

THĒMIS

Revista de Derecho



Entrevistas a Gary Becker, Guido Calabresi y Alan M. Dershowitz
Jorge Avendaño • Luis Díez-Picazo • Antonio Ojeda Avilés • Juan Iglesias
Duncan Kennedy • Atilio A. Alterini • Jorge Peyrano • Juan Monroy
José M. Castán • Javier Neves • César San Martín • Beatriz Boza • Alfredo Bullard
Wilfredo Sanguinetti, • Aníbal Sierralta • Luis A. Liñán

THĒMIS

Revista de Derecho

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

COMITE DIRECTIVO

**Juan Carlos Alvarado O., Elizabeth Briones G., Carlos Cornejo V., Nathalie Díaz S.,
Paul Duclos P., Enrique Felices S.**

MIEMBROS

**Luis Abramovich A., Manuel Barrios A., Héctor Calero R.,
Christian Carbajal V., Augusto Cauti B., Enrique Ferrand R.,
José Juan Haro S., Beatriz Llanos C., Juan José Martínez O., Pedro Ramírez P.,
Sara Sotelo A., Mariella Trujillo W.**

COMITE CONSULTIVO

**Jorge Avendaño V., Carlos Cárdenas Q., Manuel de la Puente L., Baldo Kresalja R.,
Elvira Méndez Ch., Juan Monroy G., Javier Neves M., Fernando de Trazegnies G.**

DIAGRAMACION

Cecilia Segami

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
Correo Electrónico: THEMIS @ PUCP.PE**

**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

THEMIS

Revista de Derecho

Indice

3

Presentación

4

Jorge Avendaño V.

Thémis, número 25

5

Semblanza al Doctor Manuel de la Puente y Lavalle

7

Javier Neves Mujica

Sistema Nacional de Pensiones y Sistema Privado de Pensiones:

Opción Diabólica

11

Luis Díez-Picazo y Ponce de León

Codificación, Descodificación y Recodificación

19

Juan Iglesias

Cultura, Universidad y Derecho Romano en la Encrucijada de
Nuestro Tiempo

31

Beatriz Boza Dibós

Siguiendo Estudios de Postgrado en el Extranjero

35

Juan Monroy Gálvez

Los Principios Procesales en el Código Civil de 1992

49

Entrevista a Gary Becker

55

Entrevista a Guido Calabresi

63

Entrevista a Alan M. Dershowitz

67

Aníbal Sierralta Ríos

Los Contratos de "Commodities"

75

Antonio Ojeda Avilés

El Derecho de Huelga de los Magistrados

81

Alfredo Bullard Gonzáles

**¿Hay Algo Previsible? La Excesiva Onerosidad y la Impracticabilidad
Comercial**

91

Jorge W. Peyrano

La Medida Cautelar Innovativa "Embozada"

95

Wilfredo Sanguinetti Raymond

**¿Es Posible Reaccionar en Legítima Defensa al Ejercicio Irregular de la Actividad
Sindical?**

103

Duncan Kennedy

Notas sobre la Historia de los "Critical Legal Studies" en los Estados Unidos

109

Atilio Aníbal Alterini

**La Legislación Desindexatoria en la Argentina: Virtualidad de los Intereses
como Mecanismo Alternativo de Ajuste**

119

César San Martín Castro

Acerca del Proyecto Constitucional de la Corte Suprema

125

Interdisciplinaria

José Ma. Castán Vásquez

El Derecho Matrimonial a través de la Literatura

139

Jurisprudencia Comentada

Luis Alberto Liñán

Algunos Aspectos del Proceso Ejecutivo

145

Reseñas de Tesis

147

Página Universitaria

149

Índice Analítico N° 21-25

Segunda Época / 1993 / N° 25

Presentación

El presente, es un momento de especial satisfacción para todos quienes formamos parte de THÉMIS-Revista de Derecho.

Con la publicación de la vigésima quinta edición, no sólo celebramos la conclusión de un nuevo trimestre de labor editorial sino, principalmente, la confirmación de una continuidad que a través de los años ha ido trascendiendo los límites de nuestras propias expectativas.

Estando próximos a cumplir diez años de publicaciones ininterrumpidas, y siendo ya veintiocho los años que nos separan del origen de THÉMIS en su Primera época, no encontramos mejor oportunidad para constatar el genuino propósito de permanencia que hasta el día de hoy impulsa a nuestra revista.

En esta entrega, nos corresponde dejar testimonio de algunos agradecimientos especiales. Al Dr. Jorge Avendaño Valdez, por haber sido promotor del nacimiento de THÉMIS y por ser, hasta hoy, el principal orientador de nuestros esfuerzos. A los miembros del Comité Consultivo, por hacer de su constante presencia y consejo nuestro más valioso soporte. A todos los que han formado parte de THÉMIS-Revista de Derecho, ya fuere en la Primera o Segunda época, por su incondicional apoyo, y constante estímulo; y por permitirnos compartir con ellos, a pesar del tiempo, los sentimientos de una identidad común. Finalmente, a nuestros lectores, quienes han sido los verdaderos gestores de este esfuerzo.

El tiempo por venir, a no dudarlo, pondrá a prueba la solvencia de nuestros esfuerzos y la continuidad de nuestra dedicación. Será nuestro deber, llegado el momento, estar a la altura de quienes nos antecedieron.

*Abril de 1993
El Comité Directivo*

Thémis, número 25

Cuando se me pidió que escribiera unas líneas para el número 25 de "Thémis", pregunté cuántos años lleva ya la segunda etapa de la revista. Se me dijo que nueve, lo cual me hizo reflexionar que "Thémis" no es más un proyecto fruto del entusiasmo de un grupo de estudiantes de Derecho de la Católica. "Thémis" es una realidad que no puede desaparecer, es parte integrante de la Facultad, es una institución cuya continuidad sus miembros de hoy y de mañana, están obligados a garantizar.

Dos terceras partes de esta segunda vida de "Thémis" han coincidido con mi ejercicio del cargo de Decano de la Facultad. Los objetivos y los logros de "Thémis" coinciden nítidamente con el proyecto de "alumno de Derecho" que hemos tenido durante estos años. Como es comprensible, la noción de "alumno de Derecho" corresponde a la del abogado egresado de nuestras aulas.

La escuela de Derecho no enseña la ley, enseña a pensar en términos jurídicos. La enseñanza de la ley es la excusa para enseñar a pensar, porque si no hubiese lo primero ésto último sería muy difícil. No digo imposible porque habría otros modos de aprender a razonar como abogado: examinar contratos y sentencias, acusar y defender, negociar, redactar normas a partir de políticas, etc. Sin embargo, para todas estas tareas sería indispensable contar con "una" normatividad porque eso es lo que el abogado invoca y alrededor de lo cual construye su alegato.

Lo sustancial es que el estudiante aprenda a razonar. La información legal es cambiante. Pero las instituciones jurídicas no, me dirán algunos. Yo respondo que también lo son. ¿Acaso hace años había leasing, multipropiedad o factoring? Hace cien años habían censos y capellanías, que hoy no existen. Lo importante es que al analizar las instituciones las "desarmemos" y "rearmemos" en términos jurídicos, precisemos su naturaleza y caracteres distintivos.

El estudiante debe entonces "formarse" jurídicamente antes que "informarse". La reglamentación legal la puede aprender solo, si su cabeza está hecha para el análisis y el diagnóstico jurídico.

A la construcción de esa "cabeza jurídica" contribuye la investigación, la cual se expresa en publicaciones y obras jurídicas. "Thémis" es precisamente un medio informativo de esa producción jurídica, en cuya elaboración trabajan exclusivamente alumnos. Con su aporte colaboran al incremento del saber jurídico de los lectores en su mayoría también estudiantes.

De las canteras de "Thémis" han salido, y seguirán saliendo, destacados profesionales que hoy ocupan posiciones importantes acá y también en el extranjero. Varios de ellos son hoy miembros de Departamento de Derecho de nuestra Universidad y algunos contribuyen en otras escuelas de Derecho.

"Thémis" es pues un semillero. Con el correr de los años, los miembros de "Thémis" -inicialmente jóvenes entusiastas pero a veces inexpertos- tienen un referente, el de sus exitosos predecesores en esta importante tarea.

Con ocasión del número 25 debo en primer lugar felicitarlos, pero además hacerlos reflexionar en la responsabilidad contraída. Cada año que pasa será de más graves consecuencias que "Thémis" deje de existir. Por el bien de nuestra Facultad y de la cultura jurídica del país.

Jorge Avendaño V.

Semblanza al Doctor Manuel de la Puente y Lavalle

THÉMIS, Revista de Derecho, publicación editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, tiene el honor y el deber de recordar y auspiciar el homenaje por los cuarenta y cinco años de fecunda vida profesional del Dr. Manuel de la Puente y Lavalle, hombre probo, profesional intachable, investigador constante y Maestro insigne de varias generaciones.

El Dr. Manuel de la Puente y Lavalle nació en Barranco el 14 de enero de 1922, paradójicamente año en que gobernaba el Perú el Presidente Augusto B. Leguía, quien había resquebrajado el orden legal existente en ese tiempo.

Proveniente de una ilustre familia limeña, hijo de don José Rafael de la Puente Bustamante y de doña Susana de Lavalle García; hizo sus estudios escolares primarios en el colegio La Recoleta de Barranco, y los secundarios en el Champagnat de Miraflores.

Desde temprana edad sintió inclinación hacia las letras, por lo que decidió ingresar a la Pontificia Universidad Católica del Perú. En aquel entonces, nuestra vieja Casa de Estudios, estaba regentada por su fundador y rector, Padre Jorge Dinthilac S.S.C.C., y se hallaba situada en la Plazuela de la Recoleta, en el centro de la Lima tradicional. Aquí, estudió y se graduó de Bachiller en Derecho en el año de 1946, con la tesis intitulada “La Responsabilidad Civil en el Derecho Aeronáutico. Daños causados por aeronaves a terceros en superficie.”, que mereció mención sobresaliente.

Al año siguiente, obtuvo el título de Abogado, dedicando desde ese momento, todo su esfuerzo y recto actuar a la docencia y el trabajo investigador y bibliográfico en Derecho. Posteriormente, en el año de 1948, inició su ejercicio profesional en la Casa Grace, institución de trascendencia histórica en la vida republicana del Perú.

La década del cincuenta le conllevó gratas satisfacciones, tanto personales como profesionales. A inicios de la misma, el Dr. Luis Eche copar García lo invitó a formar parte de su Estudio, uno de los más prestigiosos del país. Fue precisamente, el Dr. Luis Eche copar García, la persona que mayor influencia ejerció en su labor académica y profesional. Años después, el 20 de diciembre de 1952, contrajo matrimonio con quien, a partir de ese momento compartiría todo en su vida, doña Luz María Canevaro Barreda.

Siendo joven abogado, se inició en la docencia el año 1953, en la cátedra de Derecho Civil, donde continúa hasta la actualidad, desempeñándose en los últimos años como profesor principal de la especialidad de Contratos. Se doctoró en Derecho el año 1976, con la tesis intitulada “Estudios sobre el Contrato Privado”.

En todo este tiempo, el Dr. de la Puente ha compartido la docencia y el ejercicio profesional, con la realización de connotadas obras y tratados. “Las Lagunas del Derecho y la Interpretación”, “Estudios sobre el Contrato Privado”, y “El Contrato en General” -Primera Parte-, constituyen fuentes de aprendizaje, inspiración, y consulta esencial para profesionales y estudiantes de Derecho.

El profesor de la Puente, además, integró la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936. En la actualidad, es miembro del grupo peruano en la Asociación Henri Capitant y recientemente fue distinguido por la Academia Peruana de Derecho con el título de Académico de Número.

Hoy, podemos estar orgullosos de rendir justo homenaje, a este ilustre jurista, Maestro universitario y hombre de bien, los abogados en general, los estudiantes en particular y THÉMIS en especial.

Sistema Nacional de Pensiones y Sistema Privado de Pensiones: Opción Diabólica

Javier Neves Mujica

Profesor de Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Ante la evidente crisis del seguro social en nuestro país, los tres últimos gobiernos han propuesto en su momento diversas medidas -que sólo el actual ha llegado a hacer efectivas- para redefinir los papeles del sector social y el privado en la previsión de las contingencias sociales. Esas medidas han ido siempre encaminadas en dirección a reducir la presencia del primer sector y ampliar la del segundo.

En este artículo vamos a plantear el estado de la previsión en el Perú de hoy, así como las principales críticas e interrogantes que áquel nos merece.

La Situación Previa

Antes de la ejecución del programa liberal por el gobierno actual, había en el campo previsional una convivencia parcial entre el sector social y el privado: en el área de la salud, el aseguramiento de los trabajadores dependientes era obligatorio al Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS), pudiendo contar complementariamente con seguros privados, mientras en el área de las pensiones estos últimos no habían incursionado.

El IPSS administraba dos sistemas generales y uno especial. Los dos primeros son el Régimen de Prestaciones de Salud (RPS) y el Sistema Nacional de Pensiones (SNP), regulados por los decretos leyes 22482 y 19990, respectivamente. El especial, es el Régimen de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (RATEP), contenido en el Decreto Ley 18846.

Los sistemas generales brindan protección a todos los trabajadores, ya sean privados o públicos¹, permanentes o temporales, a tiempo completo o parcial, frente a contingencias biológicas que ocasionen un mayor gasto o una incapacidad laboral. El RPS se ocupa de las contingencias temporales, que son la enfermedad y la maternidad², protegiéndolas mediante prestaciones asistenciales, de un lado, dirigidas a atender su causa misma, a través de servicios médicos, de farmacia, de laboratorio, etc., y prestaciones económicas, del otro, orientadas a sustituir por un subsidio la remuneración dejada de percibir, mientras dure el supuesto. El SNP se hace cargo de las contingencias permanentes, que son la invalidez, la vejez y la sobrevivencia, a través únicamente de prestaciones económicas, llamadas pensiones³. En cada uno de ambos sistemas, aportan los empleadores el 6% de la remuneración y los trabajadores el 3%.

El sistema especial, comprende exclusivamente a los obreros, y se ocupa de contingencias biológicas derivadas directamente del desempeño de la actividad laboral: los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. El RATEP, según los efectos del hecho, brinda atención de la salud, subsidios o pensiones. En este caso, el aporte es exclusivamente del empleador y oscila entre el 1 y el 12.2% de la planilla de remuneraciones, según el tipo de actividad.

Conforme al mandato constitucional⁴, las otras entidades que administran seguros obligatorios en

1. Una pequeña porción -además inextensible- de empleados públicos se encuentra sujeta al régimen pensionario del Decreto Ley 20530, más beneficioso por contar con cédula viva, sistema de reajuste conforme con la retribución del puesto en actividad.
2. Además de los gastos de sepelio, que se cubren por una sola vez.
3. Los pensionistas son, a su vez, asegurados obligatorios del RPS, por lo que tienen cubierta la atención de su salud por esa vía.

favor de los trabajadores dependientes deberían integrarse al IPSS, salvo que se ocuparan de seguros voluntarios cuya presencia fuera complementaria (es decir, manteniendo la afiliación y aportación al IPSS y sumándoles las realizadas a otra entidad) y no alternativa. En este esquema, los seguros privados tuvieron un papel complementario en el campo de la salud, brindando a los trabajadores dependientes cuyos empleadores les tomaran una póliza -normalmente como obligación derivada de un convenio colectivo- servicios del mismo tipo y mejor calidad, o de tipo distinto.

