un fundamento común, el mismo que por esta reunión es difícil de precisar. En este sentido, es preciso señalar y resaltar la equivocación común en la que cae la doctrina tradicional al confluir en un solo principio (llamado de la Buena Fe, de la Apariencia, o de la Confianza) todas las hipótesis de protección de un estado psicológico de confianza en la validez o en los efectos de un acto realizado³. En vista a esta aclaración del concepto nos parece pertinente hacer la distinción entre Confianza y Buena Fe, y entre, Confianza y Apariencia Jurídica.

La distinción entre Confianza y Buena Fe radica en que la primera es expresión tan sólo de una Buena Fe Objetiva (en la medida en que se distingue Buena Fe Subjetiva y Objetiva, marcándose así la diferencia entre Buena Fe en la tutela de la posesión y la Buena Fe en los actos del tráfico jurídico respectivamente). Por ende, la confianza puede contraponerse a la Buena Fe en sentido amplio, como un principio que despliega su efecto tan sólo en el mismo tráfico jurídico; lo que trae, como consecuencia práctica inmediata, que la confianza se deba configurar en base a circunstancias objetivas por las exigencias del mismo tráfico jurídico. En otras palabras, aceptar que la confianza mantiene identificación con la Buena Fe Objetiva, implica que su valoración sea realizada en torno a si la situación de hecho es objetivamente idónea para suscitar una confianza.

Para diferenciar el Principio de la Confianza del Principio de la Apariencia Jurídica, se dice que este último se refiere generalmente a la tutela de una situación jurídica, que corresponderá a la aparente titularidad de un derecho, en particular de aquel de-

recho que es objeto de un acto de disposición⁴, mientras que el Principio de la Confianza tiende a proteger la confianza en un hecho relevante para la formación del supuesto de hecho apto para la autoregulación de intereses privados (Negocio Jurídico). En otras palabras, la apariencia protege a aparentes titularidades mientras que la confianza lo haría con respecto a hechos anteriores a la formación de dichas titularidades.

De lo dicho, se podría afirmar que el Principio de la Confianza opera en el ámbito donde existe una autoregulación de una o más esferas de intereses. Por ello es, en principio, aplicable a todo negocio jurídico, dejando a salvo la posibilidad de atenuar su aplicabilidad de alguna forma, en la medida en que nos encontremos ante un negocio jurídico unilateral mortis-causa (testamento)⁵; así, el Principio de la Confianza es expresión de la consecuente aplicación de la prevalencia del aspecto social en lo que concierne el ámbito de la Autonomía Privada.

La separación conceptual realizada entre las Teorías de la Confianza, de la Apariencia y de la Buena Fe en cuanto al campo en la que cada una se aplica hará más claro un examen independiente de la regla de reconocibilidad, es decir, diferenciada nítidamente de criterios extraños a su naturaleza sustancial que a veces nos llevan a conclusiones equivocadas.

2. El Problema de la Reconocibilidad del Error

Un primer aspecto fundamental viene impuesto por la delimitación del ámbito de aplicabilidad de la reconocibilidad, que en otros términos implica la decisión de a qué tipo de negocio es aplicable el requisito de la reconocibilidad. Así por ejemplo, en la doctrina italiana se discute en torno al Art. 1428 C.C. Italiano (del cual el Art. 203 es una copia casi textual) la eventual aplicación del criterio de la reconocibilidad tan sólo a los contratos o que si por el contrario se podría aplicar a otros tipos negociales⁶. Los que defienden la primera postura siguen con alguna incertidumbre, a la Relación sobre el Código Civil⁷ que limita el criterio a los contratos; mientras los que sustentan la opinión contraria consideran al criterio de reconocibilidad como de aplicación general para los negocios jurídicos patrimoniales, en virtud a 1) la compatibilidad de su función (de proteger los intereses basados en una

3 SACCO, Rodolfo. *Enciclopedia del Diritto* voz "Affidamento" t. I p. 661. Giuffrè 1958 Milano. Aquí se puede apreciar la utilización indiferente de los términos señalados.

4 Falzea voz "Apparenza" en *Enciclopedia del Diritto* Op. cit. t. II p. 685.

5 SANTORO-PASARELLI, Francesco. *Doctrinas Generales del Derecho Civil*. Ed. R.D.P.. Madrid, p. 192, donde se afirma la distinción del alcance de la Teoría de la Confianza según se trate de negocios intervivos o mortis causa. .

6 En nuestro código, el problema (aparentemente) no existiría por la existencia de un libro referido especialmente al negocio jurídico, lo que implica una aplicación general de la reconocibilidad a todo negocio jurídico.

7 Que es una suerte de comentario.

confianza) con otros tipos negociales diferentes al contrato y 2) a la remisión que su mismo texto legislativo hace para aplicar la normatividad contractual a los actos unilaterales entre vivos que tengan contenido patrimonial (Art. 1324 C.C. Italiano).

Hecho este enmarcamiento del ámbito de aplicación de la reconocibilidad, nos parece conveniente abordar un problema, de alguna manera paralelo, a este criterio. Nos estamos refiriendo a la discusión sobre la admisibilidad implícita del requisito de la excusabilidad del error para otorgarle relevancia como elemento necesario para invocar la anulabilidad del negocio.

Los partidarios de la corriente negatoria, que es la mayoritaria, sostienen que la excusabilidad queda excluida en su relevancia al implantarse un sistema de anulabilidades textuales (como es el caso del Código Civil Peruano) por considerar que las restricciones en materia de acción de invalidez deben considerarse de derecho estricto y, por tanto inaplicables por analogía (8). En términos un poco más claros lo que se plantea es la exclusión de la importancia de la excusabilidad para la efectividad del error en virtud a que los requisitos previstos por la ley -esencialidad y reconocibilidad- son taxativos y que por ello no sería posible añadir un límite virtual (implícito) constituido por la excusabilidad. Esto es, en parecer propio, fácilmente objetable tan sólo aclarando que la tipicidad rígida de las causas de anulabilidad se refiere a la previsión del hecho invalidante (error, incapacidad, simulación, dolo, violencia o intimidación), el cual debe ser declarado expresamente por la ley, y no a los presupuestos de su eficacia, por lo que no habría ningún problema en admitir el requisito implícito de la excusabilidad.

Otra razón para excluir la excusabilidad se ha querido hallar en el silencio de la ley que, sumado a una previsión expresa de la ley para la reconocibilidad, confirmaría la hipótesis planteada. Creo, que esto no es más que un argumento legalista y no es óbice para encontrar razones más allá del simple texto legal.

Por otro lado, los que defienden aún la admisibilidad de la excusabilidad, recurren a la afirmación que ésta se halla implícita en los requisitos de invocación de la acción de anulabilidad para la protección del agente que incurrió en error, teniendo ésta su base en la demostración de que la excusabili-

dad y reconocibilidad no se excluyen entre sí, por lo que no están en posición antitética.

Nuestra posición se inclina por esta última tendencia, porque si consideramos, siguiendo a la doctrina dominante, la reconocibilidad como una valoración de la diligencia en el destinatario de la declaración, no podemos -siendo coherentes- dejar la evaluación de la impugnabilidad del negocio tan solo a la perspectiva del destinatario, haciéndose necesario complementar esta valoración unilateral con otra que tiene como finalidad analizar el comportamiento diligente del declarante al emitir su declaración. No nos parece tampoco totalmente lógico que la ley, al regular el conflicto entre dos partes, subordine la protección del destinatario a que sea digno de protección y, en cambio tutele incondicionalmente la situación del declarante(9). Así, creemos que sólo podrá ser impugnable el error que siendo reconocible objetivamente es además excusable, pues la falta de excusabilidad en el declarante que yerra lo deslegitima por completo para interponer la acción de anulabilidad por error. En tal medida, la excusabilidad viene a complementar los requisitos de impugnabilidad del error, estableciendo una sanción derivada del Principio de la Autoresponsabilidad por la declaración defectuosamente emitida, aunque el error que se desprenda de ella fuere reconocible, la excusabilidad entonces importaría, el funcionamiento del mismo Principio de la Autoresponsabilidad(10).

En síntesis, la excusabilidad se halla implícita en materia de error, debiéndose tal vez su no inclusión expresa a que el criterio de autoresponsabilidad no sólo está presente en materia de error, sino que, en general, informa a toda la teoría del negocio jurídico y que concretamente halla su fundamento en la Buena Fe recogida en el Art. 1362 C.C. la cual valora la conducta de todos los que, participando en él, dan lugar al negocio.

Es tiempo ahora de entrar a examinar de forma concreta el criterio de reconocibilidad del error, teniendo en cuenta lo anteriormente señalado y tomando partido desde una perspectiva amplia de la reconocibilidad.

En un acercamiento preliminar y superficial se toma a la reconocibilidad como un medio de protección del destinatario de la declaración que otorgó su confianza a ésta como un hecho relevante para la formación de un negocio jurídico¹¹. En

8 MESSINEO. *Doctrina General del Contrato*. E.J.E.A. Buenos Aires. 1986. t. I p. 135.

9 En tal sentido PIETROBON *El error en la doctrina del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1971. Trad. de Mariano Alonso Pérez.

10 De acuerdo BREBBIA *Hechos y Actos Jurídicos*. Ed. Astrea. p. 355. Buenos Aires. 1979.

11 Por ejemplo LOHMANN. *El negocio jurídico*. Ed. Studium. Lima. 1987. p. 351. Allí afirma que "la doctrina italiana se afina en la necesidad de tutelar al receptor de la declaración y a tal fin se introduce la necesidad de la cognoscibilidad" esto nos trae graves dudas (LOHMANN.).

este sentido, SCONAMIGLIO al afirmar que "para decidir sobre la relevancia del error se ha de tener en cuenta tal como lo sugiere la experiencia jurídica, también otro criterio de discriminación, que se desprende de la existencia de asegurar una adecuada protección a la otra parte interesada"¹²..., "solamente el error reconocible puede dar pie a la invalidez del contrato en tanto que en todos los demás casos, quien incurra en error deberá soportar sus consecuencias"¹³. Desde otro punto de vista se pronuncia RESCIGNO el cual señala que "el requisito de reconocibilidad está estrechamente ligado a la tutela de la confianza, representando un correctivo puesto en garantía del declarante, porque éste podrá exigir del destinatario el uso de la diligencia normal para el descubrimiento del error"¹⁴.