La Crisis del Seguro Social y las Propuestas Privatizadoras

Como hemos dicho antes, el seguro social, tanto en su rama de salud como de pensiones, se encuentra en crisis. Esta se observa, en materia de salud, en aspectos como el excesivo tiempo de espera de los asegurados para obtener atención en las diversas unidades (admisión, atención médica, farmacia, laboratorio, etc.), la necesidad de concurrir más de una vez para obtener cita, el prolongado tiempo promedio de hospitalización, etc. En materia de pensiones, la crisis se descubre, por ejemplo, en la incapacidad de ofrecer pensiones superiores, ya sea en su fijación inicial o en sus reajustes posteriores.

Pero la causa de la crisis es el desfinanciamiento, provocado a su vez por factores como el incumplimiento en el pago de aportaciones por los empleadores y el Estado⁴, la utilización indebida de sus fondos por éste, la incorporación demagógica de nuevos asegurados, la pésima gestión administrativa y financiera, etc. Nótese que en la totalidad de estos rubros, la responsabilidad del Estado es única o central.

Frente a esta situación, la salida fácil ha sido la privatización. Si bien durante los dos regímenes anteriores, se había elaborado algunos proyectos en esa dirección, sólo el actual gobierno dio pasos firmes hacia ella. El primero estuvo constituido por la dación del Decreto Legislativo 637, Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros, que se ocupó sorpresivamente de la cuestión en dos de sus preceptos: artículo 264 y 16a. disposición transitoria. Estos permiten a las empresas de seguros establecer sistemas de salud, pensiones, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, configurados como alternativos (en el primer precepto) y, -contradictoriamente- complementarios (en el segundo) a los brindados por el IPSS. Estos

sistemas entrarían en operación apenas se dictara el decreto supremo correspondiente, que no llegó a producirse.

El segundo paso fue la dación de los decretos legislativos 718 y 724, que crearon los Sistemas Privados de Salud y de Pensiones, gestionados por las Organizaciones de Servicios de Salud (OSS) y Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), respectivamente. Estas normas también fueron inesperadas, porque se dictaron al amparo de la Ley 25327, que confería al Poder Ejecutivo facultades delegadas para legislar sobre pacificación nacional, fomento del empleo y crecimiento de la inversión privada, pero no sobre previsión social. Los sistemas privados se diseñan como alternativos al del IPSS, reconociéndose al trabajador dependiente el derecho de elegir entre uno y otro, y modificándose la distribución de la aportación a cada sistema: se mantiene el 9% global, pero ahora el empleador aporta el 1% y el trabajador el 8%. Mientras el Decreto Legislativo 718 no ha sido aún implementado, el 724 ha sido derogado por el Decreto Ley 25897, que crea el Sistema Privado de Pensiones.

La Actual Opción: Oficina de Normalización Provisional o Sistema Privado de Pensiones

Finalmente, el gobierno actual en su fase dictatorial, se decidió a avanzar aceleradamente en la ruta privatizadora, por ahora sólo en el campo de las pensiones. Por un lado, publicó un anteproyecto de creación del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP), a cargo de las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (AFP), convertido luego en norma por el Decreto Ley 25897, y, por el otro, modificó sustancialmente el SNP administrado por el IPSS, a través del Decreto Ley 25967, que también tuvo un anteproyecto, paralelo a la dación del decreto sobre SPP.

¿Cuáles son las características básicas del SNP y el SPP a partir del diseño de cada uno de ellos, efectuado por las citadas normas? ¿Y qué efectos van a tener, conjuntamente considerados, sobre la previsión social en nuestro país?

El Sistema Nacional de Pensiones

En cuanto al SNP, debemos señalar que ha sido sustraído del IPSS y trasladado a una nueva entidad: la Oficina de Normalización Previsional (ONP), dependiente del Estado, que administrará -además- los regímenes pensionarios a cargo de éste. De es-

4. "Una institución... tiene a su cargo la seguridad social de los trabajadores y sus familiares" (art. 14, subrayado nuestro).

5. El monto de la deuda del Estado es indeterminable. La revista Análisis Laboral la estima entre tres mil y cinco mil millones de dólares (Nº 182, agosto de 1992).

te modo, el IPSS manejará únicamente el RPS, ya que el decreto que crea el SPP ha eliminado, a su vez, el RATEP⁶. Hará falta una nueva Ley General del IPSS desmembrado, de la que éste deberá preparar el proyecto respectivo.

Esta estatización del SNP, a contra corriente de la ola privatizadora, tendrá como consecuencia que la determinación de la pensión máxima y los reajustes pensionarios serán en el futuro dispuestos por el Poder Ejecutivo, a propuesta del Consejo Directivo del IPSS (dice la norma, sin percatarse de que éste ya no intervendrá en materia pensionaria). En tanto, el propio Decreto Ley 25967, ha fijado la pensión máxima en S/. 600 mensuales, cifra superior a los S/. 576 mensuales en que la había señalado el IPSS desde febrero de 1992. Con este traslado de responsabilidad hacia el Poder Ejecutivo, sin embargo, se corre el riesgo que estos montos queden congelados, como ha ocurrido con la remuneración mínima vital (RMV), en perjuicio de los actuales 320,000 pensionistas y de los futuros.

Además, el Decreto Ley 25967 establece nuevas reglas para el conjunto de las pensiones y las de jubilación en particular. En este último caso, extiende de 15 ó 13 años de aportación -según se trate de varones o mujeres, respectivamente- a 20, el número mínimo requerido para obtener una pensión de jubilación. Por ese primer período de 20 años de aportación, le corresponderá al asegurado el 50% de su remuneración de referencia, teniendo derecho a un incremento de 4% por cada año adicional. De este modo, para alcanzar el tope máximo, que es equivalente al 100% de la remuneración de referencia, el asegurado debería haber aportado por no menos de 33 años⁷.

En lo que se refiere al conjunto de las pensiones, esto es, no sólo las de jubilación sino también las de invalidez y sobrevivientes, se ha cambiado la base del cálculo de la remuneración de referencia: antes se establecía ésta, sacando el promedio de las últimas 12 remuneraciones que tuvo el trabajador dependiente cuando estaba en actividad, salvo que el promedio de las últimas 36 ó 60 fuera más favorable para él; ahora, se ha ampliado considerablemente el número de remuneraciones que se tomará en cuenta para la determinación del promedio, en correspondencia con el número de años de aporta-

ción que tuviera el asegurado, conforme al cuadro siguiente:

AÑOS COMPLETOS DE APORTACION	PROMEDIO MENSUAL REMUNERACION ASEGURABLE
20 y menos de 25	De últimos 60 meses
25 y menos de 30	De últimos 48 meses
30 ó más	De últimos 36 meses

Así, dada la inflación actual y sobre todo la pasada, la remuneración de referencia de cualquier asegurado será mínima y, por consiguiente, también las pensiones. Tengamos en cuenta que en 1990 la inflación alcanzó la tremenda cifra de 7,650%. Con estas nuevas reglas -según cálculo de la revista "Asesoría Laboral" N° 26, febrero de 1993- en febrero de este año un trabajador que se jubile percibiendo la RMV actual de S/. 72 mensuales, obtendría una pensión de S/. 11.73 si tuviera 20 años de aportación, y de S/. 39.03 si tuviera 33 ó más.

Estas nuevas reglas se aplican a las solicitudes en trámite, es decir, tienen vigencia retroactiva: asegurados que ya se habían retirado del trabajo con quizá 18 años de aportación, y otros que tenían más de 20 pero esperaban obtener una pensión de jubilación estimada sobre la base del promedio de sus últimas 12 remuneraciones, ahora se encuentran que ya no tienen derecho a la pensión, o que el cálculo se hará sobre el promedio de las últimas 36, 48 ó 60 remuneraciones. Sin trabajo y sin pensión. No retroactividad benigna, como permite la Constitución actual en materia laboral⁸ sino maligna. A las víctimas de este atropello el Decreto Ley 25967 les impide defenderse a través de una acción de amparo, en una fórmula francamente totalitaria muy utilizada entre abril y diciembre del año pasado, que el Congreso Constituyente Democrático debería rectificar.

El objetivo transparente del nuevo régimen pensionario, es provocar la emigración de los asegurados del SNP al SPP, haciendo insostenible la continuación en áquel. Confiando en el logro de sus propósitos, es que el gobierno tiene previsto desti-

6. La derogación del Decreto Ley 18846 ha traído serias consecuencias, por cuanto no queda para nada claro si el IPSS debe seguir cubriendo esas contingencias dentro de sus sistemas generales, o los empleadores deben tomar para ello un seguro privado.

7. Conforme a las reglas anteriores, contempladas en el Decreto Ley 19990, el tope máximo se alcanzaba a los 40 años de aportación para los varones y a los 33 para las mujeres. La nueva norma ha igualado las condiciones.

8. Pensamos que algunas situaciones previstas para el Derecho del Trabajo son extendibles al seguro social, que se ocupa exclusivamente de los trabajadores dependientes, al menos en forma obligatoria. Este es el caso de la admisión, válida desde nuestro punto de vista, de la retroactividad benigna también en esta área.

nar 150 millones de dólares durante este año para el pago a los 320,000 pensionistas, lo que significa - como destaca la revista "Análisis Laboral" N° 186, febrero de 1993- en el mejor de los casos, el pago de pensiones semejantes a la RMV.

El Sistema Privado de Pensiones

Mientras la legislación desalienta la permanencia en el SNP, favorece abiertamente la incorporación inmediata en el SPP. Esta aseveración se sostiene en la existencia de medidas como las siguientes: 1) Hay plena libertad de los asegurados del SNP para pasarse al SPP, o para moverse dentro de éste, de una AFP a otra, pero requisitos muy estrictos para pretender volver⁹; 2) La remuneración de los que se trasladen será incrementada en un porcentaje importante¹⁰, siendo naturalmente rebajada luego si el asegurado volviera al SNP; y 3) Los bonos de reconocimiento que otorgará el IPSS a todos los asegurados en el SNP, correspondientes al número de meses de aportes efectuados a éste, serán calculados sólo hasta la fecha de vigencia de la ley, por lo que la demora en el traslado estará penada con un aporte hecho al SNP que no será reconocido por el SPP.

De este modo, los actuales asegurados en el SNP tenderán a pasarse al SPP. Los futuros asegurados, compartirán probablemente esa preferencia. Todo ello no sólo por la existencia de las reglas ya descritas, tanto del SNP como del SPP, sino por un dato adicional: en el SPP ya no habrá aporte del empleador, por lo que éste tendrá vivo interés en obtener la inscripción de los trabajadores a su cargo en éste, bajando así sus obligaciones sociales de 13.5% a 7.5% de la remuneración de cada trabajador, en el caso de la actividad industrial¹¹.

Pero el problema estriba en que, de un lado, la contribución del trabajador dependiente que se pase al SPP se eleva significativamente, del ya alto

21% actual a un increíble 42.22%, según informe de la revista "Análisis Laboral", publicado en el diario "Expreso" (18/2/93), y, del otro lado, ello se efectúa en aras de un nuevo régimen signado por la incertidumbre: no está verdaderamente determinado ni es determinable con las reglas legales el monto de la aportación ni de las prestaciones, además de las altos riesgos de fracaso financiero de algunas AFP, no respaldadas por el Estado, aunque fiscalizadas por una Superintendencia.

Es previsible que el SPP logre brindar mejores pensiones que las deliberadamente empeoradas ofrecidas ahora por el SNP. Pero, ¿hay en ello un gran mérito? ¿Es una muestra de la eficacia de la empresa privada otorgar una mayor pensión de jubilación, con una contribución mucho más alta y efectuada por mucho más tiempo¹²? ¿El SNP con esas mismas condiciones no hubiera podido lograr resultados similares?

Tenemos la impresión que se ha adoptado con precipitación una grave decisión, en -hasta el momento- solitaria imitación del modelo chileno, buscando fines distintos al mejoramiento de la previsión social en favor de la población, como son los de proporcionar recursos a la economía, provenientes del ahorro interno forzoso, en detrimento de las remuneraciones de los trabajadores.

¿Pudo ensayarse una vía distinta, o estamos aún a tiempo de intentarla? Creemos que sí. Una fórmula podría ser el mantenimiento de la afiliación y aportación obligatoria al SNP, a cambio del otorgamiento por éste de una pensión básica, y la inscripción y contribución voluntaria a una AFP, para el mejoramiento de esa pensión. Pero este camino sería seguido por quienes quisieran conservar ese instrumento esencial de política social en todo Estado moderno, que es la previsión social, y no por los propugnadores de un liberalismo extremista. Ojalá los constituyentes tomen conciencia de esto.

9. El retorno tendría que producirse antes del 6 de diciembre de 1994, y sólo podrían efectuarlo los trabajadores varones mayores de 55 años y mujeres mayores de 50, cuando la razón determinante de su afiliación al SPP hubiera sido la creencia equivocada de que tenían derecho a un bono de reconocimiento.
10. El aumento será de 10.23% de la remuneración, en sustitución de la obligación del empleador de aportar al SNP; 3% adicional, incluido el porcentaje anterior; el monto correspondiente al seguro de vida, que es de 0.53% en el caso de empleados, 0.71% en el de obreros y 1.45% de los obreros que desarrollan actividades de alto riesgo; y -a opción del trabajador- 9.72% más, exonerándose el empleador de los nuevos pagos por compensación por tiempo de servicios.
11. Algunas cargas del empleador han sido eliminadas por este gobierno, como la deducción del 15% de la renta neta anual por participación en la gestión empresarial o el recálculo de la compensación por tiempo de servicios al cese del trabajador; pero otras se han transferido a los trabajadores, no sólo en el caso de la previsión sino también en el del FONAVI.
12. En el SNP la edad de jubilación es de 60 años para los varones y de 55 para las mujeres, mientras en el SPP es de 65 años para ambos.

Codificación, Descodificación y Recodificación

Luis Díez-Picazo y Ponce de León¹

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid

El Código Civil italiano de 1942, cuyos cincuenta años de vida conmemoramos², representa para los estudiosos del Derecho Civil, que pertenecen a la misma generación que yo, lo que algunos autores de nuestro país, con cuyos libros estudiábamos en los últimos años cuarenta y primeros años cincuenta, “los Códigos más modernos y progresivos”. Seis, ocho o diez años después de su puesta en vigor, denominarlo “moderno” no era otra cosa que una constatación de su proximidad temporal. En la idea de “moderno” existe, sin embargo, otra connotación. Seguramente quiere decir algo que responde mejor a las necesidades de los tiempos. Era progresivo, probablemente porque representaba las metas o las cotas, que, en aquellos momentos, se consideraban como necesarias en un progreso que debo decirlo- era, meramente jurídico, como si el Derecho o el ordenamiento pudieran progresar por sí solos, en su presentación exterior, en su pura consideración como estructura. Si se me permite el símil, era algo así como una partida de ajedrez mejor jugada.