Con esto queda claro la doble perspectiva, desde la que puede apreciarse a la reconocibilidad, que atiende a las expectativas de las partes; ya que si por una parte sería injusto admitir que un error oculto pudiera perturbar las expectativas del destinatario fundadas en la declaración; por otra parte no es justo tampoco sacrificar al declarante caído en un error que el destinatario de la declaración hubiese podido denunciar, habida cuenta de las circunstancias y del contenido del contrato, o bien de la calidad de las personas contratantes¹⁵.

Queda ahora por afrontar el problema general de si el juicio de reconocibilidad corresponde a una valoración de la culpa en el comportamiento observado por el destinatario, o si más bien consiste en una valoración abstracta de la situación comercial. Detrás de esto viene planteado el problema de saber si se adopta la teoría de la reconocibilidad en concreto o en abstracto.

Según los que defienden la necesidad de adoptar a la reconocibilidad en concreto¹⁶ es reconocible el error que el destinatario debía conocer empleando una diligencia normal, por lo que conlleva una valoración de culpa. Esta posición parecería tener apoyo normativo en el Art. 203 que, refiriéndose a una persona de normal diligencia, parece exigir que se realice una comparación entre el supuesto concreto y el comportamiento que observaría en iguales circunstancias una persona nor-

mal. Dícese que cuando se habla de confianza exenta de culpa o de diligencia del destinatario, en verdad se está dando a entender que la esencia del criterio de reconocibilidad reside en la valoración de la culpa¹⁷. Con ello se pone la carga de la diligencia en hombros del destinatario, identificando, la invalidez del negocio con una sanción por haber incurrido en culpa al no reconocerlo.

En cambio, la teoría de la reconocibilidad en abstracto plantea que el error será reconocible cuando, prescindiendo de la circunstancia subjetiva, la generalidad de los que interactúan en un contexto social podrían haberse dado cuenta de su existencia. De este enunciado se pueden deducir las siguientes consecuencias: 1) el juicio de reconocibilidad no es equivalente a una valoración de culpa; 2) irrelevancia de la circunstancia subjetiva que consiste en que el agente receptor de la declaración haya conocido efectivamente el error; 3) la necesidad de valorar en abstracto la reconocibilidad.

Ambas teorías presentan insuficiencias.

La reconocibilidad en concreto suscita el problema que si, en verdad nos hallásemos ante una valoración de la diligencia, esta valoración tendría que ser asimilada a los criterios esenciales a todo juicio de culpa: esto no sucede en el Art. 203 C.C. Para conocer realmente el grado de culpabilidad de un sujeto en relación a un determinado acontecimiento es necesario haber analizado el comportamiento total del individuo, es decir TODAS las circunstancias que han podido influir. Por el contrario en el Art. 203 C.C. al fijarse los elementos de juicio, pone sin lugar a dudas una limitación en virtud de la cual se distingue de la más amplia que está contenida en el juicio de culpabilidad. Por ejemplo, no podríamos equiparar la ignorancia culpable al efectivo conocimiento del error ajeno, porque al apreciarse a la reconocibilidad dentro de esta óptica no estamos hablando de una valoración del comportamiento total del agente; así para la evaluación de la reconocibilidad nadie puede tomar en cuenta criterios fuera del Art. 203 C.C. como serían la inteligencia, capacidad profesional, etc., no conocidas por la otra parte.

12 SCONAMIGLIO, Renato. *Teoría del Contrato*. Traducción de Fernando Hinestrosa. 1983. p. 67.

13 SCONAMIGLIO, Op. cit. p. 68.

14 RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene. Napoli. 1986. p. 328. En igual dirección ALPA y BESSONE. *Elementi di Diritto Civile*. Giuffrè Editore. Milano. 1990 donde se habla incluso de una distribución del "riesgo contractual" en modo objetivo con el criterio de la reconocibilidad. p. 260.

15 BARBERO, Doménico. *Sistema del Derecho Privado*. E.J.E.A. Buenos Aires. 1967. t. I. p. 525. MESSINEO. *Derecho Civil y Comercial*. E.J.E.A. Buenos Aires. 1979. t. II. p. 440. CARIOTA FERRARA, Luigi *El Negocio Jurídico*. Aguilar. Madrid. 1956. p. 483. SANTOS CIFUENTES. *El Negocio Jurídico*. Ed. Astrea. 1986. p. 339.

16 SANTORO PASSARELLI, Francesco. Op. cit. pág. 192. GIORDANO. In tema di rilevanza dell'errore bilaterale en *Giustizia Civile* 1952 citado por el mismo SANTORO PASSARELLI.

17 TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1967.

La reconocibilidad en abstracto se topa con la dificultad de explicar la figura de un error verdadero y efectivamente reconocido, pero que por las circunstancias objetivas no es reconocible. En otras palabras, la teoría negaría que fuera impugnabile lo no reconocible objetivamente aunque efectivamente conocido, lo cual es un absurdo.

Sin embargo, cabe reformular esta última teoría, para que ampliando su sentido pueda aceptarse en sus conclusiones en principio exactas. Por ello nosotros tomamos partido por entender que la expresión "normal diligencia" hace referencia a una exigencia general de sociabilidad. Esto implica que en el examen del criterio de reconocibilidad se le brinda relevancia a los hechos que tienen la aprobación social. El criterio objetivo de reconocibilidad en abstracto se matiza con la valoración de lo social y se salta el problema de la circunstancia subjetiva que sería considerada relevante en la medida de que sea socialmente relevante. En sustancia, esta idea denominada como "la valoración social del error" está presente en las primeras teorías modernas del error vinculándose con la excusabilidad. Por ello BETTI habla de error probable o plausible¹⁸.

Teniendo, con ésto, una base panorámica de la reconocibilidad, entraremos en detalle a un breve análisis del requisito en el Código Civil de 1984.

La Reconocibilidad en el Código Civil

Según el Art. 203 C.C. el error es conocible cuando una persona de "normal diligencia" hubiera podido advertirlo en relación con el contenido, circunstancias del acto o cualidad de las partes¹⁹. La norma, es preciso señalarlo, es una copia (para variar) del Art. 1431 del Código Civil Italiano variando solamente en las palabras contrato y contratantes que han sido cambiadas por las de acto y partes, (cosa que tiene su explicación en que el C.C. Italiano regula la materia de error en el Título II: De los contratos en general), para quienes piensan todavía que nuestro Código Civil es innovador²⁰. A continuación nos internaremos en el análisis del mismo, es decir, se debe entender por contenido, circunstancias del acto o cualidad de las partes como elementos concretos señalados en las líneas del Art. 203 C.C.

El primer punto nos viene dado por el contenido del acto. Es claro que la ley no puede referirse a la sola declaración de la parte, porque el contenido del acto no se agota necesariamente en la declaración misma²¹; sino que por el contrario implica tener en cuenta la operación en su conjunto, tanto económica como jurídica realizada por las partes²². Por ejemplo, el error sobre la sustancia que motiva la adquisición de una cosa a precio irrisorio puede mostrar en forma evidente al comprador la existencia del error; pero por otro lado, la desproporción puede deberse también a otras causas, podría ser originada por una especial valoración del vendedor o incluso por una intención de liberalidad. Esto demuestra que no sólo el contenido del acto indica necesariamente siempre la existencia de un error, luego es oportuno tener en cuenta las circunstancias del acto que amplían el objeto de valoración.

Las circunstancias contemplan los modos de ser del acto en relación con el resto del mundo exterior, refiriéndose a la vinculación del acto con las cosas que lo rodean²³. Circunstancia es un término que indica un hecho distinto del que es objeto de valoración (hecho principal) pero no totalmente ajeno, siendo necesario que entre la circunstancia y el hecho principal (circunstanciado) exista una relación. Al hablar de circunstancias del acto se hace referencia a todos los hechos que de alguna u otra manera han intervenido en la actividad recíproca de las partes, orientada a la formación y conclusión del acto (p.e. negociaciones preliminares); por ello es inexacto hablar de un objetivismo referido a la valoración de la reconocibilidad²⁴, ya que si bien no se puede pensar aquí en circunstancias totalmente propias de uno de los sujetos, no es menos inaceptable pensar que son únicamente relevantes las circunstancias que no afectan a la persona y que se manifestarían a todo el que tiene la condición de tercero. Así, me parece, se debe distinguir lo estrictamente objetivo (en donde la objetividad viene dada por la apreciación de los terceros), de lo objetivo en contraposición a lo subjetivo (es decir la tendencia errónea, pero extendida, de llamar objetivo a todo lo que no es subjetivo). Por lo tanto, repetimos, no es posible hablar de una objetividad ni de una subjetividad técnicamente hablando; siendo necesario que se introduzca el criterio intermedio de la "intersubjetividad". Median-

18 BETTI, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1959.

19 La exposición de motivos señala que se han introducido "elementos objetivos para apreciar la conocibilidad del error". No sabemos hasta qué punto la calidad (cualidad) de las partes sea un elemento objetivo. EXPOSICION DE MOTIVOS Y COMENTARIOS. CODIGO CIVIL. Delia Revoredo de Debakey. Lima 1985.

20 Nos abstenemos de citar nombres.

21 Ni siquiera en los negocios unilaterales ya que en estos (y en todo negocio) la declaración es tan solo uno de los elementos de la estructura del negocio conjuntamente con la causa.

22 BARCELONA. *Profili de la Teoria dell'errore nel negozio giuridico*. Padora. 1962.

23 CARNELUTTI, Francesco. *Teoría General del Derecho*. Traducción de Francisco Javier Osset. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1955.

24 Como lo hace Vidal en su comentario al libro de Acto Jurídico, ver cita 19.

te la intersubjetividad se tendrán en cuenta las circunstancias que acompañen a ambas partes, refiriéndose a hechos comunes a la actividad personal de los sujetos interesados.

De manera muy diferente es necesario valorar las cualidades de las partes²⁵ que han de tenerse en cuenta para apreciar la reconocibilidad, pues las cualidades de las partes indudablemente se refieren al aspecto subjetivo. Por esto es importante evaluarlas tratando de alguna manera de atenuar el subjetivismo que impregna su sola enunciación.

Se debe anotar primero que la cualidad es una dote permanente del sujeto, una característica suya no pasajera, y como tal, debe ser manifestada de forma no temporal o accidental. Por ejemplo, consideran cualidades relevantes para la valoración la experiencia particular del sujeto sobre el objeto de la prestación, profesión, condición social; mientras que no se consideran relevantes las condiciones estrictamente pasajeras de salud mental y de condiciones físicas particulares²⁶.