Es notoria la influencia ejercida en nosotros, los españoles, por la literatura jurídica italiana, especialmente a partir de los antes citados años cuarenta. La Universidad de Bolonia fue siempre una especie de meca a la que muchos de nuestros estudiosos acudían en peregrinación a beber de las fuentes de un derecho que se consideraba más perfecto, seguramente por la pervivencia de la obra del

Cardenal Albornozy por la presencia del Colegio de España. Sería injusto, sin embargo, pensar que esos eran los únicos factores de atracción. La nación italiana se ha encontrado siempre muy bien dotada para el razonamiento y para la construcción jurídica. Merece, con justo título, ser pensada como la heredera legítima y directa de los padres fundadores del Derecho, lo que pueden ser los jurisconsultos romanos, o, lo que es más probable, los glosadores y los posglosadores que pusieron los cimientos del Derecho Común. Para los españoles, respecto de Italia, existía, además, que, parafraseando el título de una obra de Goethe, se pueden denominar como las afinidades electivas, producto de la comunidad de cultura y de la proximidad de las lenguas. La cultura jurídica española estuvo denominada a lo largo de todo el siglo XIX y del primer tercio del siglo XX por la francesa. A finales de los años veinte y en los años treinta, comenzó a producirse un deslumbramiento por la literatura jurídica alemana, que acrecentó la meritoria traducción, con algunas agudas anotaciones, de la obra de Ludwig Ennecerus, Theodor Kipp y Martin Wolf por los profesores Pérez González y Alguer. No obstante, en la época de la que estoy hablando, la literatura jurídica alemana no había todavía salido del marasmo que produjo el final de la Segunda Guerra Mundial.

El Código Civil de 1942 constituye, además, el primero de los muy singulares casos de países que, teniendo ya Código Civil, han procedido a llevar a

1. El Profesor doctor LUIS DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON es además, Presidente de la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación y Académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Ha sido Magistrado del Tribunal Constitucional de España.
2. El texto reproduce la conferencia pronunciada por el autor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia, el día 15 de mayo de 1992, con motivo del cincuentenario del Código Civil italiano.

cabo una nueva codificación. Por decirlo con una frase que les gusta ahora a los autores de *slogans* comerciales, pertenece a la segunda generación de Códigos Civiles, en la cual se encuentra acompañado, hasta donde me consta, por el Código Civil portugués de 1967 y por el Código Civil holandés cuyos libros 1º y 2º entraron en vigor en 1976 y cuyos libros 3º, 4º y 5º comienzan a regir este año. La cuestión por descifrar es, por tanto, qué profunda razón indujo a la realización de esta segunda generación de Códigos Civiles. Tal vez para ello puedan volverse a esquematizar las razones que determinaron en la Europa occidental y en América Latina la primera codificación. Respecto de ella, será difícil añadir nada a lo que ya se sabe, pero el esquema puede facilitar nuestros razonamientos en punto a la segunda codificación o a la segunda generación de Códigos Civiles. Para explicar el fenómeno general de la codificación, en su primera versión o en su primera generación, me serviré de las siguientes coordenadas, que permiten contemplar desde ángulos diferentes, aunque en ningún caso contrapuesto, los factores, las razones y las aspiraciones que la codificación buscaba. Las describiré estudiando, uno, la codificación como racionalización; dos, la codificación como progreso; tres, la codificación como pedagogía, y cuatro, la codificación como utopía.

La codificación es ante todo un intento de racionalización del mundo jurídico, en cuanto mundo normativo. Es racional, porque es hija legítima del racionalismo y del culto a la diosa razón, erigido por la Revolución Francesa en sustitución de otros cultos más antiguos con teologías seguramente más complicadas. La tentativa de racionalización del Derecho había sido llevada a cabo por los autores de la llamada Escuela del Derecho Natural, quienes partiendo del postulado esencial de la libertad del hombre y procediendo *casimore* geométrico, consiguieron deducir una serie de proposiciones jurídicas que aparecían como necesarias. Tampoco en este punto conviene engañarse demasiado. Lo que la Escuela del Derecho Natural realiza es una reelaboración racionalizada de los materiales, que, procedentes del Derecho Romano, se encontraban consagrados en el Derecho Común. Hugo van Groot, llamado Grotius, mientras estuvo prisionero en el Castillo de Lovestein, en una de las numerosas guerras de España en Flandes, en el año 1613, escribió una introducción al Derecho Civil holandés, de la que se cuenta que no fue escrita para ser publicada, sino para iniciar a sus hijos en el estudio del Derecho. Con justicia se ha dicho que sustituyó en aquel país a la *lustiniana*, pues en verdad es una *lustiniana* racionalizada. En la última década del siglo Jean Domat puso las leyes civiles en su orden natural y

Robert Pothier fue su heredero.

Todo ello quiere decir que el culto en materia jurídica a la diosa razón se encontraba perfectamente abonado. Este culto tuvo que significar el ideal de una refundación del mundo social. Los Códigos como intento de refundación del Derecho Civil, del Derecho Penal, del Derecho Procesal y del Derecho Mercantil recuerdan, inevitablemente, al nuevo calendario que los revolucionarios franceses trataron de poner en pie para explicar básicamente el retomo de las estaciones, que continuaba siendo el mismo. En otro sentido, recuerda, también a la reforma del sistema de pesas y medidas, que trata de suprimir un particularismo intolerable, para facilitar una más completa relación social.

El paralelo con el sistema de pesas y medidas permite entender que en el proceso de codificación como racionalización había dos líneas, que pueden denominarse, de perfección cuantitativa y de perfección cualitativa. La perfección cuantitativa es, ante todo, una compresión o una reducción del conjunto de mensajes en que plasmar las reglas del Derecho. Si puedo continuar utilizando símiles, recuerda a la entresaca de un bosque que ha crecido excesivamente y en el que es ya difícil orientarse una vez dentro, pero también antes de entrar. Efectivamente, el Derecho Común era extensísimo, complicado, difícil de entender. Desde finales del siglo XVII, en Francia, había dominado una idea de jurisprudencia, que puede traducirse por la filosofía o la forma de entender el derecho que los tribunales tenían. En un sistema poblado de jurisprudencias, al que, por paradojas del destino, nos volvemos a acercar, los árboles, como vulgarmente se dice, no permiten ver el bosque y el bosque resulta incomprensible tanto para los iniciados como para los que no lo son. Es perfectamente explicable que Robespierre estigmatizara la jurisprudencia: esa horrible palabra. Cuando la Asamblea estudiaba el proyecto de ley que instituía el Tribunal de Casación, se discutió la cuestión de la renovación de los jueces. Algunos preferían una renovación gradual para preservar la jurisprudencia del Tribunal. El Tribunal fue tajante. Aquel Tribunal no tendría jurisprudencia. Ya no habrá más jurisprudencia que la ley. La ley expresa la voluntad general; la jurisprudencia, el poder de la casta de los jueces.

El ideal de la compresión o reducción del material normativo se encontraba fundado en la creencia de que de esta manera se acercaba más al ideal de perfección. No es casual que se demandara para el Código la más perfecta sencillez. Es verdad que Robespierre había reconocido que las leyes de un gran pueblo no pueden ser simples, pero parece no

ser la misma cosa la falta de simplicidad de las leyes y la de su concreción y sencillez de su manifestación exterior. La simplicidad y la simplificación del material normativo expresan también el ideal de la asequibilidad. Las leyes se hacen para que puedan ser conocidas por todos los ciudadanos, que, en la inicial concepción jacobina debían participar en la administración de la justicia y en las asambleas en las que las leyes se adoptaban. Los ciudadanos que deben realizar la justicia tienen que conocer las leyes. La vieja regla *nemo ius ignorare censetur* se comprende de esta manera con un nuevo significado, que expresa también la idea de que las leyes y la justicia no deben dejarse en manos de una clase - los juristas - sospechosa de complicidad con el antiguo régimen y que es, por esta misma razón, un instrumento de opresión. Se trata de una clase de ciudadanos, que no debe recibir un excepcional poder y privilegio porque, no enlaza directamente con la voluntad general.

Por todas las razones expuestas, el Código encarna la idea de progreso. Ante todo, de progreso en sentido político. Es la plasmación de los principios de libertad individual y de igualdad de todos los ciudadanos. Se piensa que sea el vehículo para estabilizar los principios de la revolución y para extenderlos. En la mochila de todos los soldados de Napoleón, que propagan la buena nueva por el continente, además de un bastón de mariscal, hay un Código Civil.

El progreso pretendido es también un progreso económico. La burguesía triunfante en la revolución pretende desarrollar sus negocios y necesita para ello un sistema legislativo seguro, las máximas posibilidades de previsión en los resultados de los futuros litigios a que las empresas económicas puedan conducir, que se consigue a través de un sistema jurídico simplificado y seguro, en el que, por supuesto, los jueces cumplan la función que Montesquieu les había asignado de ser la boca que pronuncia las palabras de la Ley.

En los seguidores tardíos del modelo francés como es el caso español se encuentra implícita la idea de que existe igualmente un progreso jurídico. Cada ordenamiento jurídico particular puede progresar y, de hecho, progresa si se ajusta a las coordenadas del sistema de codificación. Esta idea la expresa con toda claridad en España Manuel Alonso Martínez cuando se esfuerza por conseguir la codificación civil frente al conservadurismo de las regiones que poseen derechos civiles especiales. He hablado del Código como pedagogía. Esta característica me parece indiscutible si las cosas no

son lo que sus autores pretendieron que fueran, sino aquella función que finalmente cumplen.

Hemos visto cómo existió el ideal de un Derecho asequible, que pretendía su posible conocimiento por todos los ciudadanos. Pretendía también, o consiguió, la formación de una nueva clase de juristas habituados a las construcciones abstractas del Código, de manera que su aplicación pudiera producirse casi automáticamente. No es casual el hecho de que la idea del silogismo judicial aparezca históricamente tras la promulgación de los Códigos Civiles. Se trata de algún modo de simplificar y de racionalizar la práctica jurídica. Como ha señalado Max Weber, la antigua administración de justicia, inevitablemente empírica, con un complicado sistema de recursos judiciales, representaba un alto costo y un fuerte obstáculo para los intereses de la sociedad burguesa, que necesitaba en una práctica jurídica racional, que debía realizarse a través de un derecho formalizado, sistematizado e inequívoco, creado de una manera teleológicamente racional, que excluya tanto la vinculación a la tradición como la arbitrariedad. De este modo, en la base más profunda del Derecho codificado se encuentra la realización de una función pedagógica, que lo convierte en el Derecho de juristas por excelencia. El Derecho codificado trata de sustituir la práctica jurídica empírica o casuística por un sistema que posea una cierta automaticidad y, al mismo tiempo y por la misma razón, trata de sustituir la formación artesanal de los juristas por una formación abstracta y racional que cumple mejor los mencionados intereses. Thibaut hablaba de la "incalculable ventaja que el Código representa para la verdadera formación superior de los servidores del derecho, de los maestros y de los discípulos". Y ello en razón de que, según el mismo autor, muchas de las partes singulares del sistema jurídico son una especie de matemática jurídica pura. No puede, pues, discutirse lo que se puede llamar la función pedagógica de los Códigos. El Derecho codificado es el que se hace objeto de estudio. No es tampoco casual que los códigos contengan cláusulas explicativas al modo de un pequeño catecismo. Por ejemplo cuando dice "la servidumbre es..." o "llamase arrendador...". El Código es el tema del aprendizaje del Derecho: lo que es objeto de las investigaciones sobre los fundamentos, las conexiones y el alcance de las normas. Desde este punto de vista resulta evidente la diferencia que desde la didáctica existe entre las disciplinas con Código y las disciplinas que carecen de él. Sólo las primeras se integran con nosotros, formando un conglomerado con nuestra conciencia y se distinguen de las amplias zonas del ordenamiento legal y reglamentario, siempre mal conocidas y peor analizadas.

La última de las coordenadas desde la que puede ser examinado el proceso de codificación es la que ha señalado recientemente Csaba Varga ("Codification as a socio-historical phenomenon", Ed. Akadémiai Kiadó, Budapest, 1991) al hablar del Código como utopía. El Código era una utopía porque en él plasmaba la utopía revolucionaria: la idea de la ilimitada racionalidad y del progreso; la idea de un Derecho realizado por todos los ciudadanos. El Código representa, al mismo tiempo, una utopía, porque es algo así como plasmar un instante de la realidad y pretender que la realidad será siempre la misma. El Código se encontraba, por ello, desarmado frente a los nuevos problemas y a las nuevas necesidades, que, incesantemente fueron posteriormente surgiendo (las crisis económicas, el problema obrero, etc.)

Estas nuevas realidades fueron recibiendo poco a poco respuesta, pero ello se hizo a través de una serie de leyes especiales, que supusieron importantes fisuras en el cuerpo unitario del Código y que permiten hablar de descodificación. La descodificación es, en primer lugar, la proliferación de las leyes especiales que se sitúan extramuros del Código. Estas leyes especiales determinan además, lo que Federico de Castro llamó la especialización científica y técnica. Su aparición determinó la creación de grupos de juristas que se especializaban en el conocimiento y en las vías de aplicación de estas leyes, de manera que, por lo menos algunas de ellas, terminaron por constituir disciplinas separadas.

Convergamos, pues, en que existe una primera forma de descodificación, como ruptura de la unidad del Código, a causa de la proliferación de las leyes especiales. Las ediciones de bolsillo de los Códigos Civiles van hoy seguidos de una más o menos amplia y siempre necesaria exposición de tales leyes. En el caso español, además, por el carácter tardío que el Código Civil tuvo y por las dificultades que encontró, el codificador, en una labor apresurada, renunció a la unificación del Derecho Civil y dejó al margen un buen número de leyes especiales, como fueron la Ley del Registro Civil, la Ley de Propiedad Intelectual o la Ley Hipotecaria y del Registro de la Propiedad. Naturalmente, cien años después las leyes especiales se han ido, de manera irremediable, incrementando. Sería erróneo, sin embargo, creer que las corrientes descodificadoras terminan aquí. La absoluta compresión del mensaje en las codificaciones de corte tradicional provocaba evidentes dificultades de interpretación y admitía variantes, respecto de las cuales hubo que hacer a posteriori la selección. Esta selección entre los posibles mensajes es rigurosamente también una descodificación,

que tuvo inevitablemente que hacerse por la vía doctrinal y jurisprudencial. Frente al ideal utópico del Código único y a la proscripción de la jurisprudencia que los jacobinos deseaban -la horrible palabra que asustaba a Robespierre- fue inevitable la reaparición de la jurisprudencia de los tribunales, atribuyendo significación a los mensajes comprimidos que podían poseer varias distintas. Se trata, como es obvio, de la función de interpretación que los tribunales necesariamente tienen. La labor de éstos, no obstante, tampoco se detuvo aquí y se fue produciendo, poco a poco, a impulsos de las nuevas necesidades, una integración del sistema codificado, realizando tareas constructivas a partir de las cláusulas generales contenidas en él. Es bien sabido que a partir de la cláusula general del parágrafo 242 del Código Civil alemán, la jurisprudencia ha podido construir figuras tan heterogéneas como las de la desaparición de la base del negocio y la aplicación de la llamada cláusula *rebus sic stantibus*, el abuso del derecho o la inadmisibilidad de *venire contra factum proprium*.

En el Derecho francés y en el español, ocurrió algo parecido. Sin que se sepa muy bien con qué apoyo legal, la jurisprudencia española reconoció desde 1944 la llamada doctrina del abuso del Derecho, más tarde consagrada legislativamente en la reforma del Título Preliminar del Código Civil de 1973; reconoció, asimismo, el principio general de buena fe y la doctrina de la llamada cláusula *rebus sic stantibus*. Con base en antiguas decisiones judiciales anteriores al Código Civil que tomaban su base en las Leyes de Partidas, obra española del siglo XIII que es un trasunto del Digesto y, dentro de ellas, del texto correspondiente a Pomponio (50, 17, 206), la jurisprudencia continuó hablando de enriquecimiento injusto o sin causa, no especialmente contemplado en el Código y de la que en España se llamó doctrina de los propios actos, que es la antes citada regla de la inadmisibilidad *venire contra factum proprium*. El ordenamiento jurídico se va poblando, al lado de las normas estrictamente codificadas y de las interpretaciones de tales normas, de lo que *grosso modo* se pueden denominar doctrinas. Un caso llamativo de integración jurisprudencial del sistema lo constituye en el Derecho francés y en el Derecho español, la elaboración de la responsabilidad extracontractual. A partir de la regla de la obligación de indemnizar los daños causados por culpa, procedente de la Ley Aquilia y del Derecho Común, la jurisprudencia de los tribunales ha ido evolucionando hacia sistemas de responsabilidad por riesgo, de inversión de la carga de la prueba de la culpa o del establecimiento de criterios o patrones de diligencia más amplios de los que podían

resultar de las normas legales. Por todo ello, hay que reconocer que un Código no es hoy sólo la letra que fue promulgada en un momento histórico anterior, sino las elaboraciones y reelaboraciones doctrinales y jurisprudenciales llevadas a cabo alrededor de él y sin las cuales hoy no puede ser rigurosamente entendido. El extranjero que quiera hoy comprender el Código Civil italiano de 1942 no podrá hacerlo sin la ayuda, por lo menos, del comentario de Cian y Trabucchi y, quien quiera conocer algo, no muy profundamente del Código Civil alemán, se tendrá cuanto menos que servir del comentario de Palandt.

Es difícil determinar si con estas reelaboraciones el Código resulta enriquecido. Los doctrinarios, los profesores, los amantes de las novedades, dirán en seguida que sí. Personalmente no lo discutiré. Sin embargo, me parece claro que el ideal codificador se desvanece y en lugar del Código simple y asequible parece un mundo especialmente abigarrado y confuso. Por emplear una terminología al uso, el Derecho Privado deja de ser transparente y se hace opaco.

Hay, una forma mucho más insidiosa de descodificación, que, en los momentos actuales se observa, por lo menos en mi país. La integración del sistema codificado, arrancando de cláusulas establecidas en él, fueran éstas abiertas o no, obedecía a una labor constructiva, o si se prefiere a una concreción realizada de forma metodológicamente seria. En la actualidad, los prejuicios metodológicos van desapareciendo y se buscan soluciones intuitivamente justas, sin excesivas preocupaciones por su anclaje en el sistema legal codificado. Me parece posible atribuir esta tendencia, que se puede configurar como un epifenómeno del llamado Derecho Libre, a la influencia de la cultura norteamericana y un simplificado entendimiento de la idea de la creación judicial del Derecho. Es claro que de mantenerse una línea semejante, el Código, formalmente en vigor, salta hecho añicos.

Para cerrar el examen del panorama que presenta el proceso de descodificación, hay que añadir todavía otras dos causas profundas. La primera de ellas es la puesta en vigor, al concluir la Segunda Guerra Mundial, de Constituciones de carácter rígido, muchas de cuyas reglas son de eficacia directa y que, en todo caso, permiten un juicio de constitucionalidad de las leyes, por obra de un tribunal a quien específicamente se atribuye esta jurisdicción. En España, por razones que son bien conocidas esta evolución ha sido tardía y se ha producido hace sólo ahora catorce años. La posibilidad de un juicio

de constitucionalidad de las leyes, especialmente por la vía de la cuestión de constitucionalidad, ha abierto a los jueces la posibilidad de poner en duda el ajuste de las normas legales anteriores con el sistema constitucional. Ello ha podido llevar, en ocasiones, ciertamente limitadas por el momento, a la declaración de nulidad de normas contenidas en los Códigos Civiles. La regulación del Derecho de Familia tal como había quedado cristalizado en la codificación, era notoriamente contraria al principio de igualdad y a la interdicción de las discriminaciones por razón de sexo o de condiciones personales. En Italia y en España ello determinó la necesidad de una reforma, muy profunda y extensa del Derecho de Familia, que, aunque incorporada a los Códigos, no ha dejado completamente cerrada la cuestión. En la jurisprudencia española, especialmente por lo que se refiere a las acciones de declaración de filiación no matrimonial y a los derechos sucesorios de los hijos de esta clase, se ha sostenido que las normas anteriores del Código Civil habían quedado derogadas directamente por la Constitución. Debo aclarar en este punto que la Constitución española contiene una cláusula derogatoria de todas las disposiciones que se opongan a ella, lo que ha permitido la aplicación de esta cláusula directamente por los jueces y tribunales ordinarios, sin intervención necesaria del Tribunal Constitucional. Es verdad que la declaración de derogación por inconstitucionalidad ha limitado sus efectos al breve período que media entre la puesta en vigor de la Constitución -1978- y la promulgación de la reforma del Código Civil en materia de Derecho de Familia -1981-, pero es cierto también que el impulso del juicio de constitucionalidad abre un boquete en las normas codificadas de imprevisibles consecuencias para la codificación misma. No se trata, por supuesto, de criticar este fenómeno, que en la medida en que trata de implantar los principios y normas constitucionales, parece justo. Se trata, simplemente, de señalar de que manera, a través de esta vía se produce una nueva causa de descodificación.

Por último, hay que aludir al influjo que en los Derechos nacionales de las naciones integradas en la Comunidad Europea, van a ejercer las normas emanadas de ésta y, en especial, las directivas. Por el momento, en las materias estrictas del Derecho Privado no han sido especialmente amplias, aunque pueden recordarse algunos supuestos notorios, como son el de responsabilidad del fabricante por defecto de los productos o las relativas a las ventas realizadas fuera de los establecimientos. La idea de que la igualdad jurídica en las condiciones de partida es necesaria para una competencia real, continuará dinamizando el nuevo Derecho Privado, respecto del

cual las viejas codificaciones no podrán defenderse. En el momento actual se encuentran en marcha los proyectos de directivas sobre cláusulas abusivas en los antiguamente llamados contratos de adhesión y hoy condiciones generales de contratación o las de responsabilidad por servicios. Muy probablemente, si la unión europea progresa, resultará necesario, por lo menos parcialmente, un nuevo Derecho de Obligaciones, porque, evidentemente no son las mismas las situaciones concurrenciales cuando la responsabilidad contractual se rige por unos u otros principios por poner sólo un ejemplo. La parcial unificación de un Derecho Privado supranacional y supracomunitario se está produciendo también. Prueba de ello es el Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías que deja anticuadas las normas del Código sobre el contrato de compraventa.

Aunque el panorama pueda parecer desalentador, hay indicios que permiten pensar que la codificación, como técnica jurídica, ha de sobrevivir.

He citado al principio las formas de recodificación, que llamé Códigos de segunda generación, y es hora de ocuparse de ellos. Al hablar de recodificación, conviene hacer algunas puntualizaciones. No incluyo en ella los Códigos Civiles que fueron promulgados como consecuencia de cambios políticos profundos, especialmente en los países que habían establecido el llamado socialismo real. No me referiré, por consiguiente, a los Códigos Civiles de las Repúblicas de la antigua Unión Soviética, ni al Código Civil de Polonia, de 1966, ni al de la antigua República Democrática Alemana, ni a la reforma que en el Código Civil, que había heredado de España, realizó la revolución cubana. Ceñiremos, por consiguiente, el análisis de los Códigos que, sin razones políticas de base, han pretendido colocar la regulación del Derecho Privado a la altura de los tiempos. Respecto de ellos, es indudable que el Código Civil italiano de 1942 representó una avanzada.

Debo decir también que no creo que existieran razones profundas para esta segunda codificación, en el sentido de que no aparece impulsada por las necesidades de lo que puede llamarse la segunda, o tal vez la tercera, revolución industrial o el paso a la sociedad post-industrial, porque este paso ha podido hacerse en países carentes siempre de codificación, como es el caso de los anglosajones (notoriamente la Gran Bretaña y los Estados Unidos) y ha podido hacerse también en los países que han conservado los Códigos Civiles decimonónicos.

Una explicación de las razones de la recodificación se puede encontrar en las páginas que Arthur S.

Hartkamp, abogado general en el Tribunal Supremo de Holanda y miembro de la Comisión de Revisión del Código Civil en el Ministerio de Justicia, escribe en la edición, redactada en inglés, en francés y en neerlandés, del Código Civil, bajo los auspicios del Ministerio de Justicia de los Países Bajos y del Centro de Investigación en Derecho Privado y Comparado de Quebec, publicado en 1990. Según él, el anterior, el Código Civil, debía considerarse, antes de la reforma, anticuado en numerosos puntos. En muchos puntos las reformas habían sido establecidas, a veces en el interior de los Códigos y otras mediante leyes particulares. De ello resulta un retraso en el desarrollo del Derecho Privado que tuvo que ser colmado en gran parte por la jurisprudencia. En algunos campos, los Tribunales supieron tender puentes entre el Código y una sociedad que se encontraba en rápida evolución a lo largo del siglo XX. Algunos podrán sentirse molestos en la medida en que sus efectos han consistido en inmovilizar algunos tímidos esfuerzos de reforma. De ellos resulta, dice Arthur S. Hartkamp, una bifurcación de las vías preconizadas en lo que concierne a la modificación de Código Civil. De un lado, había quienes preconizaban la prosecución del camino de las sutiles distinciones elaboradas casuísticamente por los tribunales, aunque ello conduzca a un derecho cada vez más opaco. Por otro lado había quienes preconizaban las reformas legislativas especiales con la esperanza de que condujeran a reglas más transparentes, aunque este camino tropezara con la dificultad práctica de insertar las reglas reformadas en un sistema cuya complejidad no cesa de crecer. Las dificultades de la reforma habían producido, a mitad del siglo XX, un Derecho Privado de una incontrolable opacidad, cuyo contenido se encontraba diseminado en Códigos parcialmente anticuados, en una panoplia de leyes especiales y en una multitud de decisiones judiciales, de manera que todo ello se encontraba muy lejos de la intención expresada a partir de 1789 de formular el Derecho Privado en Códigos generales.

De este modo la polémica entre partidarios y enemigos de la recodificación queda abierta. Los partidos pueden añadir a los argumentos antes expuestos la idea de que la mejor vinculación del juez a la ley se produce insertando soluciones en un sistema codificado. Frente a ello, se pueden utilizar otros argumentos. En alguna ocasión le he oído decir a F. Galgano que el desarrollo de la sociedad industrial y post-industrial solamente exige la capacidad del ordenamiento para recibir los nuevos contratos, que el desarrollo económico va incesantemente creando y una jurisprudencia capaz de reaccionar ante ello, con la suficiente flexibilidad.

La idea me parece importante. Los Códigos Civiles decimonónicos, como es el caso del español no han sido obstáculo para recibir los contratos modernos que llevan casi todos nombres ingleses, como el *leasing*, el *factoring*, el *sponsoring* y tantos otros. También han recibido, sin dificultades especiales, las nuevas formas de garantías, como las garantías autónomas, los avales a primera demanda o las cartas de patrocinio.

Donde personalmente veo el problema es en la necesidad de una jurisprudencia con dosis suficiente de agudeza y de flexibilidad para introducir los contratos atípicos en el sistema contractual. Este es, probablemente, un problema de suficiente pericia y formación en los jueces, en el cual no todos los países nos encontramos en igualdad de condiciones. Por eso, a falta de jueces suficientemente expertos, la inclinación debe dirigirse hacia la recodificación.

Para concluir, debo todavía, cumpliendo el encargo que me fue encomendado, decir alguna cosa sobre la proyección exterior del Código Civil italiano de 1942, cuyo medio siglo celebramos, o lo que es lo mismo, cómo ha sido visto desde el extranjero. Dije al principio que en los años cincuenta se le mencionaba entre los Códigos más modernos y progresivos. Es bastante claro que ha constituido el modelo para algunos Códigos Civiles de los países latinoamericanos, como el caso del Código Civil de Venezuela o el del segundo Código Civil del Perú. Diré también que si en España hubiera que acometer una recodificación, el Código Civil italiano sería sin duda uno de los mejores modelos. Ha inspirado muchísimas soluciones doctrinales. Por ejemplo, en materia de asunción de deuda, de onerosidad excesiva, de resolución por imposibilidad sobrevenida. Ha inspirado literatura jurídica española y parcialmente a través de ella la jurisprudencia del Tribunal de Casación.

A lo anterior habría que añadir alguna otra cosa. Me parece muy correcto el diagnóstico de Giorgio Cian cuando en el Congreso de Venecia de 1988 hablaba de una relectura del sistema civilístico francés, en clave del pensamiento pandectístico y pospandectístico, que condujo a una suerte de fusión de las dos culturas jurídicas no falta de originalidad y especificidad. El análisis puede profundizarse señalando que, tal vez por la razón antes apuntada, el Código Civil italiano representa una cierta comercialización del Derecho Civil, de manera que, especialmente en el Derecho de Obligaciones y Contratos, se abandona el punto de vista *favos debitoris*, por una mayor consideración de los de-

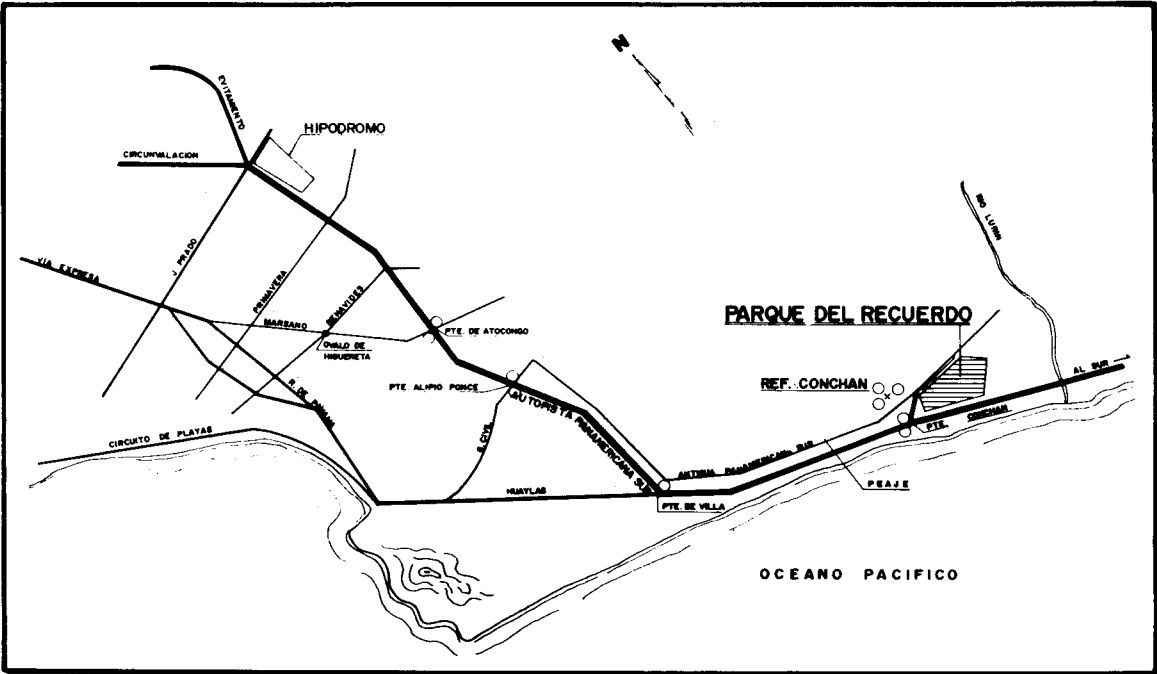
rechos del acreedor, que es favorecedora del progreso económico. El paso de una estricta responsabilidad subjetiva o por culpa en materia contractual, a una responsabilidad en cierto modo objetiva, es un buen síntoma de ello. La regulación de la *mora debitoris* ofrece un ejemplo de la misma idea, como finalmente lo es el hecho de que el Derecho Comercial quedará refundido en el Derecho Civil de las obligaciones y contratos, además de estarlo en el Libro del Trabajo donde se regulan la empresa y las sociedades. Nosotros, los españoles, tenemos también el Código de 1942 como heredero legítimo de la importantísima generación de juristas italianos que se produjo en los primeros treinta años del siglo, respecto del cual no es necesario mencionar ningún nombre. Un profesor belga Van Canghan, en un pequeño libro, que recoge sus explicaciones en la cátedra Goodhart de Oxford, que ha sido traducido al italiano en la Colección de Juristas Extranjeros de Hoy con el título de "Los Señores del Derecho", contrapone un derecho de profesores, que para él encarnan las creaciones de Derecho Común, con un Derecho de Jueces, cuyo paradigma sería el *Common Law* de los anglosajones y un Derecho de Legisladores que sería el Derecho de la Codificación. Se trata de una visión simplificadora. Probablemente en todos los Derechos estos tres factores confluyen.