En segundo lugar, la doctrina más especializada en materia de error, asigna distinta importancia a las cualidades de las partes según se trate de las calidades del que yerra o de las del que recibe la declaración viciada²⁷. Las primeras cobran importancia en cuanto son aptas para hacer caer en el error y por tanto para mostrar su existencia (p.e. condición social), y las segundas en cuanto influyan sobre la posibilidad de descubrirlo. De esta distinción se deduce que las cualidades del que incurre en error sólo pueden ser tenidas en cuenta, aplicando la intersubjetividad, cuando son efectivamente conocidas por la otra parte, porque no se puede razonablemente exigir al destinatario de la declaración que aprecie el error de la otra basado en una cualidad que no conoce; en tanto que las cualidades del destinatario de la declaración son relevantes en sí mismas porque de ellas depende que el error se reconozca o no, no importando aquí para nada que sean conocidas por la otra parte.

Por ejemplo, no sólo será suficiente que la cualidad del que yerra sea permanente, para ser tomada en cuenta en la reconocibilidad; es necesario también que sea conocida por la otra parte.

Para terminar con este breve planteamiento en relación al Código Civil, es necesario abordar el problema de si es posible que uno solo de los elementos previstos en el Art. 203 haga reconocible el error. Para ello analizaremos el texto y la posibilidad lógica de tal solución.

En primer lugar, no creemos que del texto del Art. 203 C.C. pueda inferirse la necesidad de la presencia de todos los elementos previstos allí para declarar efectivamente la reconocibilidad por la presencia de la conjunción "o", que haría pensar en una alternativa antes que en una conjuntividad de los elementos de reconocimiento del error. Por otro lado, tampoco es lógico exigir la existencia de todos los elementos del Art. 203, pues la ley se preocupa únicamente de excluir la relevancia de otros requisitos no previstos para la reconocibilidad y no limita la eficacia reveladora de cada uno de ellos. En consideración a esto, nos inclinamos a opinar que los requisitos previstos por el Art. 203 C.C. pueden, en un determinado supuesto, actuar de manera separada adquiriendo relevancia independientemente de los demás.

Con esto, concluimos estos breves apuntes en torno a la reconocibilidad. No creemos que nuestro trabajo sea meramente abstracto, como muchos dirían, por no estar conectado con los temas de moda (?); por el contrario creemos que nuestro tema tiene una gran vinculación con la realidad negocial en la que los sujetos autoregulan sus intereses. Al respecto Díez Picazo señala que "muchas veces nos encontramos ante una serie de supuestos en los cuales lo que hay que hacer es decidir la justicia o la injusticia de la perpetuación de la vinculación contractual"²⁸. En esto radica la importancia de la reconocibilidad del error.

25 Denominadas por el código como calidades.

26 Dejando a salvo la referencia posible de estos supuestos en la incapacidad natural, por lo que no serían relevantes solamente en el error.

27 BARCELONA. Op. cit., FUBINI. *La dottrina dell'errore*. 1967, PIETROBON. Op. cit., etc.

28 DIEZ PICAZO, José Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Ed. Tecnos. Madrid. 1986. t. I p. 118.

¿Cómo conceptualizar el Derecho Consuetudinario?

Carlos Soria*

Pretendemos discutir el concepto de Derecho consuetudinario en el caso de los pueblos indígenas amazónicos. En primer lugar, es necesario preguntarse por el tipo de sociedad que constituyen los pueblos amazónicos, pues es claro que cada sociedad es un producto histórico y por ende genera sus propias instituciones de acuerdo con sus particulares necesidades. Siguiendo a Clastres¹, la existencia del Estado, en tanto fenómeno representativo del poder político de un conglomerado social, es característica que diferencia a las sociedades primitivas respecto de aquellas que en sus procesos históricos han desarrollado un sistema más o menos complejo y articulado de instituciones y formas organizativas, sociales y políticas. El desarrollo de una sociedad con estas características exige que, en ese proceso, las formas de vida y relación intergrupales alcancen niveles claramente diferenciadores entre sus miembros, permitiendo vislumbrar a su interior una estratificación sectorial con la presencia de grupos que hacen uso directo de la representación y poder político encarnado en el Estado, que son quienes desarrollan prácticas sociales por las cuales, en tanto clase dominante, establecen su supremacía ideológica de manera hegemónica respecto de los grupos subordinados, ejerciendo a plenitud su capacidad de decisión respecto del otro segmento social convocado a cumplir y ejecutar las disposiciones emanadas del poder.

Así, las formas comunitarias de coerción y manejo social, de corporeidad unitaria, de consenso grupal, son reemplazadas y asumidas por una instancia superior, impersonal, que debido a su natu-

raleza se ubica sobre y separada del cuerpo social, que traza una línea al interior del grupo, antes heterogéneo, ahora claramente estratificado entre quienes se encuentran en ejercicio del poder con manejo del entorno social y aquellos que son objeto del control, elementos claramente diferenciados por la relación dominación-subordinación que imprime esta forma superior de control y dirección social.

Cuando hacemos referencia a los impactos provocados por el Estado en las comunidades no estratificadas, conforme a las características antes señaladas, debemos tomar como punto de partida que estos impactos tienen una clara identificación con procesos políticos, económicos e ideológicos vinculados a intereses específicos que tienen que ver con la implementación de nociones como desarrollo, nacionalismo, colonialismo, o neocolonialismo, en tanto formas concretas de relación entre entidades como niveles disímiles y diferenciados de historia, cultura y conformación social.

SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHO CONSUETUDINARIO

Para Stavenhagen, lo que caracteriza al Derecho consuetudinario indígena "es precisamente que se trata de un conjunto de costumbres reconocidas y compartidas por una colectividad (comunidad, pueblo, tribu, grupo étnico o religioso, etc.), a diferencia de leyes escritas que emanan de una autoridad política constituida y, cuya aplicación está en manos de esta autoridad, es decir, generalmente el Estado. La diferencia fundamental, en-

* Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Asesor de la Comisión Revisora del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales del Perú. Actualmente cursa una Maestría en Ciencias Sociales con mención en Estudios Amazónicos en la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Sede Ecuador.

1. Pierre Clastres. *Investigaciones en Antropología Política*. Gedisa, Barcelona, 1981.
Society Against the State. Blacwell. 1988.

tones, sería que el Derecho positivo está vinculado al poder estatal, en tanto que el Derecho consuetudinario es propio de sociedades que carecen de Estado, o simplemente operan sin referencia al Estado”.

“... la costumbre jurídica o Derecho consuetudinario en las sociedades tribales o menos complejas no constituye una esfera diferente o autónoma de la sociedad. Por el contrario, aquí lo jurídico se encuentra inmerso en la estructura social (subrayado nuestro). No existe, por lo general, un aparato administrativo específico ni los especialistas profesionales encargados de elaborar y/o aplicar el Derecho. Los propios miembros de la sociedad no distinguen, con frecuencia, un ámbito específico de lo legal distinto al conjunto de costumbres y normas de comportamiento y de control social, y aún para los observadores extraños resulta a veces difícil trazar los límites de lo propiamente jurídico en estas sociedades (de ahí que, como se decía anteriormente, la antropología se haya ocupado poco del asunto, y la ciencia jurídica prácticamente lo ignore)”².

A ello habría que agregar, que un elemento distintivo del Derecho consuetudinario es el hecho de ser generado por un sujeto colectivo difuso, de ser también verificado de manera colectiva y, siendo por ello ante todo recreación. No es el caso del Derecho positivo moderno donde si bien en la generación de la norma pueden intervenir muchas personas, el sujeto es unívoco: la autoridad. Por otro lado, un elemento distintivo del Derecho positivo, pontificado por todos sus teóricos, es la existencia unívoca de la norma, que permite al enfrentarla, conocer de manera más o menos cierta su contenido; “la ignorancia del Derecho no excusa su aplicación”, es un viejo adagio jurídico, muestra la preminencia del formalismo jurídico sobre la realidad social.

Por otro lado, el Derecho consuetudinario es parte del desarrollo social, es parte de la vida social, no está separado, su existencia se explica por ser un elemento de necesidad para la vida del grupo, sus normas tienen por objeto atender de mane-

ra directa a la subsistencia del grupo. En tal sentido, es necesario tener presente que las sociedades amazónicas, son -según Clastres³- sociedades donde no hay división interna, son sociedades sin clases, es decir, sin una división entre dominadores y dominados, sociedades donde no existe un órgano de poder decisivo en la configuración del control social y el desarrollo particular del derecho, no digamos siquiera positivista.

Según Clastres, las sociedades amazónicas son sociedades maduras, no primitivas, que rechazan la aparición de un órgano político, un órgano de poder separado de la sociedad, debiéndose ello al deseo de “conjurar la aparición en su seno de la desigualdad entre señores y sujetos, entre el jefe y la tribu”, pues ejercer el poder es dominar y, en consecuencia, ocasionar la separación entre quien domina y quien obedece. Clastres asegura que estos pueblos “saben muy bien que si renuncian a esta lucha, si cesan de contener esas fuerzas subterráneas que se llaman deseo de poder y deseo de sumisión y sin cuya liberación no se puede comprender la irrupción de la dominación y la servidumbre, perderían su libertad”. Por eso el ejercicio mismo del Derecho tiene una caracterización absolutamente distinta a la del Derecho positivista, no es posible una autoridad generadora de Derecho y dirimente, por ello es innecesaria la separación entre Derecho y vida social.

Ahora bien, esta postura de Clastres pretende explicar el desarrollo histórico de estas sociedades amazónicas, sin embargo, hoy en día la relación entre sociedad indígena y sociedad nacional o economía capitalista, determinan variaciones en el comportamiento social y en el Derecho mismo. Muestra de ello es el caso de la sociedad aguaruna tal como lo explica Ballón, quien ha comprobado:

“el cambio de las normas primarias existentes entre la población aguaruna del Chiriaco. No obstante la ruptura del aspecto más físico de la norma de sanción tradicional, ellas perviven bajo un mecanismo similar: el de compensación”.

“...[además] la sociedad aguaruna reconoce la validez de los cambios, y de hecho ha introducido uno de magnitud tal que no puede ser negado aludiendo a la simple fórmula de sostener que preexistía norma secundaria de cambio”.