Ningún ordenamiento jurídico puede sobrevivir si los legisladores no mantienen las normas en vigor o las derogan, si los jueces no las aplican rectamente o si los escritores y los escritores no las analizan. El problema es de graduación de todos estos factores. Esto dicho, puede ciertamente reconocerse en la codificación civil italiana de 1942 notorios influjos profesoriales, que colocan al Código Civil en la órbita de los llamados Códigos eruditos. No llega al absoluto tecnicismo, al carácter abstracto del BGB, pero es un Código erudito. Podríamos, incluso apuntar la idea de que tras todas las formas de recodificación ha existido un influjo profesoral que encontró acogida en la instancia política. En el caso neerlandés, que he citado varias veces, es muy clara la iniciativa originaria del profesor Meijers.

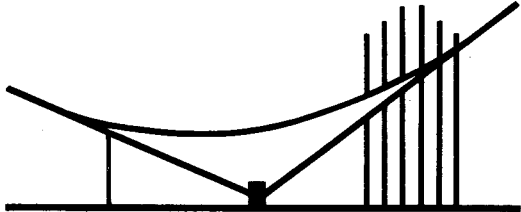
Por su época, el Código Civil italiano ha recibido el influjo de lo que se llamó la huida a cláusulas generales, que es también una de las características más sobresalientes de la segunda generación de Códigos. El legislador se sabe ya impotente para adivinar todas las posibilidades de futuro y establece los que se llaman conceptos-válvula para que una jurisprudencia flexible pueda obrar en ellos. Además debe señalarse también que el Código Civil italiano de 1942 redujo a términos razonables la supra-abstracción del Código Civil alemán. Es un

claro signo de ello la renuncia a regular legislativamente la figura teórica del negocio jurídico. Resumiendo, podemos decir que en el ambiente cultural latino y mediterráneo introdujo novedades muy importantes, abrió horizontes a la doctrina y a la jurisprudencia de los países de ese ambiente cultural e hizo progresar la cultura jurídica.

En la actualidad se mantiene en buen estado de salud. Conserva su capacidad para afrontar los retos del futuro; es uno de los modelos posibles para llegar a la unificación europea del Derecho de Obligaciones y Contratos y, por todo ello, hay que desearle larga vida.



A detailed map of the Parque del Recuerdo area. The map shows a coastline with the 'OCEANO PACIFICO' to the south. Key landmarks include 'HIPODROMO', 'CIRCUNVALACION', 'VIA ESCUERA', 'J. PRADO', 'PARRERA', 'BARRAS', 'PTE. DE ATOCONGO', 'PTE. ALFPO PONCE', 'AUTORISTA PANAMERICANA', 'PTE. DE VILLA', 'REF. CONCHAN', 'PTE. SANCHEZ', and 'CIRCUITO DE PLAYAS'. A north arrow is located in the upper right quadrant of the map.



A stylized logo consisting of a series of vertical lines of varying heights, with a horizontal line at the base and a diagonal line crossing through them.

PARQUE DEL RECUERDO



Asociación Civil
San Juan Bautista

Cultura, Universidad y Derecho Romano en la Encrucijada de nuestro Tiempo

Juan Iglesias*

Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Complutense de Madrid (España).

La crisis de la Cultura ha llevado al fracaso a la Universidad, siendo un corolario la postergación o la supresión del Derecho Romano dentro de los planes de estudios de Europa, pese a que la ciencia romanística ha alcanzado un alto grado de desarrollo. Paradójicamente, los países del Este mantienen la enseñanza del Derecho Romano pues éste permite una mejor formación de los futuros juristas por su terminología, conceptos, categorías, esquemas y clasificaciones.

Estas reflexiones sirven para un interesante e inquietante planteamiento del autor en torno a la necesidad de implementar el estudio del Derecho Romano, con especial referencia a la jurisprudencia, para así superar los problemas de formación jurídica que enfrentan muchos países pertenecientes al sistema jurídico romanista.

ELVIRA MENDEZ CHANG

Profesora de Derecho Romano en la Facultad de Derecho y del Magister en Derecho con mención en Derecho Civil de la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1. No creemos inoportuno, sino todo lo contrario, el poner en juego de comunicación estos tres temas: Cultura, Universidad y Derecho Romano.

En efecto, el Derecho Romano es precioso ingrediente de nuestra cultura occidental; la Universidad es "poder espiritual", que, sobreponiéndose a tantas y tantas techniquerías políticas como hoy padecemos, puede y debe ser escuela que ilumine, oriente y sostenga al alma misma de una vida social libre de toda traición o malévolos descarrío.

La actual sociedad vive -sufre- una hora de desconcerto, que es tanto como decir de perversión, turbación o descomposición del orden que debe serle propio.

Nuestras palabras y nuestras acciones se ofrecen hoy carentes de modo y medida. En línea máxi-

ma, lo que decimos y lo que hacemos no pasa de ser mentira disfrazada en arriscado artificio.

Ciertamente, mentira hay, y la más grande y grave, cuando abordamos un sinfín de cuestiones sin rozar la muy soberana de la **verdad**.

No es verdad, no puede ser verdad, nuestro frívolo y presuntuoso asentamiento en una 'modernidad' que no quiere contar para nada con lo **clásico**, con lo tradicional, sea en su textura, en su esencia -cifra y compendio de la energía histórica-, sea en su modo de operar sobre la realidad vital.

No es verdad, no puede ser verdad, esa actitud de quienes, vueltos de espaldas a nuestra consistencia actual, con incontestable entronque en el pasado, peroran acerca de algo que es puro andamiaje etéreo, y a lo que llaman "postmodernismo"¹.

* El autor es además miembro de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, y Presidente de Honor de la Sociedad Española de Derecho Romano.

1. Véase EUGENIO TRIAS, *Los límites del mundo*, Barcelona, 1985, págs. 111, 112 y 116.

Nos desgajamos de lo tradicional, de lo vivífico heredado, y no calibramos el significado del presente, anclado en el pasado. Nos llenamos la boca con la palabra "progreso", luego de embadurnarla con "ocurrencias" nunca denunciadoras de segura y benéfica manera de civilidad en ascenso.

Progreso, decimos, en los campos del pensamiento, del comercio, de la política, de la economía, del arte... Pero "ha sido precisamente la afirmación desenfrenada, auténticamente "moderna", de este progreso lo que nos ha conducido a la actual situación, que sentimos como algo profundamente intranquilizador y que amenaza acabar con la vida misma"².

Cierto que la historia es un "IR HACIA ADELANTE". Es "progresión" **-progressio-**, salvo que no siempre en ganancia de virtud **-progredi in virtute-**. No siempre, no ahora, cuando la diosa Técnica supone una grave amenaza para las verdades de tradición eterna, para esas mismas que, alzándose por encima de lo sólo ocasional y para siempre muerto, hacen perpetua la esencia, la quiddidad del ser, que es, con nosotros, el alma entrañada de lo humano nuestro. Quien bucea en la hondura de "la humanidad en nosotros", acallada por la bullanga de cuantos pretenden mudar la dirección del mundo, está en situación de saber que tales verdades tradicionales, sacadas que sean a flote y acomodadas al estilo del tiempo, pueden ayudar a que "el ser mismo" siga siendo.

Condenable es la incomunicación de muchas de nuestras normas -no sólo de las "legales"- con unos principios de razón moral frívolamente apartados como antiguallas.

Hoy por hoy, nadie ha probado que los "problemas supremos" y, entre ellos, y sobre todo, el de la forja de un convite social atenido a reglas de Justicia, estén en vías de resolverse por principios de novísimo cuño. Por principios cuya **magna novitas** ofrezcan un ilusionado y benéfico programa de vida a los individuos y a las sociedades.

Hoy por hoy, nadie ha probado que las **posibilidades todas** de nuestra cultura occidental han recibido explicación real entera, cuando es ahí donde están las fuentes de perfección salvadora.

Así las cosas, y mientras esto último no ocurra, creemos que todavía hay algo que hacer, y es ver lo que no vemos. La ceguera que acompaña al furor novísimo impide demostrar que nuestra cultura occidental atesora principios que, sacados de su quieta matriz y atemperados a las presentes demandas, por descomunales que éstas sean, pueden mejorar las estructuras políticas, económicas, sociales y religiosas existentes.

El fabuloso y desafiante conjunto de conocimientos y medios técnicos ofrecidos por la ciencia moderna impulsa un industrialismo dispensador de ciertos beneficios materiales -no bien repartidos, por lo demás- pero creando riesgos que abocan a la "Guerra Última"³. En todo caso, nada permite vislumbrar ahí una alternativa al "espíritu", esto es, al jugoso repertorio de principios, valores e ideas tradicionales.

No creemos que el progreso técnico-científico sea capaz de dar con esa alternativa. No creemos que pueda alumbrar "unidades brillantes", puntos de unión y de contacto que ofrezcan una y la misma luz a la cultura, al gusto, al espíritu⁴.

Naufragamos, sí. Por ignorancia de la **verdad**, por no "dedicar la vida a la verdad" **-virtam impendere vero⁵-**. A esa misma verdad que proclama el necesario reinado de ciertos principios espirituales enraizados en el orden moral, con su recia y sabia carga de reglas y frenos.

He aquí unas aleccionadoras palabras de Zubiri: "Si el científico, el "sabedor de cosas" y "poseedor de ideas", al verse solo y desplazado en el mundo, recapacita, y entra en sí mismo, ¿qué encuentra dentro de sí con que justificarse? (...) En el científico, sus métodos comienzan, a veces, a tener muy poco que ver con su **inteligencia**. Los métodos de la

2. LORTZ, *Unidad europea y cristianismo*, trad. esp., Madrid 1961, pág. 80.

3. Estamos a las puertas de que el Error lleve al Horror, al Holocausto. Véase TRIAS, ob. cit., págs. 192 y sigs.

4. Cfr. BRAUDEL, *Las civilizaciones actuales. Estudio de historia económica y social*, trad. esp., Madrid, 1973, pág. 338. Véanse, en esta misma obra, las págs. 44, 45 y 298 y sigs.

5. JUVENAL, *Satir.*, 4,91.

6. ZUBIRI, *Naturaleza, historia, Dios*, 2ª ed., Madrid, 1951, págs. 23-24.

7. ORTEGA Y GASSET, *Obras completas*, 2, Madrid, 1946, pág. 272.

8. ALEXIS CARREL, *La incógnita del hombre*, trad. esp., Buenos Aires, 1947, página 247.

9. LORTZ, ob. cit., pág. 81.

*ciencia van convirtiéndose con rapidez vertiginosa en simple **técnica** de ideas o de hecho -una especie de meta-técnica-; pero han dejado de ser lo que su nombre indica: órganos que suministran evidencias, vías que conducen a la verdad en cuanto tal (...) Penosa y lentamente, el hombre ha ido tejiendo un sutil y vidrioso sistema de posibilidades para la ciencia. Cuando se desvanecen, la ciencia deja de ser viva para convertirse en producto seco, en cadáver de la verdad"*⁶.

2. El doctrinarismo político hoy imperante trata fuera de juicio la realidad humana. No apoyado en ciencia verdadera, sujeto a rígidos esquemas, alza lo imaginoso sobre lo que "es".

El hombre-concepto y la sociedad-concepto se empujan sobre la realidad en unas construcciones abstrativas que, sólo acomodadas a tendencias materiales, adormecen o matan la dignidad del ser humano.

Por tema de moral puede y debe resolverse cuanto demanda la "zona reservada" de cada hombre y también esa otra del convite social a la que está vocado por naturaleza.

La ley moral natural, decretada desde lo eterno, ha sido dejada de lado en el mundo moderno. Sin embargo, por principios de ella cabe solventar los problemas magnos: el de la explotación del individuo, víctima de la desafiante opulencia de los dueños y directores del poder económico; el de una Técnica arrasadora de "esa vida primaria y espontánea del espíritu, que es idéntica hoy y hace diez mil años" ⁷; el del asentamiento de la Gran Sociedad, por obra de un Derecho Internacional con desencanto en el amor, tal como proclamara Francisco de Vitoria.

Todo estriba, a la postre, en que lo más de esa ley moral natural reciba **estreno** en esta civilización, donde "las ciencias de la materia inerte nos han llevado a un país que no es el nuestro", pues "hemos aceptado todos sus dones: el individuo se ha vuelto mezquino, especializado, inmoral, ininteligente, incapaz de gobernarse a sí mismo y a sus propias instituciones"⁸.

Peligramos, sí. Por nuestro alejamiento de las fuentes de energías -de las fuerzas morales- de la esencia de Europa⁹.

3. La crisis europea, la crisis del clasicismo, lleva al fracaso de la Universidad. Ciertamente, "el fracaso de la Universidad ante las necesidades actuales del hombre -el hecho tremendo de que la Universidad haya dejado de ser un **pouvoir spirituel**- es sólo una consecuencia de aquella crisis, porque la Universidad es clasicismo"¹⁰.

Tal como ha sido denunciado recientemente¹¹, desde finales de la Segunda Guerra Mundial, la Universidad, albergue antes del ideal humanista, ha sido víctima del extremo crecimiento de la población escolar, de la racionalización tecnológica, espoléada por la competitividad económica, de la burocratización de la enseñanza a través de la creciente politización de su administración. A los casos escandalosos recogidos en tal denuncia -eliminación de disciplinas filosóficas en las Universidades americanas, desaparición de la filología clásica, incluso en universidades como las alemanas-, y que son fruto de tal estado de cosas, añadimos aquí nosotros la postergación, cuando no la supresión del estudio del Derecho Romano.

Por verdad, y desgraciadamente, soplan hoy vientos contrarios al cultivo del Derecho Romano. El único refugio de tal cultivo -la Universidad- se va achicando más y más. Y todo acaece, y aquí es de señalar la tremenda y dramática paradoja, cuando la ciencia romanística alcanza un altísimo grado de pujanza.

Ocurre la dicha pujanza en medio de condiciones adversas: la falta de vigencia del Derecho Romano y la ausencia de movimientos políticos de alto bordo que, debidamente orientados por la cultura, nutran a la sociedad civil de principios jurídicos valerosos para su buen regimiento.