2. Rodolfo Stavenhagen y otros. *Entre la ley y la costumbre*. Instituto Indigenista Americano-Instituto Interamericano de Derechos Humanos. México. s/f. p. 29-30.

3. Pierre Clastres. *Society Against State*. Blackwell. 1988.

Esta constatación de Ballón nos muestra la apertura del Derecho consuetudinario a nuevas condiciones y la recomposición del mismo sin dejar de ser consuetudinario, lo que da paso a un análisis sobre dinamismo o estática en el Derecho consuetudinario.

Stavenhagen y Ballón⁴ coinciden en considerar al Derecho consuetudinario como fundamentalmente dinámico, impugnando desde esta característica, el papel que el Derecho occidental otorga al Derecho consuetudinario. El concepto de Derecho consuetudinario presente en Ballón, es un concepto, si bien todavía difuso, caracterizado por contener instituciones jurídicas, y por ser dinámico, esta afirmación es clave para distinguir una primera diferencia entre el concepto de Derecho consuetudinario presente en la teoría positivista y el que nosotros queremos utilizar. Como bien señala Stavenhagen:

"... Nada más erróneo que la idea simple y simplista que el Derecho consuetudinario de los pueblos indígenas es un conjunto de normas "ancestrales", que se han mantenido inmutables desde la época precolonial"⁵.

La afirmación del carácter dinámico del Derecho consuetudinario es central para la definición de su naturaleza y para la diferenciación con los postulados positivistas. Para los positivistas, el Derecho consuetudinario es una institución primitiva sin capacidad de adaptación a las nuevas condiciones sociales. Esta afirmación es de cuidado, pues un Derecho que no se adapta a los nuevos requerimientos sociales está condenado al desuetudo; sin embargo, cabe preguntarse si la afirmación positivista del carácter estático del Derecho consuetudinario tiene sentido. Veamos qué dicen los positivistas como H. L. A. Hart sobre el punto.

"Un segundo defecto es el carácter estático de las reglas. El único modo de cambio de éstas, conocido por tal sociedad, será el lento proceso de crecimiento, mediante el cual líneas o cursos de

conducta concebidos una vez como optativos, se transforman primero en habituales o usuales, y luego en obligaciones; y el inverso proceso de declinación...[...] En tal sociedad no habrá manera de adaptar deliberadamente las reglas a las circunstancias cambiantes, eliminando las antiguas o introduciendo nuevas..."⁶.

Este problema de la concepción estática del Derecho consuetudinario es, desde la perspectiva occidental, una limitación para la viabilidad del Derecho consuetudinario como regulador de sociedades actuales. Sucede que Hart, está pontificando tres elementos como centrales para la existencia de Derecho y, uno de ellos es la existencia de normas de cambio, normas que él califica de nivel secundario por oposición a las normas primarias que reconoce existen en las sociedades "simples". Según él, estas normas de cambio no existen y por ello no hay "manera de adaptar deliberadamente las reglas a las circunstancias cambiantes, eliminando las antiguas o introduciendo nuevas [normas]".

En nuestra opinión, éste es un planteamiento erróneo, pues este tipo de norma es necesario en un sistema positivista donde resulta indispensable conocer con certeza la vigencia o no de una norma y, donde la forma de creación de ella, para que sea reconocida como tal por el conjunto social, es una sola. Esto puede estar justificado por la seguridad jurídica; sin embargo, la vigencia formal de la norma no garantiza su aplicación por los destinatarios de ella, salvo casos excepcionales, como cuando una norma otorga beneficios. Pero es posible, y de hecho se da -el sector informal es una prueba de ello-, que un conjunto de normas no sea reconocido como útil a los intereses de los destinatarios y, por tanto, no sea aplicable por sobre éstos, mientras que en una sociedad con Derecho consuetudinario es el conjunto social o las partes involucradas en la disputa las que toman la norma existente y la **recrean** aplicándola al caso. En caso de no existir norma, serán las partes en disputa y el grupo social quienes establezcan cuál es el camino a seguir para generar la norma.

4. "Asumo, para efectos de este estudio, una idea amplia de Derecho consuetudinario, la cual abarca las instituciones, las normas, las sanciones, en permanente cambio y dinámica, es decir, una idea distinta a la del Derecho común en la familia anglosajona (no obstante poder contar con algunas similitudes). Pues bien, esta perspectiva amplia contrasta con el tratamiento que en el interior de un Estado reciben los casos de Derecho consuetudinario los que son arrinconados en un espacio reducidísimo (cuando no inexistente) de tolerancia legislativa por excepción".

"...Desde una perspectiva dominante, el Derecho oficial se autorreconoce como el único Derecho existente y puede generosamente validar algún aspecto del consuetudinario o más frecuentemente negarlo. Visto así, lo consuetudinario es un pequeño anaquel de un esquema mayor, de una concepción completa y general del Derecho: positivista, jusnatural o marxista".

Francisco Ballón Aguirre. Sistema Jurídico Aguaruna y Positivismo. En: Rodolfo Stavenhagen y otros. Ob. cit., p. 349.

5. Rodolfo Stavenhagen. Ob. cit., p. 34.

6. H. L. A. Hart. *El Concepto de Derecho*. Abeledo Perrot. Bs. As., 1977. p. 116.

En el caso de los aguaruna de la selva central peruana, el adulterio era castigado con tres marcas de machete sobre la nariz, hoy esa norma no está más vigente. ¿Cómo fue el proceso de cambio? Claro que no fue inmediato, violento, fue fruto de la interacción del grupo aguaruna con otros actores sociales, con la economía de mercado, etc.; sí, pero no sucede acaso que la norma positiva se "va generando también en un proceso más o menos lento" de pre-proyectos, proyectos, consultas -incluso, en las sociedades democráticas se dan consultas a las partes involucradas-, etc. Claro que es posible que una norma jurídica sea dada de manera inmediata, es decir, el Presidente decide dar una norma y sólo consulta con su ministro para que le otorgue la refrendación correspondiente; sí, pero eso no es necesariamente el común denominador. Luego de esta amplia argumentación podemos afirmar, además, que son sistemas jurídicos distintos, pues una institución jurídica, social, política, sólo tiene sentido en la medida en que se adapta a las necesidades de la realidad particular en la que se encuentra inmersa, de modo que un "postulado universal", fruto de una situación particular, difícilmente es universal, como no es universal la monogamia, uno de los pilares de la familia occidental y cristiana.

LA VIABILIDAD DEL DERECHO CONSUETUDINARIO

Aquí hay dos puntos que señalar: el nivel de complejidad social al cual es aplicable el Derecho consuetudinario y, si éste en tal condición puede ser reconocido como sistema jurídico. En primer lugar y, desde una posición intuitiva como la de Hart⁷ parece ser cierto que el nivel de complejidad social al que resulta aplicable el Derecho consuetudinario, puede ser limitado en cuanto a volumen poblacional y a espacio geográfico, pero no nos olvidemos que las normas del Derecho positivo no son las mismas en toda una provincia, no digamos un país, y no por ello el sistema jurídico positivo desaparece ni está en crisis. Sin embargo, en relación con la segunda afirmación, la rechazamos, pues en el mejor estilo de un postulado cientificista pretende universalizar unos elementos, unas pautas, unas condiciones que no sólo son fruto de un momento histórico, como ya dijimos, sino expresión de un sistema político, que es el estatal. Esto es evidente y se halla explicitado por Joseph Raz, quien nos dice:

"Los sistemas jurídicos no son organizaciones sociales autárquicas; son un aspecto o una dimensión de algún sistema político. Este hecho atañe a la delimitación temporal de los sistemas jurídicos continuos [...]. Los criterios jurídicos autónomos son aquellos que derivan del contenido de las disposiciones jurídicas, de sus interrelaciones y de su eficacia. Confiar en ellos, presupone que no sólo el funcionamiento interno, sino, también, los límites precisos del derecho pueden ser fijados sólo sobre la base de consideraciones específicamente jurídicas. Sin embargo, el Derecho es un aspecto de un sistema político, ya sea un estado, una iglesia, una tribu nómada o cualquier otro; tanto su existencia como su identidad se encuentran vinculados con la existencia o identidad del sistema político del cual es parte".⁸

Más aún, Pierre Clastres muestra cómo las sociedades indígenas amazónicas tienen una concepción de lo político, distinta de aquel modelo forjado y desarrollado por occidente⁹. Poder, el de occidente, que va ineludiblemente ligado al concepto de Estado, el mismo que no puede actuar sin un sistema jurídico que lo respalde. Estado y Derecho son los dos elementos claves del desarrollo de la sociedad occidental¹⁰, el positivismo es la expresión más acabada de ello. Clastres señala que desde el inicio de la cultura occidental se ha concebido al poder político en términos de una relación jerarquizada y autoritaria de orden-obediencia, en consecuencia, cualquier forma posible de poder es reducida a la comparación con el modelo que a priori expresa la esencia del poder. Esto -dice Clastres- es lo que les pasó a los cronistas cuando al confrontarse con los indios en el siglo XVI, y "al comprobar que los jefes no poseían ningún poder sobre las tribus, que nadie mandaba y nadie obedecía, declararon que esas gentes no eran civilizadas, que no se trataba de verdaderas sociedades: **Salvajes sin fe, sin ley, sin rey**". Esto mismo sucede con el Derecho consuetudinario, no por una

7. "Es obvio que sólo una pequeña comunidad estrechamente unida por lazos de parentesco, sentimiento común y creencias, y ubicada en un ambiente o circunstancia estable puede vivir con buen resultado según tal régimen de reglas no oficiales. [...] las reglas que el grupo observa no formarán un sistema, sino que serán simplemente un conjunto de pautas o criterios de conducta separados, sin ninguna marca común identificatoria, excepto por supuesto, que ellas son las reglas que un grupo particular de seres humanos acepta. A este respecto se parecerán a nuestras reglas de etiqueta" H. L. A. Hart. Ob. cit., p. 114.

8. Joseph Raz. *El Concepto de Sistema Jurídico*. UNAM. México, 1986. p. 253.

9. Pierre Clastres. *Investigaciones en Antropología Política*. Gedisa, Barcelona. p. 112.

10. Marcial Rubio Correa. *Introducción al Sistema Jurídico*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 1984.

relación analógica sino porque la negación del Derecho del dominado legitima el accionar del dominador.