Hay ocasiones en que la política, por malicia o por ignorancia -o por ambas cosas- se declara enemiga de la cultura, y entonces nada bueno puede acontecer en punto al imperio del Derecho, con todo el beneficio que procura a la vida social. En cambio,

10. ORTEGA Y GASSET, *Obras completas*, 4, Madrid, 1947, pág. 397. Cfr. GUARINO, *L'Università oggi*, en *Atti Accad. Pontaniana*, n.s., 33 (1985), págs. 69 y sigs.

11. E. SUBIRATS, *La disfunción de la Universidad*, en *El País*, de 4 de octubre de 1986. Cfr. LATORRE, *Universidad y sociedad*, Barcelona, 1964, págs. 47 y sigs.

una política sanamente comprometida con una corriente cultural asistida de solidez, de fortaleza -de *Gründlichkeit*- puede colocar y coloca al Derecho en su sitio.

Es lo cierto que la cultura -la nuestra, la heredada- vive hoy uno de sus peores momentos. El industrialismo invasor que procura la Técnica, la carencia de unas instancias parejas a las romanas del *officium*-propulsoras, en grado máximo, de la faena ético-social-, las impulsiones o apremios motivados por el azoramiento que produce el vértigo y el imperio descarnado y rabioso del politicismo -"que viene a ser algo así como una política sin ética"¹²- dejan campo libre a pomposos y baldíos "programas" o "manifiestos" pseudoculturales.

El politicismo arrincona a la Política, con mayúscula, es decir, a ese "arte de hacer una nación, un pueblo", según la expresión unamuniana.

El politicismo envilece cuanto toca. Por lo pronto, el lenguaje, como lo prueba el endiablado juego-teo al que ha sido sometida la palabra "democracia".

*"La palabra democracia era inspiradora y respetable cuando aún era siquiera como idea, como significación, algo relativamente controlable. Pero después de Yalta, esta palabra se ha vuelto ramera porque fue pronunciada y suscrita allí por hombres que le daban sentidos diferentes, más aún, contradictorios: la democracia de uno era la anti-democracia de los otros dos, pero tampoco estos dos coincidían suficientemente en su sentido"*¹³.

Malo es lo dicho, pero no lo es menos el que buen número de intelectuales coadyuven a los males enraizados en el politicismo. No escasean entre los intelectuales -únicos capaces de definir, de "dejar a las cosas ser"- los que adoptan una de estas posturas: la de arrinconarse, empavorecidos, en las guardias de sus cuartos de estudios; la de los que quieren mandar, en contradicción con su dicha tarea de definir, de denunciar y fijar claridades; la de los que, borreguilmente, suman su voz al estridente coro de los politicastros, máximos depredadores de la Política.

Amén de que tantos y tantos intelectuales de esta hora se caracterizan por poner fronteras a saberes especializados, sin atacar, inteligente y decididamente, bajo prisma de santa unidad, el Gran Tema de la Cultura¹⁴. Y hoy por hoy, todavía, y pese a todo, de la enraizada en lo europeo. En lo visible y en lo no visible de lo europeo, en lo que corre por las venas de esa espiritual realidad colectiva, tan soberana como traicionada, que es Europa.

4. Ingrediente de esa dicha Cultura es el Derecho Romano, aunque haya perdido su vigencia en los territorios europeos.

Malo es, de todas maneras, que el Derecho Romano, en el momento presente, tenga escasos pregoneros fuera del ámbito que me es propio. Salvo honrosas y loables excepciones, a las que aquí rindo tributo, los romanistas actúan en solitario.

Alejados de nosotros, romanistas, los más de los juristas y no sin cierta culpa nuestra¹⁵, estos últimos, para colmo de desdichas, participan raramente en el quehacer legislativo. Con el resultado de que en el cúmulo inmenso de leyes actuales hay poco sitio para lo que ha sido y debe ser eso que llamamos Derecho.

Aunque sea la nuestra, la de los romanistas, "voz que clama en el desierto", debemos pugnar contra la "tesis abandonista". Tesis que, carente de toda justificación, está llevando a la supresión o, en el mejor de los casos, a la postergación del Derecho Romano en los planes de estudio de la enseñanza universitaria.

Como hemos señalado en otras ocasiones, resulta singular, a fuerza de paradójico, que en tales planes, y por lo que toca a los países del Oeste europeo, el Derecho Romano va perdiendo posiciones, al ser insertado en una "Historia Universal del Derecho antiguo", mientras aparece firme en el Este socialista¹⁶.

Sin entrar aquí en la cuestión relativa a la mayor o menor revisión de ciertas posiciones dogmáticas -

12. LOPEZ FRIAS, *Estética y política. En torno al pensamiento de J. Ortega y Gasset*, 2ª ed., Barcelona, 1985, pág. 29. Sobre "la política como justa medida", véase GENTILE, *Intelligenza política e ragion di Stato*, Milán, 1983, págs. 35 y sigs.

13. ORTEGA Y GASSET, *Meditación de Europa*, Madrid, 1960, pág. 24.

14. Sobre el significado de los términos "civilización" y "cultura", véase Braudel, ob. cit., págs. 12 y sigs.

15. Véanse BIONDI, *Arte y ciencia del Derecho*, trad. esp. de LATORRE, Barcelona, 1953, pág. 188, y DE FRANCISCI, *Síntesis histórica del Derecho Romano*, trad. esp., Madrid, 1954, págs. 4 y 5.

16. Sobre la enseñanza del Derecho romano en los países socialistas, véanse los escritos de DIOSDI, KLIMA, MAROTI, POLAY, REBRO, STANOJEVIC y TOMULESCU insertos en Index, 3 (1972). Sobre reciente literatura romanística en Hungría, véase HAMZA, *A Magyar Római Jogi Szakirodalom Bibliográfiája* (1945-1985), Budapest, 1986.

el llamado "*stalinischer Dogmatismus*", singularmente acordes con el materialismo histórico, resulta cierto, y plausible, en todo caso, que la enseñanza del Derecho Romano se vea afianzada en los países socialistas, contando con una pléyade de ilustres estudiosos.

Las razones -y nunca mejor dicho- por las que se enseña el Derecho Romano en las naciones del Este europeo se alzan por encima de la creencia, allí abrigada, de que es un Derecho "burgués" y, por tanto, servidor de condenables intereses individualistas¹⁷. Con acierto, se entiende allí que el encuentro con el Derecho Romano, en su terminología, en su conceptual, en sus categorías, esquemas y clasificaciones, permite la mejor educación de los jóvenes juristas. Permite saber, sin más, **qué es el Derecho**¹⁸. Advertido cuanto queda dicho, resulta chocante, en verdad, lo que ocurre ahora mismo en el Occidente europeo. Sea por "demagogia descarriada y mal aconsejada"¹⁹, sea por ignorancia, sea por airear la bandera de un equivocado "progresismo", sea por actitudes políticas reñidas con cualquier modo de aconsejada dialéctica, sea por la propia quiebra del "espíritu europeo", lo cierto es que la enseñanza del Derecho Romano -la más soberana manifestación de lo jurídico- va perdiendo terreno en los planes de estudios de unas universidades que están a punto de perder su *ratio*, su *mens*, su *animus*, su razón, su alma, su inteligencia, no apercibiéndose de que su misión más alta es la de dar cobijo al ideal humanista²⁰.

5. El Derecho Romano explicado en las aulas universitarias, con eje y centro en las instituciones jurídicas privadas, es el "Derecho Romano histórico", esto es, el desenvuelto, por vía de latinidad y por vía helénica u oriental, desde los orígenes hasta la Compilación Justiniana.

Tal explicación o exposición atiende a la "primera vida del Derecho Romano", a la decididamente su-

ya, pese a tales o cuales altibajos. La que viene después, la "segunda vida", operada por la doble recepción del Derecho Romano a través del libro -el *Corpus iuris*- y, en los países románicos, de la lengua, queda fuera de nuestro ámbito docente.

En cualquier caso, y aún entendiendo que esa "segunda vida" no es fiel continuadora de la primera, por lo mismo que es otro el escenario, otra la circunstancia, resulta cierto que el Derecho Romano -y no ya en su pura y entera normativa, sino en lo que abriga de percepción de lo "jurídico", y más aún, de sentimiento de lo "jurídico", casado con lo "justo", con lo único moralmente imperable- es ingrediente de nuestra cultura, tan trabajada hoy por descomunal desconcierto.

Mas, dejando de lado toda discusión acerca de lo que significa y representa la "tradición romanística" -puesta por nosotros en relación fundamental con legislaciones entroncadas en el *Corpus iuris*, aunque no de modo mecánico o incondicional²¹-, verdad es que la normativa romana o buena parte de ella, al menos, no ha sobrevivido en su **forma**, sino tras su **re-forma: eadem, sed aliter**.

Alzándose por encima de la diversidad jurídica medieval y de la unidad codificativa de la Edad Moderna, el Derecho Romano se muestra presente, de un modo o de otro, en numerosas legislaciones actuales. Y todo, pese a su transporte a situaciones ambientales distintas, a la aparición de figuras nuevas en las relaciones de tráfico y a la propia incapacidad para satisfacer toda una serie de avanzadas demandas.

Es cierto que la penetración del Derecho Romano corre pareja con la romanización de buena parte de los territorios europeos, pero a eso se añade el verse en él un incomparable monumento de saberes especialmente útiles para el regimiento de la vida

17. Creencia errónea, si el estudio del Derecho Romano se sobremonta a lo que dicen los solos textos "legales" y jurisprudenciales, prestando atención a toda una serie de virtudes, a todo un mundo de moralidad social, a toda una preceptiva extrajurídica cifrada en el officium. Cfr. BIONDI, *Annali Catania*, 1928-29, pág. 37 (extr.); IGLESIAS, *Estudios: Historia de Roma. Derecho Romano. Derecho Moderno*, 2ª ed., Madrid, 1984, págs. 169 y sigs.

18. POLAY, *L'insegnamento del diritto romano nei paesi socialisti*, en *Index*, 1 (1970), págs. 130 y sigs. (*Studi Sassaresi*, 3ª s., 1 (1969), págs. 581 y sigs.). El propio romanista insiste sobre el tema en la misma revista *Index*, 3 (1972), páginas 129 y sigs.

19. En palabras que nos cansamos de reproducir, del colega (marxista) ROCES, *Necesidad de actualizar la enseñanza del Derecho Romano y Marxismo*, en *Index*, 4 (1973), pág. 40.

20. Véase el número monográfico que el Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 6 (1987), por feliz iniciativa de su director, el profesor Martínez Val, consagra a la defensa del Derecho Romano, con doctas consideraciones de eminente juristas de varia condición e interesantes artículos de GARCIA GARRIDO, A. FERNANDEZ DE BUJAN, ROSET, REINOSO, IZQUIERDO, ALCOLEA y RICO PEREZ. Para lo que ocurre ahora en Italia, véase el editorial de la revista *Labeo*, 33 (1987), págs. 5 y 6.

social. En el Derecho Romano llega a verse el Derecho. Así, sin epíteto o aposición alguna.

Cuanto ha acaecido y cuanto hoy sucede prueba que el Derecho Romano es instrumento privilegiado para la formación del jurista, es decir, para un hombre no dispuesto a sustituir la temática jurídica por la temática legal, la técnica interpretativa sabia por la insustancial y casi mecánica, la entrega al logro de lo justo por una dogmática cientificista o científicoide, que se enajena, no sin cierta soberbia, de la vida, realidad de realidades a la que, por encima de todo, debe servir el Derecho.

En cualquier caso, la enseñanza actual del Derecho Romano -y del Privado hablamos, fundamentalmente- no debe pararse en la simple y fría exposición de las instituciones. Debe ahondar en el significado íntimo, a veces soterrado, de cada una de ellas, y por manera de reconducirlas todas al entero espíritu de lo jurídico de Roma; debe habérselas con unas categorías que, desde entonces hasta hoy, son determinantes primarias y peculiares del Derecho; debe, en fin, y sobre todo eso, tener trato con el modo de saber y de operar del *iurisprudens*, eximio pesquisidor y defensor de la justicia²².

Por verdad, "la grandeza y el valor imperecedero y, por tanto, actual, del Derecho Romano está en la jurisprudencia, que representa verdaderamente algo único en la historia"²³.

Fue la jurisprudencia la que llevó el Derecho Romano al más potente y brillante grado de perfeccionamiento, y no ya sólo por su lógica impecable, por su razonar geométrico, por sus decisiones sentenciosas, concisas o lapidarias, sino por "haber precisado qué es el Derecho, qué es la ciencia del Derecho, cuál es el método jurídico"²⁴. Todo eso -Derecho, ciencia del Derecho, método jurídico- tiene como mira el logro de la justicia, tal como la siente la conciencia colectiva.

En traer a maridaje el Derecho con lo que es bueno y justo *-bonum et aequum-* reside el gran mérito de una jurisprudencia que a nosotros, hombres de hoy, nos brinda las más industriosas enseñanzas.

Acordes con lo que acabamos de decir, creemos que hoy se impone no una "actualización" del Derecho Romano, sino de la enseñanza del Derecho Romano²⁵, de suerte que ésta pregone la búsqueda, a la manera romana, de la justicia.

Nos repetimos: "No es posible actualizar el Derecho romano, sino la enseñanza del Derecho Romano. No es posible reglamentar la vida presente con la normativa romana."

"No cabe eso de -retomar a Savigny- (Koschaker); eso de volver al *-modernus usus Pandectarum-* (Wenger); eso, en fin, de -prestar quieta y única atención a las viejas y tradicionales fuentes jurídicas- (Mitteis)"²⁶.

Se trata de que en los países herederos de Roma, en los que lo son por la doble vía de la lengua -"sangre del espíritu"- y del libro -el *Corpus iuris*-, saquemos de modorra a nuestro sentir jurídico, enraizado en lo romano, y propinemos, de acuerdo con él, contando con su ayuda, la enseñanza de los *iurisprudentes*²⁷.

Tal actualización de tal enseñanza no es negada a países no romanizados, a países en los que la recepción del Derecho Romano se operó sólo por el libro, y no ya también por el cuasi latín que es el romance. No es negada, y debe venirle impuesta por algo ya dicho, y esto es, porque el Derecho -así, a secas-, en sus raíces, en su terminología, es sus conceptos, en sus categorías, en sus esquemas y en sus clasificaciones, tiene descanso en lo romano. Y también, y en definitiva, porque todo pueblo, cualquiera que sea su origen, puede recibir lecciones de

21. Sobre el significado de la expresión "tradición romanística", véanse BIONDI, *Prospettive romanistiche*, Milán, 1933, págs. 1 y sigs.; WIEACKER, *Über Aktualisierung der Ausbildung im Röm. Recht*, en *L'Europa e il dir. romano*, 1, Milán, 1954, págs. 518 y sigs.; ORESTANO, *Del problema del dir. romano e della sua storicità*, en *Riv. trimestrale di dir. e procedura civile*, 39.3 (1985), págs. 545 y sigs.

22. El tema de la justicia, que es el tema mismo del Derecho, está presente no sólo en las decisiones de los juristas sobre casos concretos, sino también en las que pudiéramos llamar 'declaraciones generales'. Véase, a este propósito, IGLESIAS, *Espíritu del Derecho Romano*, 3ª ed. inalterada, Madrid, 1984, págs. 32 y sigs. (*Spirito del diritto romano*, trad. ital., Padua, 1984, reimpresso en 1985, págs. 25 y sigs.).