CONCLUSION

Ahora bien, el problema que se plantea es en qué medida es posible la coexistencia de ambos sistemas jurídicos dentro de un esquema jurídico formal y no simplemente fáctico. Es decir, si bien es cierto que en la realidad los grupos indígenas amazónicos reconocen y utilizan un sistema jurídico consuetudinario de hecho y, a la vez se insertan en la dinámica de los mecanismos formales del derecho positivo moderno, cabe preguntarse cómo y con qué efectos es posible que esta polivalencia del comportamiento jurídico quede plasmada en el Derecho positivo moderno y de esta manera se reconozca plenos efectos jurídicos al Derecho consuetudinario.

En consecuencia, es necesario evaluar las posibilidades de desarrollo y compatibilizar entre Derecho occidental y Derecho consuetudinario. Es decir, mientras por un lado es necesario que el Derecho occidental reconozca los derechos indígenas sobre el territorio y garantice su consolidación frente a las amenazas de los intereses mineros, forestales y petroleros, también es necesario reconocer un espacio de acción al derecho consuetudinario indígena como elemento que permita mantener la identidad cultural de los pueblos amazónicos.

Bibliografía

Francisco Ballón Aguirre. "Sistema Jurídico Aguaruna y Positivismo". En: Rodolfo Stavenhagen

y otros. *Entre la Ley y la Costumbre*. Instituto Indigenista Americano - Instituto Interamericano de Derechos Humanos. México, s/f.

Pierre Clastres. *Investigaciones en Antropología Política*. Gedisa. Barcelona, 1981.

Pierre Clastres. *Society Against State*. Blacwell, 1988.

William Denevan. "La población aborigen de la amazonía en 1492". En: *Amazonía Peruana*, vol III. Nº 5.

Philippe Descola. *La Selva Culta*. Abya Yala. Quito, 1989.

Marvin Harris. *Culture, People, Nature*. Crowell. Nueva York, 1975.

H.L.A. Hart. *El Concepto de Derecho*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1977.

Sally Falk Moore. "Law and Social Change: the semi autonomous social field as an appropriate subject of study". En: *Law and Society Review*, verano 1973.

Joseph Raz. *El Concepto de Sistema Jurídico*. UNAM. México, 1986.

Rodolfo Stavenhagen, otros. *Entre la Ley y la Costumbre*. Instituto Indigenista Americano - Instituto Interamericano de Derechos Humanos. México, s/f.

Norman E. Whitten, Jr. "Hacia la Conceptualización del Poder en la Amazonía Ecuatoriana". En: *Relaciones Interétnicas y Adaptación Cultural*. Mundo Shuar. Quito, 1984.

PRO DERECHO

Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Universitaria s/n Pueblo Libre

A nuestros amigos:

En 1992 la Pontificia Universidad Católica del Perú cumplirá 75 años de vida. Para esta importante fecha ya contaremos con un moderno pabellón y nos gustaría tener también el Auditorio terminado. Es nuestra meta inaugurar el Auditorio con un evento internacional que se realizará con motivo de dicha celebración.

Hace 2 años, cuando se inició la construcción del nuevo local, pusimos todas nuestras esperanzas en ustedes y, a pesar de la difícil situación que atravesaba nuestro país, juntos logramos culminar la obra. Hoy, aún sabiendo que la situación no ha variado sustancialmente, volvemos con la misma fe a solicitar su ayuda. Sabemos que sin ustedes nuestros objetivos no serán alcanzados y confiamos como la primera vez en que juntos podemos dar el ULTIMO PASO.

Sin perjuicio de otras contribuciones que nuestros benefactores nos puedan brindar, Pro-Derecho ha considerado oportuno que cada butaca del auditorio sea un testimonio del esfuerzo y del apoyo de sus colaboradores.

Por ello se ha establecido un mecanismo mediante el cual existan donaciones para la "compra" de 350 butacas.

En reconocimiento del presente esfuerzo, el nombre de cada donante aparecerá simbólicamente en las propias butacas del auditorio.

El valor de cada butaca es el siguiente:

<i>Butaca "Sección A"</i>	<i>US\$ 500.00</i>
<i>Butaca "Sección B"</i>	<i>US\$ 350.00</i>
<i>Butaca "Sección C"</i>	<i>US\$ 200.00</i>

Procedencia de la Acción de Amparo contra las Resoluciones emanadas de un Procedimiento de Reducción de Personal

Grupo de Investigación de Thémis*

Exp. N° 1582-89

Lima, 11 de mayo de 1990

VISTOS; con el acompañado; con lo expuesto por el Señor Fiscal; y, CONSIDERANDO: que conforme lo determina el artículo ciento tres del Reglamento de Normas Generales de Procedimiento Administrativo -Decreto Supremo número cero cero seis-SC, de fecha once de noviembre de mil novecientos sesentisiete- la vía administrativa queda agotada con la resolución expedida en Segunda Instancia; que en tal virtud y habiéndose dado cumplimiento al referido presupuesto, la vía previa se ha agotado, por lo que la presente acción resulta admisible; que, por otro lado, conforme se desprende de los fundamentos de la Resolución Sub-Directoral número trescientos treintaicinco-ochentiocho-uno-SD-NEC su fecha catorce de julio de mil novecientos ochentiocho y confirmada mediante Resolución Directoral número cero cincuentiséis-ochentaiocho-DR/HYO, su fecha dieciséis de setiembre del mismo año, obrantes a fojas ciento treintaiocho y ciento cincuentaicinco respectivamente del expediente acompañado, los motivos que se han tenido en cuenta para autorizar la reducción del personal, han sido de tipo técnico-económico; que, la causa de tipo económico ha sido desvirtuada con la opinión del Director General de Transporte Aéreo en su dictamen de fojas veinticinco y veintiséis, en la que al referirse a tal aspecto indica que "La Empresa Eastern Airlines goza de capacidad económica, lo que le permite mantenerse operando en el Perú, y ser concesionario de un permiso de operación"; que ello permite inferir que la causal de reducción de personal en

que se apoya la solicitud de la empresa demandada no ha sido de orden económico sino de otra índole; que por otro lado, conforme se desprende de la solicitud presentada por la empresa demandada pidiendo autorización para reducir personal y que específicamente corre a fojas once del expediente acompañado se indica que las funciones que desempeñaba el actor han sido netamente de servicios, tales como el control de entrega de alimentos procesados, inventario de equipo de licorres, control en la limpieza de cantina y servicios higiénicos de los pasajeros; asimismo es necesario analizar lo manifestado por la empresa demandada en el punto 2 "e" del escrito anteriormente aludido, cuando textualmente dice: "queda únicamente el caso del Señor Larenas -refiriéndose al actor- quien, por limitaciones en el idioma Inglés, no ha podido ser asignado a otra colocación, es decir, sustento contraproducente al considerar las funciones de servicio -como el no dominar el idioma Inglés- como la causal de tipo técnico; que, en el caso de autos, si bien es cierto que la petición de autorización de reducción de personal en que se ha apoyado la empresa demandada se encuentra amparada en el inciso b) del artículo cuarto de la Ley número veinticuatro mil quinientos catorce, también es cierto que dichas causales-respecto al actor- no han sido probadas en forma alguna e incidir en ella se estaría violando el derecho que tiene toda persona a la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de idioma, consagrado en el inciso segundo del artículo segundo de la Constitución Política del Estado, y como consecuencia de ello, se atentaría contra el derecho a ejercer libremente su trabajo, también consagrado por nuestra carta magna; declararon: HABER NULIDAD en la sen-

* El grupo de investigación estuvo integrado por José Ignacio Castro O., Carlos Cornejo V., Enrique Felices S. y Juan José Martínez O.

tencia de vista de fojas doscientos ocho, su fecha cinco de julio de mil novecientos ochentinueve que, confirmando la apelada de fojas ciento treintaitrés, fechada el dieciséis de febrero de mismo año, declara improcedente la acción de amparo interpuesta a fojas sesentiséis por don Raúl Larenas Cáceres contra la Empresa Eastern Airlines Sucursal del Perú; reformando la resolución recurrida y revocando la apelada; declararon FUNDADA la referida acción de Amparo y, en consecuencia deja sin efecto las Resoluciones: Sub Directoral número trescientos treintaicinco-ochentaiocho-uno-SD-NEC su fecha catorce de julio de mil novecientos ochentaiocho y, Directoral número cero cincuentaesiochentaiocho-DR/HYO, su fecha dieciséis de setiembre del mismo año, quedando sin efecto la carta notarial de despido, su fecha siete de octubre de mil novecientos ochentaiocho; debiéndose incorporar el actor a sus labores, en el mismo cargo y condiciones en que se encontraba antes de la culminación de la relación laboral; y constituyendo la presente, resolución final; DISPUSIERON: se publique en el diario oficial "El Peruano" dentro del término que establece el artículo cuarentaidos de la Ley número veintitrés mil quinientos seis; y los devolvieron.

S.S.

MELENDEZ O.
MANRIQUE D.
MARTOS B.
CASTILLO C.
MONTROYA A.

I. Antecedentes

En 1984, medidas adoptadas por el gobierno de Estados Unidos originaron que las aerolíneas peruanas no pudieran sobrevolar su espacio aéreo. Como consecuencia de ello, el gobierno peruano dispuso la misma prohibición para las aerolíneas estadounidenses. Esta mutua limitación se mantuvo hasta 1987, fecha en la cual se levantó la prohibición, reanudándose los vuelos con destino al Perú.

A raíz de ello, la Empresa, en el afán de llevar a cabo una reorganización administrativa, se vio en la necesidad de reducir departamentos y suprimir funciones, encontrándose obligada a solicitar ante la Autoridad Administrativa de Trabajo la respectiva reducción de personal, alegando razones técnicas y económicas.

El actor, empleado desde hacía 28 años en la Empresa y elegido dirigente sindical para el período 1987-1988, con la pretendida reorganización fue calificado por su empleador como "excedente no reubicable" y, por lo tanto, pasible de ser despedido por este procedimiento.

Así, en primera instancia administrativa, la Sub-Dirección de Trabajo aprobó la solicitud de reducción de cinco trabajadores, entre los cuales se encontraba el actor. En segunda instancia, la Resolución Directoral No. 056-88-DR/HYO confirmó la apelada, autorizando el despido.