23. BIONDI, *Arte y ciencia del Derecho*, cit., pág. 197.

24. BIONDI, ob. cit., en la nota anterior, pág. 198. Cfr. GARCIA GARRIDO, *Actualidad de la jurisprudencia romana y enseñanza del Derecho*, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 6 (1987), págs. 37 y sigs.

25. GUARINO, *Conoscere il diritto romano*. Lezione tenuta in occasione del venticinquesimo anniversario della Facoltà Giuridica Teramana, il XVIII diciembre de 1987, pág. 2 (estr.), habla de cómo el Derecho Romano no es, en sí, fastidioso: "lo hacen fastidioso alguna vez (o acaso con frecuencia) los que lo enseñan".

unos juristas consagrados a la excelsa tarea de procurar la realización de la justicia, con lo que se pone al Derecho en su sitio.

En todo caso, debe reconocerse que “el valor del Derecho Romano no puede agotarse en pasatiempos erudito-filológicos, pues el Derecho Romano es un factor fundamental en la Historia de la Cultura”²⁸.

6. La enseñanza del Derecho Romano se dirige a escolares que mañana alcanzarán la condición de juristas.

Ojalá que en ese mañana venidero nuestras lecciones sean provechosas, por manera singular, a los estudiosos del derecho privado y a los filósofos del Derecho.

A los estudiosos del Derecho Privado, sabedores siempre de cuán beneficioso es el trato con el Derecho Romano, del que aquél recibe su primario sustento, pero distanciados hoy de la literatura romanística, por lo mismo que ésta les resulta un tanto cabalística o enigmática.

A los filósofos del Derecho, que pueden allegar en la ciencia jurídica romana cuanto conviene a una “teoría general” no desatenta a la *vera philosophia* de los *iurisprudentes*²⁹.

Nuestro momento histórico reclama una cierta comunicación entre los romanistas y los jusfilósofos. Unos y otros, sin que pierdan autonomía sus métodos

o maneras de investigación, pueden y deben contribuir a que una “teoría general del Derecho” reciba los no pocos cuidados de que ha menester.

Una filosofía del Derecho sumisa a modo doctrinal, en el que toda divagación es permitida, se convierte en algo tan anodino como cargante. Una filosofía del Derecho victimada “por el terrorismo de los científicos de laboratorio” contribuirá a su propia proscripción en el marco de la enseñanza universitaria.

Un Derecho Romano ortodoxamente reconstruido es algo indeclinable, pero debe hacerse de manera que sus específicos criterios resulten comprensibles a los cultivadores de la teoría general del Derecho³⁰.

Hay que fomentar el número y la consistencia de tales cultivadores. Si la teoría, como se ha dicho, es el capitán, y la práctica, los soldados, conviene crear un clima intelectual y moral que ponga las cosas en su sitio.

Atravesamos momentos difíciles. Tan difíciles como que estas dos disciplinas profesoras -el Derecho Romano y la Filosofía del Derecho- están en trance de desaparecer o de quedar reducidas a meras “curiosidades”.

Más aún, el resto de las disciplinas jurídicas, en esta hora de leyes sin cuento, y dictadas casi siempre no ya a tenor de lo que manda el Derecho, sino

26. IGLESIAS, *Estudios*, cit., pág. 63.

27. ROCES art. cit. (Index, 4 (1973), pág. 40): “...hay que abrir de par en par las puertas de nuestras aulas y de nuestros seminarios y centros de investigación a las corrientes de aire renovador. Sacar la enseñanza del Derecho Romano, donde todavía se enquistó en él, del mundo muerto de la arqueología, para incorporarlo al mundo vivo de la historia y de la sociedad, que es uno y el mismo. Transformar la enseñanza de nuestra materia -y la del Derecho, en general- de una disciplina catequística, formalista, dogmática, pragmática, arcaica y memoriata, repetidora, definitiva y categorial y, por ende, antipática, repelente, indeglutible y deformadora, en una enseñanza racional y razonadora -para mentes adultas-, crítica, formadora y actual, modeladora de conciencias, por cuyas venas circula la sangre de los problemas sociales, humanos, haciendo, así, de ella una escuela fecundadora del espíritu del jurista (...) La lucha por la conciencia y el espíritu del hombre es, en efecto, tal como yo lo veo, el ejemplo preclaro de los grandes juristas de Roma en su época creadora y el de los más sugestivos cultivadores de nuestra ciencia, en su período de esplendor”.

28. A. D'ORS, *Jus Europaeum?*, en *L'Europa e il diritto romano*. Studi Koschaker, 1, Milán, 1953, pág. 465, quien propone la superación de la idea de “europeísmo”, para ir a un *ius oecumenicum* con descanso en el *ius naturale* (pág. 476). Cfr. ALVAREZ SUAREZ, *Horizonte actual del Derecho Romano*, Madrid, 1944, págs. 38 y 39, en su referencia a Petra Zychi (“el Derecho Romano representa la realización del ideal inmutable del Derecho natural”), y p.43, en relación con Rabel (“...la misión más noble del Derecho Romano sería una vez más el punto de partida para un derecho mundial y dejarse absorber por un nuevo *ius gentium privato*”).

29. Afortunadamente, contamos hoy con jusfilósofos que valoran debidamente el significado de la ciencia jurídica romana. Así, RENARD, *Introducción filosófica al estudio del Derecho*, 1, trad. esp., Buenos Aires, 1947, pág. 71; RECASENS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica razonable*, México, 1971, página 197; BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, en *Riv. trimestrale di dir. e procedura civile* (1950), pág. 363; SANCHEZ DE LA TORRE, *Los principios clásicos del Derecho*, Madrid, 1975, *passim*, y *El Derecho en la aventura de la libertad*, Madrid, 1987, págs. 56 y sigs.

30. Cfr. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*, 4ª ed., Nápoles, 1980, pág. 39.

de lo que ordena la “circunstancia política”, corren el riesgo de perder su sustantividad y nombre propios. Al paso que vamos, no será extraño que el “Derecho Civil” o el “Derecho Mercantil”, por poner dos ejemplos, reciban la denominación de “Legislación Civil” y “Legislación Mercantil”.

7. Hemos de creer que en lo bueno y sazonado del pensamiento sobre el Derecho y la Justicia puede encontrarse lección provechosa para el saludable regimiento de los hombres.

Confiemos en que “la opinión pública y los gobernantes antes cuiden las exigencias empírico-morales que las técnica-rationales, hasta que sea restablecido el equilibrio entre técnica y conocimiento moral”. Sepamos, en todo caso, que “hay poco en el pensamiento pasado sobre el Derecho y la Justicia de lo que no pueda sacarse alguna enseñanza para un futuro establecimiento de la justicia entre los hombres”³¹.

Pongamos la esperanza en eso, desde aquí, donde estamos y somos, y creyentes de que “la fuerza creativa de Europa sólo recuperará todo su vigor cuando dejemos emerger el propio pasado con la misma naturalidad, confianza y eficacia de cuando construíamos nuestras catedrales”³².

Vayamos al futuro desde un presente enraizado en lo pretérito³³, acordes siempre con esa manera de “sucesión”, de seguimiento, que es la historia. Porque “el hombre y la historia vienen de lejos y van hacia muy lejos”. Porque eterna, continua y fecunda es la **acción del espíritu** en la vida de las naciones y de los pueblos³⁴.

8. Dicho todo lo anterior, alguien se preguntará si es que nosotros, luego de afirmar que “el pasado continúa en el presente, formando parte de él”, creemos de verdad que, ante la imagen que hoy ofrece el mundo, podemos refugiarnos en el humanismo tradicional para salvar los males acarreados, entre otras cosas, por una gigantesca técnica científica que tiene en jaque a la Humanidad entera. Y contestamos que tal es posible, pero bajo una condición: la de que clarifiquemos nuestros espíritus.

Importa, y mucho, que iluminemos todo esto:

- cómo las ideologías políticas, cualquiera que sea su signo, deben librarse de exacerbados dogmatismos, de tajantes proposiciones que luego vendrán zarandeadas por una realidad amiga con lo inesperado y sorprendente;

- cómo el misterio de la política, según enseñaron los romanos, consiste en aprovecharse de la ocasión *-occasione arripere-*, en ponerse delante de la realidad, sacando de ella todo su jugo, y siempre para venir en ayuda de los intereses sociales o naciones³⁵.

- cómo es menester contar con los “contrarios”, advirtiéndole que, de cielos abajo, no hay una ideología política, una sola, que acapare **todas** las verdades;

- cómo en cualquier manera de Estado nada debe atentar contra la dignidad humana, contra la que es propia de cada hombre, librándole de un sinfín de esclavitudes;

- cómo ninguna nación puede ser hoy “zona acotada”, porque tantas y tantas cosas traen a comunicación los pueblos todos, y la puesta en juego de los solos “intereses nacionales” perjudicará, en último extremo, a sus propios defensores;

- cómo la salvación puede lograrse por práctica cierta, segura, del dicho humanismo tradicional, que no se traduce, ni mucho menos, en un asimiento a fórmulas, figuras o instituciones petrificadas, sino a las sempiternas esencias del espíritu, puestas ahora al servicio de una vida siempre en marcha hacia adelante, y

- cómo, en fin, y contra lo que alguien piensa, no hace falta crear una nueva religión, cuando contamos con una trilogía de lenguas teológicas -Atenas, Jerusalén, Roma- capaz de operar el Milagro deseado.

Repetimos: hay que clarificar y purificar nuestros espíritus. Un nuevo ascetismo hace falta³⁶.

Ojalá sea cierto que todos y cada uno de nosotros lleguemos a estar en condiciones de no tener que decir palabras semejantes a éstas: “Durante algún tiempo creí que acabaría por brotar del corazón de Europa un manantial de verdadera civilización. Hoy, ya a punto de abandonar este mundo, mi fe se ha derrumbado”³⁷.

31. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2ª ed., Gotinga, 1967, pág. 619.

32. ROBERT DE VENTOS, *Europa y otros ensayos*, Barcelona, 1986, pág. 32.

33. Cfr. ORTEGA Y GASSET, *Obras completas*, 5, Madrid, 1947, pág. 151; RICCOBONO, *Messaggio alla Redazione di Ivra*, 1 (1950), pág. 3.

34. SANCHEZ ALBORNOZ, *España, un enigma histórico*, 1, 3ª ed., Buenos Aires, 1971, págs. 49 y sigs.

35. IGLESIAS, *Roma: claves históricas*, Madrid, 1984, pág. 24.

9. Cabe suponer que quien tiene por oficio el de romanista no abrigue duda alguna sobre el alto valor que entraña el estudio del Derecho Romano. Tal cabe suponer, pero la realidad es otra, como lo prueba esto que dejó dicho uno de los colosos de la ciencia romanística: "Si ahora fuera joven, abordaría el estudio de otra disciplina"³⁸.

Probablemente, más de cuatro romanistas -y no ya sólo Ihering, autor de la frase antes transcrita- se han visto o se ven trabajados por dudas, titubeos o vacilaciones, y por varias razones, y no iguales todas a las que aquejaron a los hombres del siglo pasado. Sobre todo, por no saber hasta qué punto la mera visión anticuaria, el puro deambular por un "cementerio histórico-jurídico", puede contribuir, sea a los dictados de una ciencia jurídica -la larga y general-, vanamente prendada de sus vagorosas y baldías teorizaciones, sea a las exigencias de una legislación a la que tanto atosigan el vértigo actual como las instancias de una política donde priman los intereses banderizos.

Es el caso, y a esto voy, que ciertos romanistas de la hora presente, y nada dudosos en punto a méritos o merecimientos, luego de contribuir al alza de los estudios que les son propios, favorecen la calificación del Derecho Romano como Derecho "burgués".

Tal calificación, con toda la carga peyorativa que hoy suele llevar, redundaría en perjuicio de esos dos personajes singulares, verdaderamente eximios, que son el jurista *-iurisprudens-* y el pretor *-praetor-*.

El jurista y el pretor, acusados como vienen de ser unos "aristócratas" que sólo van en apoyo de los "suyos", y no, y también, de los carentes de buen rango social y asegurada fortuna económica.

Creemos, por verdad, que en la labor del jurista y en la labor del pretor -tantas veces, y por necesidad,

comunicadas- está presente, a través del *bonum et aequum*, la idea de una justicia no sólo puesta al servicio de los privilegiados. Ciertas arremetidas contra ciertos pasajes del título primero (*de iusticia et iure*) del libro primero del Digesto y, singularmente, contra la definición celsina del Derecho (*ius est ars boni et aequi*)³⁹, la definición de Ulpiano de la *ius-titia* (*constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*)⁴⁰ y los *iuris praecepta* (*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*)⁴¹, carecen de toda justificación. Queremos decir que la cortedad verbal de la definición de Celso pugna contra el disparatado deseo abrigado por tantos teóricos modernos, no apercebidos de que es imposible encerrar en breve marco, en compendiosa fórmula, todo ese complejo, multiforme e intrincado sistema de cultura que entraña el Derecho, con su rotunda referencia a la vida, tan una como inconmensurable. En todo caso, el gran mérito de tal definición estriba en que apunta, sin ambages, al fin que debe cumplir el Derecho y que no es otro que el de la realización de la justicia.

Queremos decir también que los *iuris praecepta*, aún referidos a un ámbito que excede del puramente jurídico, y aun faltos de una exacta "fijación", en línea de disciplina legal o positiva, de lo que debe entenderse por lesivo y de lo que debe considerarse el "derecho de cada cual" -y esto último sin olvido del juego móvil o cambiante de la estimativa social-, no dejan de recalcar algo tan importante como el necesario empalme entre el Derecho y la ética⁴².

En cualquier caso, no hay razón para no considerar lo dicho por Celso (s. II) y Ulpiano (s. III) como algo que discurre por el pensamiento clásico, y no desacorde con las virtudes anidadas en el sobreviviente pensamiento de la mejor paganía republicana.

36. Cfr. HUIZINGA, *Entre las sombras del mañana*, trad. esp., 2da. ed., Madrid, 1951, pág. 222.

37. RABINDRANATH TAGORE, *Hacia el hombre universal*, trad. esp., Barcelona, 1967, pág. 339.

38. IHERING, *Scherz und Ernst in den Jurisprudenz*, 3ª ed., Leipzig, 1885, págs. 359 y sigs. Más adelante, en la pág. 365, expresa su convencimiento de que el estudio del Derecho romano sólo interesa cuando contribuye a solventar demandas de la vida presente.

39. CELSO (hijo), D. 1.1.1 pr.

40. ULPIANO, D. 1.1.10 pr.

41. ULPIANO, D. 1.1.10.1.

42. Véase SANCHEZ DE LA TORRE, *Los principios clásicos del Derecho*, cit., *passim*; *El Derecho en la aventura europea de la libertad*, cit., págs. 65 y sigs.

43. No escasean hoy los que condenan a los juristas y a los pretores, afirmando que, desde su situación de hombres prepotentes, más cuidaban los intereses de los 'suyos' que los de los débiles. No creemos que tal condena pueda extenderse a todos ellos. Al decir de DE MARTINO (*La giurisprudizione nel diritto romano*, Padua, 1937, pág. 144, n. 1), la jurisprudencia armonizó admirablemente su mentalidad progresista con su innegable tradicionalismo. En afirmación de PUGLIESE (*Actio e diritto subiettivo*, Milán 1939, pág. 139), los pretores dieron pruebas de ser sensibles a vínculos de exclusiva razón moral.