Ante esta situación, el demandante, con el objeto de impugnar las mencionadas resoluciones administrativas, interpuso acción de amparo alegando la violación de sus derechos a la estabilidad en el trabajo, fuero sindical, jubilación oportuna, debido proceso e igualdad ante la ley.

En la vía judicial, el Juzgado de primera instancia declaró improcedente la acción de amparo, resolución que fue confirmada por la Corte Superior de Lima.

Finalmente, la Corte Suprema declaró haber nulidad en la sentencia de vista, dejando sin efecto las resoluciones administrativas y ordenando la reincorporación del actor en el cargo en que se encontraba al producirse el despido. El fundamento de esta decisión estuvo en la violación del derecho de igualdad ante la ley sin discriminación alguna por razón de idioma, en razón que el actor no dominaba la lengua inglesa, consagrado en el inciso 2 del artículo 2 de nuestra Constitución Política.

II. Naturaleza de las Resoluciones Administrativas

El objetivo de la acción de amparo interpuesta fue dejar sin efecto las resoluciones administrativas emitidas en el procedimiento de reducción de personal llevado a cabo por la Empresa ante el Ministerio de Trabajo y Promoción Social, alegando razones técnicas y económicas en virtud de los artículos 4, inciso b) (causa justa de despido) y 16, inciso b) (reducción de personal) de la Ley 24514 (Ley de Estabilidad en el Trabajo).

Por este procedimiento, el mencionado Ministerio autoriza, cuando se reúnan las condiciones para ello, la terminación de los contratos de trabajo de los servidores involucrados. Este despido colectivo responde al sistema de Despido Propuesta existente en la doctrina laboral, mediante el cual el empleador, quien tiene la voluntad de despedir pero no la facultad de hacerlo, debe elevar una propuesta de despido a un ente, organismo o persona distinta del empleador, que es el que en definitiva dispondrá o no la terminación del contrato de trabajo.

Esta autorización de despido otorgada por el Ministerio de Trabajo y Promoción Social se plasma en una resolución administrativa. Por ello, creemos necesario determinar si ésta responde efectivamente a una función administrativa de-

sempeñada por el Ministerio mencionado, o por el contrario, si la función que éste se encuentra desarrollando en estos procedimientos es una jurisdiccional.

Con este fin, analizaremos el tipo de conflicto laboral involucrado en los procedimientos de reducción de personal. La doctrina señala que en las relaciones laborales existen dos tipos de conflictos: los jurídicos y los económicos o de intereses.

Sobre los primeros, se dice que derivan de discrepancias relativas a la aplicación o interpretación de una norma pre-existente, estatal o convenida colectivamente¹, por lo que en la resolución que pone fin al conflicto hay una declaración de derechos y, en consecuencia, responde a una función jurisdiccional², entendiéndose por ésta a la actividad que desarrolla el Estado para resolver, como un tercero imparcial, un conflicto entre particulares a través de un proceso reglado en forma previa y heterónoma, que en estricto le es ajeno. Esta función implica la sanción del Derecho vigente, para un caso concreto, basado en la adecuación de los elementos debidamente probados a los supuestos normativos existentes.

En cuanto a los segundos, se sostiene que son aquellos que tienen por objeto la creación de nuevas reglas normativas que regirán las relaciones entre las partes, a través del acuerdo directo entre ellas, la conciliación, mediación y arbitraje, siendo estos últimos, medios de solución indirectos pues participa en ellos un tercero, ya sea junto a las partes o en sustitución de las mismas.

El procedimiento de reducción de personal previsto por la Ley 24514, como se mencionó anteriormente, señalaba a la Autoridad Administrativa de Trabajo, como entidad distinta del empleador, competente para autorizar el despido por causas económicas, técnicas y caso fortuito o fuerza mayor, a través de un procedimiento que incluía la conciliación y, en caso de no producirse ésta, la resolución final por ella. La reducción de personal contenía, entonces, ambos tipos de conflictos de trabajo; el jurídico -facultar al empleador a ejercer su voluntad de despido- y el económico -objeto de la reducción y procedimiento de la misma-. Por ello, pensamos que el conflicto involucrado era un híbrido atípico, donde primaba la función administrativa sobre la jurisdiccional, entendiéndola como la actividad de gestión y servicio que desarrollan

los órganos públicos y que tienen como finalidad el bien común, pudiendo ser desarrollada por diversos órganos, pero principalmente por el Ejecutivo.

Si, como hemos concluido, las resoluciones autoritativas son por naturaleza administrativas, ellas pueden ser revisadas ante el Poder Judicial a través de dos vías: la ordinaria, acción contencioso-administrativa según el artículo 240 constitucional, y la acción de amparo, siempre que se hayan vulnerado derechos fundamentales consagrados por la Constitución Política en virtud del artículo 295 de la misma.

III. LA Acción de Amparo en nuestro medio

La Acción de Amparo, mecanismo indispensable para la funcionalidad del Estado de Derecho -sin el cual éste sería prácticamente inimaginable- es una garantía constitucional que consiste en un procedimiento sumarisimo de tipo excepcional, destinado a conseguir la inmediata reposición de derechos constitucionales violados por actos de la autoridad o particulares.

A diferencia de otros sistemas normativos³, el nuestro no prevé una especialización del amparo en razón de la materia. En consecuencia, no existe un órgano ni un trámite especial para el amparo laboral.

Definida la acción de amparo, es menester, como bien señala Samuel Abad, avocarnos a la búsqueda de su adecuada inserción dentro del sistema procesal vigente, intentando al mismo tiempo perfilar su naturaleza, sea o no una acción considerada de tipo excepcional.

En nuestro ordenamiento jurídico, de acuerdo a la Ley de Habeas Corpus y Amparo (Ley No. 23506 y modificatorias), son dos los requisitos de procedibilidad de la referida acción de garantía:

- 1.- el agotamiento de las vías previas; y
- 2.- la violación de un derecho fundamental.

Refiriéndonos sólo al primero -y dejando el segundo para un análisis posterior- es preciso apuntar la importancia de no confundir las vías previas con las denominadas vías paralelas. Estas últimas, "también llamadas convergentes o concurrentes, son todo procedimiento judicial (ordinario, sumario,

1. Coyuntura Laboral. Lima. Octubre de 1992. p. 9.

2. De la Villa Gil y otros. Instituciones de Derecho del Trabajo. Editorial Ceura. Madrid. 1983. p. 255.

3. La legislación argentina, por ejemplo, prevé un trámite especial para proteger los derechos laborales que pueden ser materia de amparo. Así, las Constituciones de las Provincias del Chaco o de Santa Cruz -por citar algunas- recogen este particular procedimiento de "amparo laboral".

especial, etc.) distinto al amparo, mediante el cual se puede obtener la protección del derecho constitucional vulnerado o amenazado”⁴.

La Ley No. 23506, como antes señaláramos, postula como presupuesto necesario para la procedencia de la acción de amparo, el agotamiento de las vías previas⁵. Únicamente en casos muy particulares, previstos taxativamente en la misma Ley, se permite al afectado prescindir de tal requisito.

La exigencia del agotamiento de las vías previas se justifica por el carácter esencialmente excepcional de las acciones de garantía. Es sólo cuando todos los posibles medios procesales han sido agotados que el amparo resulta viable: “únicamente es admisible el amparo, entonces, ante la inoperancia de todos los demás trámites procesales ya legislados, para atender idóneamente el problema planteado: el amparo, se ha dicho, presupone el desamparo”⁶.

En el caso concreto, siguiendo lo señalado por la sentencia comentada, la vía previa administrativa queda agotada con la resolución expedida en segunda instancia. Ello supone haber interpuesto Recurso de Apelación, como efectivamente sucedió, pues la Resolución Sub-Directoral No. 335-88 expedida por la Sub Dirección de Trabajo que autorizó la reducción de personal fue apelada por el Sindicato de la Empresa.

En opinión de un buen sector de nuestra doctrina constitucional⁷, no procede “interponer una acción de amparo cuando hay una acción común que también pueda intentarse con el objeto de cautelar el mismo derecho”⁸.

Es justamente a propósito de este punto, que debe analizarse la problemática que fluye del concepto “vías paralelas”. Habiéndolas ya definido, cabe anotar que la posición, en desmedro de otras⁹, esgrimida por nuestro Poder Judicial fue la de en-

tender concedido a quien corresponda, un derecho de opción para acudir a la vía judicial ordinaria o al amparo.

Por su parte, el hoy desactivado Tribunal de Garantías Constitucionales siguiendo los -cuestionables- criterios del Poder Judicial, entendió que era posible conceder al agraviado la facultad de optar entre el remedio sumarísimo del amparo o la vía judicial ordinaria.

Ahora bien, la justificación de esta postura la encontramos en el inciso tercero del artículo sexto de la Ley No. 23506, que señala la improcedencia de las acciones de garantía cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria. Sin embargo, cabe preguntarse ¿puede el agraviado optar libremente por la vía que considere más conveniente a sus intereses?. La respuesta es no. No puede el agraviado acudir a la acción de amparo sino cuando la vía ordinaria, sumaria, especial, etc. -que apunta también a la protección del derecho constitucional vulnerado o amenazado- no se ajuste a los intereses de éste, por no revestir las garantías suficientes, por ser muy dilatada, o por no brindar recursos procesales, etc. Además, no debe perderse de vista el carácter extraordinario puesto de relieve en la definición, que postuláramos.

Consideramos también, que la acción en cuestión- además de paralela- es excluyente, pues no se puede ir simultáneamente por la vía ordinaria (entiéndase judicial) y por la extraordinaria. “...de permitirse acudir al amparo cuando ya se haya utilizado la vía judicial no sólo se desvirtua su carácter excepcional, sino que se colocaría al demandante en una situación de ventaja en perjuicio del principio de igualdad en el ejercicio de los derechos procesales”¹⁰. Resulta viable, empero, recurrir a la vía judicial aún después de haber hecho lo propio con el amparo, aunque no suceda lo mismo en el caso contrario.

4. Artículo 27 de la Ley No. 23506: “Sólo procede la acción de amparo cuando se hayan agotado las vías previas”.

5. Sagúez, Néstor Pedro. Derecho Procesal Constitucional: Acción de Amparo. Editorial Astrea. 1988, p. 166.

6. Abad Yupanqui, Samuel. Acción de Amparo y Vías Paralelas: En Lecturas sobre Temas Constitucionales. No. 4. Comisión Andina de Juristas. Lima. Abril de 1990. p. 149.

7. Sobre este punto, V. Borea Odría, Alberto. Las Garantías Constitucionales: Habeas Corpus y Amparo. J.V.C. Ediciones. Lima. 1992 p. 81. También, Abad Yupanqui, Samuel. Acción de Amparo y Vías Paralelas. op. cit. p. 137.

8. Borea Odría, Alberto. op. cit. p. 81.

9. En otras ocasiones la Corte- sin desconocer aquel derecho de opción otorgado al quejoso- ha tratado de delinear los caracteres de la vía paralela. Así, en los seguidos por Carlos Carrillo Smith con Empresa de Telecomunicaciones del Perú S.A., resuelto por la Corte Suprema el 24-08-87, se sostuvo: “...la accionante por los mismos hechos que sirven de fundamento a la acción de amparo ha interpuesto demanda en la vía judicial para conseguir las mismas finalidades que persigue con la acción de amparo,(...) recurriendo de ese modo a la vía paralela, por lo que de conformidad con lo dispuesto por el artículo sexto, apartado tercero de la Ley número veintitres mil quinientos seis declararon(...) improcedente la referida demanda...”. (El Peruano -Ejecutorias Supremas- 17-05-88). En Abad Yupanqui, Samuel. op. cit. p. 141.

10. Sagúez, Néstor Pedro. op. cit. p. 166.

IV Excepcionalidad de la Acción de Amparo

Apuntado ya, a modo de conclusión parcial, el carácter excepcional de la acción de amparo, debemos señalar que asumir lo contrario sería fomentar la amparización de la administración de justicia, o contrario sensu, la ordinarización de la acción de amparo, lo cual es absurdo porque, a propósito del segundo requisito de procedibilidad - que ahora analizamos - de la acción que nos convoca, no cabe afirmar que todos los derechos fundamentales se defiendan vía acción de amparo, dado que la vía adecuada para ello es la ordinaria. No interesa si el derecho es fundamental o no; no es que los derechos fundamentales se defiendan vía acción de amparo y los no fundamentales vía acción ordinaria, ya que para la defensa de todos los derechos, fundamentales o no, se debe acudir a la vía ordinaria, y sólo excepcionalmente, respecto de algunos de esos derechos, hacer lo propio pero en la vía extraordinaria (amparo).

Si hemos dicho que sólo excepcionalmente podrá acudirse al amparo, ¿cuáles son esas excepciones?. Recogiendo la experiencia argentina, existe un único supuesto excepcional, aquél en el cual la recurrencia al procedimiento ordinario tomara en irreparable el daño originado en la violación del derecho, lo cual se condice clara y perfectamente con el objeto de las acciones de garantía que persiguen la reposición de los derechos constitucionales al estado inmediatamente anterior a la violación.

Es de destacar, que en el afán de determinar la excepcionalidad de la acción de amparo, no debe perderse de vista el peligro que ello conlleva, pues en ese proceso se corre el riesgo de convertir al amparo en una acción a la que se le desaparezca su ámbito de actuación, o lo que es lo mismo decir, no encuentre supuestos de aplicación.

V Procedencia de la Acción de Amparo

Recogiendo lo ya apuntado, la acción de amparo sólo será viable cuando reuna los siguientes requisitos:

- 1.- no haya vía paralela, o la existente no resulte adecuada;
- 2.- el derecho fundamental violado sea de preceptividad inmediata;
- 3.- para proteger el contenido más importante, o esencial, de un derecho fundamental; y
- 4.- se haya agotado la vía previa.

Los derechos constitucionales invocados por el agraviado son:

- la estabilidad en el trabajo (artículo 48).
- la libertad sindical y fuero sindical (artículo 51).
- la negociación colectiva (celebración y ejecución) (artículo 54).
- la jubilación oportuna (artículo 13).
- el debido proceso (artículo 233).
- el principio de igualdad ante la ley (artículo 2, inciso 2).

Si bien todos estos son derechos fundamentales, lo cual no es suficiente para postular la procedencia de la acción de amparo, es necesario analizar cuál o cuáles de ellos ocasionarían al agraviado -de acudir a la vía ordinaria- un daño irreparable. El único derecho fundamental, de los invocados por el actor, que hace procedente la acción de amparo es el fuero sindical. Ello, atendiendo a la naturaleza de este derecho, cual es proteger a los trabajadores, especialmente a los dirigentes, que desarrollan actividades sindicales contra cualquier acto del empleador que los perjudique por ello. El dirigente sindical es elegido para tal fin por un período determinado, despedirlo sin causa justa, ocasionaría un perjuicio irreparable tanto al líder sindical como a los trabajadores, los que se verán privados de ser representados en forma adecuada ante la Empresa.

En consecuencia, consideramos que la acción de amparo es procedente, en este caso, sólo por la violación del fuero sindical, por cuanto los otros derechos invocados por el actor no se tomarían en irreparables si se acudiese a la vía ordinaria, por lo que, entonces, la sentencia de la Corte Suprema debiera pronunciarse sobre el fondo del asunto, teniendo en tal sentido que señalar si hubo o no causa justificada para la autorización de la reducción de personal. Si la hubo, la acción de amparo debiera ser declarada infundada.

Sin embargo, no nos interesa, para efectos de este análisis, determinar si realmente hubo o no razones técnicas o económicas para la expedición de la antedicha resolución. Nos interesa establecer la procedencia de la acción de amparo contra resoluciones administrativas que autorizan indebidamente una reducción de personal, violando derechos fundamentales.

VI Opinión de la Corte Suprema

El principal argumento esgrimido por la Corte Suprema al resolver el presente caso, es entender que la causal invocada como justificación para llevar a cabo la reducción de personal no fue de orden técnico ni económico, pues apunta contrario a

derecho la extinción de la relación laboral por no dominar el idioma inglés, ya que de ese modo se estaría violando el derecho de igualdad ante la ley, que comprende la no discriminación por razón de idioma, y el derecho al libre ejercicio del trabajo, ambos reconocidos por nuestra Constitución.

Empero, debemos recordar que en el oscuro panorama de nuestro ordenamiento procesal, hemos admitido como único presupuesto de actuación de la acción de amparo la irreparabilidad del daño que podría causarse al agraviado de obligársele a recurrir a la vía ordinaria. En este sentido, los dos derechos analizados en la sentencia, violados en el procedimiento de reducción de personal, no podrían tornarse en irreparables si se hubiera acudido a ella.

Lamentablemente, el ingenio interpretativo y la claridad conceptual puesta de manifiesto al princi-

pio de los considerandos fue perdida al final, ya que los argumentos postulados lejos de ser los adecuados, pusieron de relieve aspectos que no son ajenos a ningún trabajador, ya que cualquier persona, independientemente de su condición laboral, tiene derecho a no ser discriminado por razón de idioma, y al trabajo.

Luego, puede concluirse que si bien es cierto la acción fue declarada fundada, no lo es menos el que debió haberse tomado un camino distinto, que permitiera recorrer y analizar los no pocos problemas que plantea el fuero sindical, en el intento de ser una adecuada garantía, frente a los actos del empleador, para los trabajadores que realizan actividades sindicales.

Lima, diciembre de 1992

Variaciones del Derecho Sucesorio en el Código Civil de 1984

Verónica Zambrano Copello

Tesis sustentada el 30 de setiembre de 1992 ante los Dres. César Fernández Arce, Albert Forsyth Solari, Benjamín Aguilar. SOBRE-SALIENTE.

El vigente Código Civil, promulgado el 24 de julio de 1984, en relación al derogado Código Civil de 1936 muestra variaciones interesantes en el trato brindado a las diversas instituciones que en él se comprenden. El Libro de Sucesiones no es una excepción a esta afirmación, en la sucesión por causa de muerte se perciben innovaciones importantes que merecen ser analizadas.

El trabajo realizado trata, precisamente, de constituirse en un estudio comparado entre los Códigos Civiles de 1936 y 1984, en lo que al tema del Derecho de Sucesiones se refiere.

El estudio de las variaciones del Derecho Sucesorio en el presente trabajo sigue el esquema del Libro de Sucesiones del actual Código Civil con referencias al

Código Civil derogado. La tesis ha sido dividida en seis capítulos, los cuales han sido desarrollados en tres tomos, el segundo tomo compuesto de dos volúmenes.

El primer tomo, que contiene los dos primeros capítulos, está dedicado a analizar el concepto de sucesión y las normas generales contenidas en la Primera Sección del Libro Cuarto del Código Civil actual.

El Capítulo I, titulado "La Sucesión en el Código Civil", trata temas como el concepto de sucesión en la doctrina y en el Código Civil, analizando la posición de nuestra legislación al respecto. Se ocupa también de la naturaleza jurídica del Derecho Sucesorio, sosteniéndose en este punto una posición distinta a la de la doctrina mayoritaria, atribuyéndole un contenido eminentemente patrimonial y negando que este derecho pueda ser calificado exclusivamente como un derecho real. Continúa el capítulo analizando los fundamentos del Derecho de Sucesiones y cuál ha sido el régimen adoptado en nuestra codificación. En este último punto se contempla la posibilidad de que los pactos sucesorios sean admitidos en nuestra legislación, pero de un modo restringido, siempre que cumplan con determinadas condi-

ciones. Finaliza el capítulo analizando comparativamente la ubicación, la denominación y la estructura del Libro de Sucesiones actual y del derogado.

El Capítulo II, titulado "La Sucesión en General" se ocupa de todos los temas comprendidos en la Primera Sección del Libro de Sucesiones actual, los mismos que son analizados comparativamente con la sección equivalente del Código Civil de 1936. Destacan entre las innovaciones señaladas: la regulación autónoma que, por primera vez, se hace de la muerte presunta; la reincorporación en nuestra legislación de la figura del beneficio de inventario; la posibilidad de que opere la responsabilidad ilimitada como regla de excepción; la adopción de la teoría de la dualidad por el legislador de 1984; la distinción y separación de los conceptos de indignidad y de incapacidad; y la exigencia de la concurrencia con un heredero más próximo al causante para que opere la institución de la Representación Sucesoria.

El segundo tomo, tanto en su primer como en su segundo volumen, se ocupa del tema de la Sucesión Testamentaria, correspondiente al Capítulo III de la tesis.

El Capítulo III toca el tema de la Sucesión Testamentaria pasando de aspectos meramente doctrinarios, como son su origen y concepto, al análisis de cada una de las instituciones que en el Código de 1936 y en el Código de 1984 conformaron o conforman la sección referida al mencionado tema. Resultan de mayor importancia, frente a otras, aquellas conclusiones relacionadas con el trato brindado a los testamentos, donde la autora advierte la inexistencia de una norma, tanto en el Código Civil actual como en el Código Civil derogado, que señale de un modo concreto la aplicación o la no aplicación de las normas que conforman el Libro de Acto Jurídico al testamento, que como muchos autores han señalado es un acto jurídico sui-generis y por ello constituye un caso especial en nuestra legislación. La autora advierte el acierto del legislador al incorporar en el Código Civil de 1984 una norma específica en lo concerniente a la capacidad requerida para el otorgamiento del acto testamentario, en tanto la capacidad requerida para este último, no siempre coincide con la requerida para la generalidad de actos jurídicos.

Importantes variaciones son objeto de análisis en el Capítulo III, como por ejemplo la supresión de cuatro de las formalidades requeridas para todos los testamentos en general; la acertada reincorporación, al parecer de la autora, del Testamento Militar; la incorporación de la figura del derecho de habitación vitalicio y gratuito en favor del cónyuge supérstite y la posibilidad de usufructo; la desaparición en el Código Civil de 1984 de la figura del legatario a título universal, que algunos problemas ocasionara en la derogada legislación; y la supresión de la institución de las mejoras, con la cual la autora se encuentra de acuerdo, aunque por razones diversas a las señaladas por el legislador en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, como ella misma lo manifiesta.

El tercer tomo contiene los tres últimos capítulos de la tesis referidos a los temas de la sucesión testada, de la masa hereditaria y de la sucesión internacional.

En el Capítulo IV, titulado "La Sucesión intestada", se distingue la indicación de importantes innovaciones en nuestra legislación, como son la sustitución de la figura de la herencia vacante del Código Civil de 1936 por la de la sucesión del Estado, en el Código de 1984, variación con la que la autora se encuentra de acuerdo por considerar que la vacancia de la herencia no lograba explicar las condiciones en las que la propiedad del "de cuius" pasaba al Estado. Se advierten, también, algunas variaciones en el orden y derechos sucesorios que corresponden a los herederos legales, mereciendo resaltarse la notable mejora de la situación del cónyuge supérstite.

El Capítulo V se ocupa de la masa hereditaria, donde se abordan principalmente aquellos puntos en los que existen variaciones notables por ejemplo la extensión de la obligación de colacionar a todos los herederos forzosos, la introducción del concepto de Empresa, la ampliación del concepto de cargas, entre otros.

Finalmente, el Capítulo VI se encuentra destinado al estudio de la Sucesión Internacional y el distinto trato brindado en nuestra legislación. Las diferencias de fondo y de forma son notables entre el Código Civil actual y el de 1936, en relación al modo en el que cada uno de ellos aborda esta figura. Si bien es cierto, como indica la autora se aborda el punto por una cuestión de rigurosidad, se ha buscado detectar todas las variaciones referentes a los temas de Ley Aplicable y Competencia Jurisdiccional.

El trabajo se encuentra avalado por la consulta a autores extranjeros y nacionales y por la remisión a fuentes legislativas ex-

tranjeras y jurisprudencia nacional.

Finalmente debo manifestar que el trabajo de investigación realizado es excelente y mereció el calificativo de sobresaliente en el examen de grado por su laboriosidad, profundidad y por los importantes aportes que trae consigo.

Lima, noviembre 3 de 1992

César Fernández A.

Regulación y límites del Derecho de Huelga

Juan Carlos Cortés Carcelén

Tesis sustentada para optar en título de abogado ante los Dres. Mario Pasco Cosmópolis y Oscar Ermida Uriarte y Javier Neves Mujica. SOBRESALIENTE

La tesis se ocupa del derecho de huelga, que constituye la manifestación más importante y controvertida del conflicto laboral en las relaciones colectivas. Tras haber sido considerada inicialmente un delito, disfruta hoy de la condición de derecho fundamental, tanto en nuestra Constitución como en diversos instrumentos y jurisprudencia internacional. Este es el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuyo art. 8 inc. 3 lo reconoce, y del Convenio 87 OIT, en cuyo art. 1, referido a la libertad sindical colectiva de gestión, los órganos de control de esa entidad, han encontrado sustento para considerarlo comprendido. Sin embargo, no por ello deja de ser objeto de limitaciones de intensidades variables, según los diversos regímenes jurídicos y políticos. Por ello, dice Ojeda Avilés, que la consagración constitucional del derecho, constituye un punto de llegada, pero también de

partida. El derecho, en definitiva, ha optado por reconocer a los trabajadores su principal expresión de conflicto, pero dentro de un marco determinado.

El énfasis del trabajo que comento está puesto justamente en los límites del derecho de huelga. Tras un primer capítulo en que se fija la bases del tema, se entra en el segundo de lleno a la cuestión de las restricciones en cada uno de los aspectos centrales del derecho: subjetivo, objetivo, procedimental, etc. Así, se presenta con detalle la relación de sujetos que están privados del derecho o lo poseen restringidamente, comparando las reglas constitucionales e internacionales con las legislativa y reglamentarias. Se estudia también con detenimiento, el principal límite externo del derecho, cual es el existente en el caso de los servicios esenciales a la comunidad, en que entran en tensión diversos valores o bienes fundamentales, justificándose la razonable restricción del derecho de huelga en aras a la satisfacción de otros derechos fundamentales, concurrentes y preferentes. Por último, se analiza otros elementos significativos del derecho, como los fines, modalidades, requisitos y efectos que pueden caracterizar al derecho de huelga, ¿Qué objetivos puede perseguir, qué formas puede adoptar (algunas con cesación del trabajo y otras sin ella), qué trámites debe seguir y cuáles son sus consecuencias sobre los derechos individuales de los trabajadores (vacaciones, compensación por tiempo de servicios, etc.)? Tales son algunas de las principales cuestiones que se abordan en esta parte del trabajo.

En mi concepto, el trabajo contiene una visión panorámica del derecho de huelga, construida desde la perspectiva de sus restricciones principales. El autor se apoya en el ordenamiento nacional (previo a la actual Ley de Relaciones Colectiva de Trabajo, que no es muy innovativa en este campo) e internacional sobre la

materia, acudiendo en algunos casos a la jurisprudencia correspondiente. Asimismo, la tesis cuenta con una bibliografía muy completa, que reúne los textos doctrinarios centrales sobre la cuestión, de procedencia peruana y extranjera.

Javier Neves Mujica

La Descentralización económica en el proceso de regionalización: el caso de la transferencia de activos de Enturperú a la Región Inka

Miguel Bueno Olazábal

Tesis sustentada el 22 de octubre de 1992, ante los Dres. Valentín Paniagua, César Landa y Ricardo Salazar. SOBRESALIENTE.

Existen escasas tesis de derecho sobre la descentralización, no obstante constituir todo un título en la Constitución de 1979, sin embargo las tesis que se han sustentado hasta la fecha, se orientan a realizar estudios globales de orden jurídico-político, constitucional y/o administrativos, muy necesarios para entender el proceso de descentralización. Pero, la tesis de Miguel Bueno se distingue por ser la primera en pasar de la investigación del modelo general al trabajo concreto y real de la regionalización, estudiando la transferencia de Enturperú a la Región Inka.

Así, en el primer capítulo, Bueno describe y analiza los límites y las posibilidades de la creación de la Empresa Regional de Turismo de la Región Inka (ENTURIN) a partir del proceso real de la transferencia de activos -y no de acciones- de ENTURPERU a dicha región.

En el segundo capítulo, anali-

za el conflicto normativo que motiva el gobierno central, al expedir el DS N° 111-900-PCM, entre otros; expresando una voluntad política de revertir el proceso de transferencia. Así mismo, estudia las acciones judiciales que se inician a raíz de la reversión de la descentralización.

En el tercer capítulo, hace una suerte de balance del significado de la transferencia y la descentralización económica, en el que pone a discusión aspectos centrales de dicho proceso, como son los alcances de la autonomía económica, las competencias originarias o derivadas y los recursos con que cuenta la región.

La tesis, en definitiva, refleja los diversos grados de gestación y manifestación del conflicto jurídico -normativo y judicial- emprendido por el Gobierno Central y Enturperú con el Gobierno de la Región Inka; buscando los primeros la reversión de la transferencia y el segundo tratando de asegurar la misma. En este accidentado proceso de descentralización, Bueno pone en evidencia los límites y las posibilidades de la descentralización económica.

El tema de tesis adquiere especial relevancia, en el actual período de suspensión de la Constitución y del proceso de regionalización; que en el fondo constituye una expresión del actual derrotero de liberalización de la economía y la consecuente privatización de las empresas del Estado -incluidas las regionales-; paradójicamente, cuando la región Inka buscaba encontrar ingresos propios provenientes del conjunto empresarial asignado a la región, antes que depender de la transferencia de recursos del Gobierno Central.

En tal sentido, la tesis de Bueno trasciende el mero estudio académico, por sus implicancias en la hora actual de la redefinición constitucional de la descentralización.

César Landa Arroyo

Todos aquellos interesados en colaborar con Thémis mediante sugerencias, comentarios o la publicación de artículos y/o investigaciones, podrán comunicarse directamente con cualquiera de los miembros de la revista, acercarse a su oficina en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú o enviarlos a la casilla postal 110711, Lima 11. Los trabajos no podrán exceder de 15 carillas en formato A4, a doble espacio, y deberán entregarse en dos ejemplares.

THĒMIS agradece todo envío, no comprometiéndose a su publicación.

THĒMIS agradece a todas aquellas personas que de una manera u otra han hecho posible la publicación de este número, en especial a:

Carlos Andaluz, Andrés Aramburú Menchaca, Ana María Asmat, Eduardo Barriga Briceño, Claudia Bazalar Roose, Carlos Cárdenas, Carlos Castro Rodríguez, Julio Antonio del Pozo, Dante Díaz Periche, Enrique Felices Garcés, Manuela Fernández, Julio Hajar, Wally Joly, Armando Lazarte, Carlota Lombardi de Zavala, Carlos Montoya Anguerry, Julio Obregón Sevillano, Gabriel Pita, Alejandro Rodríguez, Christian Stein, Filiberto Tarazona, María Yshimura