El problema está en si las invocaciones jurisprudenciales y pretorias al *bonum et aequum* casan con una noción de justicia sólo circunscrita a los pudientes y no también a los desheredados⁴³.

Evidentemente, lo que queda planteado obliga a mucho. Por lo pronto, a decidir si los especialmente calificados operarios del Derecho, ante el dualismo que representan la “justicia ideal o trascendental” y la “justicia baja o terrena, propia de los códigos y tribunales” -dualismo harto patente en la literatura clásica española, tal como advirtiera Ganivet-, supieron, quisieron o pudieron empujar la primera sobre la segunda, por manera de llegar a lo “perfecto”⁴⁴.

Fue el romano Cicerón quien dijo esto: *In omni arte vel studio vel quavis scientia, ut ipsa virtute, optimum quique rarissimum*⁴⁵. La “perfección” -repetimos palabras nuestras- vive anidada extramuros de lo humano. Así en Roma, después de Roma y hoy mismo. Los hombres de esta avanzada novecentista podemos hacer todo menos entregarnos a suerte alguna de ensimismamiento. Nuestra Edad Contemporánea, y, singularmente, a partir de la década de los años treinta, es pródiga en eso que llamamos “barbaridades”⁴⁶.

Claro que hay “puntos negros” en la historia romana, tal como he señalado en otro lugar⁴⁷, buscando

para ellos manera de comprensible “explicación”.

Mi modesta obra de romanista acaso se haya significado por una insistencia machacona a propósito del alto significado de los *principia* del Derecho Romano, de los expresos y de los no expresados. Es posible que mis “cánticos” a Roma pequen de extremosos, hasta el punto de dar a entender que en ésta, y por toda su historia, **todo fue de color de rosas**.

Lejos de mí la idea de que la Romanidad llegó a ser albergue constante de maravillas. Pero pugno, en todo caso, contra quienes, azuzados hoy por sus idearios políticos, sólo reparan en ciertas escenas crudas o agrias del filme.

Evidentemente, ese historiador-jurista que es el romanista, aparte de no poder trocar la historia en algo más que en una “aproximación”⁴⁸, cometerá graves errores, de una parte, otorgando a nuestras categorías un valor que supere lo meramente descriptivo⁴⁹, y de otra, castigando a unos romanos no bien conocidos con el epíteto de “antidemócratas”⁵⁰.

Si juzgamos a los romanos a través de nuestros idearios políticos, y, sobre todo, de esos que ponen en lugar primero y decisivo el “fenómeno económico”, dejamos de lado “el conjunto de los fenómenos todos sociales, es decir, la vida misma”, para sólo

44. A la bienintencionada pregunta que pueda hacerse sobre si el Derecho Romano fue o no un derecho justo, acaso haya que responder con estas palabras de ORTEGA Y GASSET (*Obras completas*, 2, Madrid, 1947, pág. 204), referidas a lo mucho que hay de problemático en el Derecho, en general: “...la actitud del hombre culto no será la de tomar el Derecho como una realidad pura de toda mancha y de una vez para siempre lograda”.

45. CICERÓN, *De fin*, 2, 25.81.

46. Cfr. IGLESIAS, *Surcos*, Madrid, 1978, pág. 90.

47. *Roma: claves históricas*, págs. 145 y sigs. Entre esos que llamamos ‘puntos negros’ figura la esclavitud. El argumento de la “sociedad esclavista” lleva a más de cuatro a descalificar todo lo romano, como si la esclavitud fuera cosa inventada por Roma, cuando alcanzó, y en grados peores, a todos los pueblos de aquel tiempo. Y del Medievo. Y de la Edad Moderna. Por desgracia, el Convenio Internacional contra la Esclavitud (Sociedad de Naciones, 1926) no rige hoy, ni mucho menos, en todos los pueblos de la Tierra. Véase, no obstante, DE MARTINO, *Nuovi studi di economia e diritto romano*, Roma, 1988, págs. 215 y sigs.

48. Véase IGLESIAS, *Roma: claves históricas*, págs. 17 y sigs.

49. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, 2, 2ª ed., Nápoles, 1973, página 310: “De cualquier modo, es siempre un error atribuir a la sociedad antigua conceptos propios de nuestra época, lo que sólo puede determinar confusión y equívocos en el conocimiento de la estructura de las clases.” Cfr. TALAMANCA, *Poteri negotio acciones nella esperienza romana arcaica. Atti Convegno di diritto romano Copanello 12-15 maggio 1982*, Nápoles, 1984, págs. 87 y sig.; IGLESIAS, *Estudios*, 2ª ed., pág. 140.

50. Sin olvido de los apodosos que hoy damos a la democracia: “democracia formal”, “democracia sustancial”, “democracia popular”, “democracia liberal”, “democracia gobernante”, “democracia gobernada”, “democracia social”, “democracia cristiana”, “democracia humanista”. Y al Estado: “Estado liberal”, “Estado democrático”, “Estado de Derecho”, “Estado legalista” o “Estado de ley” (*Gesetzesstaat*), “Estado totalitario”, “Estado de cultura”, “Estado ético”, “Estado patrimonial”, “Estado popular”, “Estado mecánico”, “Estado social”, “Estado de Bienestar”. Sobre tales apodosos, véase IGLESIAS, *Estudios*, 2ª ed., págs. 379 y sigs.

51. UNAMUNO, *Obras completas*, IX, Madrid, Escelicer, 1966, págs. 1551 y 1553. Cfr. HUARTE, *Hacia una concepción integral del liberalismo. Un ensayo de filosofía económica*, Madrid, 1987, págs. 71 y 72, con referencia a Spengler, según el cual “los economistas han ignorado el hecho de que las subesferas del ser económicas, políticas y morales están entrelazadas y han actuado como si los hechos acaecidos en la subesfera económica real del ser funcionarían con independencia de lo que sucede en las subesferas reales políticas y morales”.

comprender “lo conmensurable, lo ponderable, lo que se mide, pesa y cuenta”⁵¹.

No escasea hoy el *bourgeois* que, conciliando su engordada posición social y económica con ideario *progressiste*, despotrica contra las injusticias de tal o cual sociedad antigua, pero no menguando nunca sus bolsillos -los propios, ¡y tan propios!- para venir en ayuda de los innumerables menesterosos de hoy, víctimas de tipos como él y, claro está, de quienes ejercen el Poder bajo tal o cual bandera.

Mas, dejando de lado toda inconveniente digresión, digamos que en Roma, y por desgraciada verdad, hubo libres y esclavos, como hubo prepotentes y desheredados. Salvo que, al juzgar los que hoy llamaríamos desajustes de la sociedad romana, conviene situar esta última en ese complejo mundo de condicionamientos que es la “edad histórica”. Y ésta, la que le tocó en suerte a Roma, habla de cosas malas, pero también de cosas buenas, con la advertencia de que las más de estas últimas nos pasan inadvertidas.

La sociedad julio-claudiana, pintada por Séneca, no es flaca en miserias. Con todo, la receta no para en eso, pues fue también rica en el juego que ofrecen siempre las “contradicciones”.

Maestro en paradojas fue el propio filósofo nacido en la Bética. En efecto, el hombre inmensamente rico, que obsequia a sus amigos con suntuosos banquetes, predica en sus escritos el equilibrio de la justa medida⁵².

Yo estoy con Polibio, cuando afirma: “La Constitución romana parecía, sin duda alguna, democrática”⁵³. Pero añadido, rediciéndome, que el Pueblo no manda desde arriba, sino desde sí mismo y sobre sí mismo. El Pueblo se somete a esa fuerza como mística que, incardinada en los ‘mejores’, se nombra con la palabra *auctoritas*, tan reciamente castiza, tan romana, como intraducible al griego.

Maravilla, en verdad, la arribada de los entre sí distintos a concordancia última y salvadora. La

libertas, la posible opcionalidad, metida en razón, lleva a la *concordia*, a la comunión civil.

La Roma, de los altos y los bajos metidos en concierto es fruto de inteligente, hábil, sutil y no siempre palpable juego de transacciones, es fruto, en definitiva, de aquella soberana manera de diálogo civilizado que trae a unidad los contrarios, a coincidencia los opuestos, si nos valemos del lenguaje empleado por Nicolás de Cusa.

Así se pone de manifiesto en momentos de grave peligro para la vida pública romana. Tal vida, lo que es e importa tal vida, prima sobre toda otra suerte de “intereses”, y de los unos y de los otros, y justos o injustos⁵⁴.

Para nosotros, hombres de hoy, y no pocos bien-intencionados, resulta difícil advertir y comprender cómo la oligarquía rectora cuenta con la indiscutible adhesión del cuerpo cívico⁵⁵.

Si no estoy errado, el idealismo -y tan puro como se quiera- de más de cuatro lleva al mundo romano palabras de este nuestro mundo de hoy con distinto albergue de significados. ¿Pueden los tales salvar la paradoja que media entre las miserias de que habla el mentado Séneca y la admiración de éste por la *maxima ac pulcherrima urbs*?⁵⁶.

¿Puede no ser cierto que cosas tenidas por nosotros como rematadamente malas no lo fueron tanto para los desheredados de la sociedad romana? ¿Puede ser cierto que los pobres de hoy no se identifican con los pobres romanos?

Hasta hace no muchos años -y, precisamente, hasta la primera mitad del siglo XIX, en que comienza la industrialización de Europa- la pobreza era la *condición* del hombre, tal como señala Marías: “La pobreza había sido desde los tiempos más remotos a que alcanzan nuestras noticias, la *condición* del hombre; ser hombre quería decir, sin más, ser pobre, por la simple razón de que la riqueza del mundo era mínima. Se dirá que también habría “ricos”, y es cierto; pero han sido siempre tan pocos,

52. ELENA CONDE GUERRI, *La sociedad romana en Séneca*, Murcia, 1979, pág. 15.

53. DE MARTINO, *La giurisprudizione*, cit., pág. 81, n. 1: “Fuerza monárquicas, aristocráticas y democráticas, en armonioso equilibrio, operaban en la República cual apareció a Polibio VI, 11.”

54. Cfr. IGLESIAS, *Estudios*, 2ª ed., pág. 47.

55. NICOLET, *Le métier de citoyen dans La Rome républicaine*, París, 1976, págs. 9 y 521. Sobre la adhesión de las masas a los ‘mejores’, que son, precisamente, los que se exigen a sí mismos, véase ORTEGA Y GASSET, *La rebelión de las masas*, en sus *Obras completas*, IV, Madrid, 1947, págs. 113 y sigs.

56. SENECA, *Ad Helv.*, 6.3.

57. JULIAN MARIAS, *La libertad en juego*, Madrid, 1986, pág. 109.

que su carácter excepcional no alteraba la condición humana (...) Desde 1946, la creación de riqueza en gran parte del mundo ha sido absolutamente espectacular, y se ha podido pensar que la pobreza iba a ser una **situación** en que se puede estar (por voluntad propia o ajena, por decisión o por despojo, o por mala suerte)⁵⁷.

En cualquier caso, conviene curarnos de esta falsa idea: la de que los "retratos" de la sociedad romana ofrecidos por los historiadores de aquel tiempo son puntuales, escrupulosos o veraces. Y también de esta otra: la de que lo jurídico romano tiene su única expresión en los textos "legales".

El varias veces citado Séneca nos advierte sobre algo que está por encima del puro mandato legal: **"Quanto latius officiorum patet quam iuris regula! Quam multapietas, humanitas, liberalitas, iusticia, fides exigunt, quae omnia extra publicas tabulas sunt!"**⁵⁸.

Cosas altamente meritorias no pueden ser negadas a Roma. Entre otras, éstas: la de haber aciudadanado al orbe entero⁵⁹; la de haber forjado unos módulos ético-jurídicos que han servido para la construcción de la moderna sociedad universal.

Confieso que, al correr de mis años, me aferro más y más a la vieja tabla de valores aprendidos y sentidos. Con ellos estoy o, mejor, con ellos soy, por entender que no sería nada en la "nada" pregonada por los habituales filosofastros con los que nos topamos a la vuelta de cada esquina. Por lo demás, me causan pena los que, aun no faltos de saber inteligente y honestidad segura, venden su alma, sin pacto de rescate, a cualquiera de esas dos antagónicas ideologías -y no hace falta nombrarlas- en las que no hay sitio para lo mejor de cada hombre, que es su propia dignidad. La de su persona, la de todo punto insustituible e irrenunciable.

Maltratada la dignidad de la persona, robado su "yo" a cada hombre, poco bueno podemos esperar de quienes tan gravemente desatienden aquello de **sáncta sancte tratanda sunt**.

Y mucho, y malo, de quienes confían en eso que dicen "posmodernismo", y que es manera -no doctrina, ni ciencia, ni sistema, ni cosa que se le parez-

ca- de hacer tabla rasa de un presente nunca libre del pozo, de la solera del pasado.

Alguien ha dicho que el vértigo es humano, placiéndole al hombre instalarse en el abismo. Se instala en el abismo el fanático de un "tradicionalismo" a ultranza, el rabioso enemigo de acomodar los valores en que se funda el sentido de nuestra existencia a las cambiantes situaciones sociales. Se instala en el abismo ese tal hombre y también el "contrario", es decir, el que sólo hace apuestas con miras a un futuro desgajado del presente y del anclaje de éste en el pretérito. En cualquier caso, yerra quien ignora que el humanismo se asemeja a una mina de oro de la que sólo se ha extraído una ínfima parte, quedando oculto el grueso del filón.

Acaso todos seamos culpables de todo. Nuestros predecesores y nosotros. ¿Dejaremos de serlo por lectura serena, primero, y vertida en obra, después, de los grandes saberes de las grandes culturas? ¿Se aliviarán los inmensos dolores -individuales, nacionales y universales- cuando lo mejor de todo eso reciba el apenas comenzado estreno?

Consuela hoy leer cosas como ésta: "El humanismo perdura porque su extinción eliminaría la última posibilidad de evitar el puro suicidio moral de la sociedad (...) No se me tache de apocalíptico: es en las palabras de Grecia y Roma donde reside el único espacio moral que históricamente no ha engendrado nunca ni fanatización ni intolerancia. Grecia y Roma son nuestro horizonte, nuestra justificación, nuestra verdad y nuestra libertad"⁶⁰.

Estoy con los que creen que en la historia romana hay notas que alcanzan grado y calidad de sinfonía⁶¹. A los que creen de otro modo les reconvento con estas palabras de Goethe: "Entre las hojas secas murmura el viento." Y termino. Y lo hago con humilde ofrenda de este escrito a los hombres de la **respublica romanistarum**, merced a cuyo esfuerzo -heroico, a veces- prosigue el estudio del Derecho Romano, al que ha de aficionarse quien pretende ser **jurista**.

Y lo hago desde mi libertad interior, reñida con toda manera de adscripción, reportadora de sinecuras o prebendas, a este o a aquel cotarro, cubil o abrigadero.

58. SENECA, *De ira*, 2.28.2

59. Cfr. DE FRANCISCI, *Spirito della civiltà romana*, 2ª ed., Roma, 1952, págs. 109 y sigs.

60. GIMFERRER, *El escritor de hoy y el mundo clásico*, en ABC de 30 de mayo de 1987, pág. 41.

61. Léanse, en IGLESIAS, *Roma: claves históricas*, sabrosos pasajes de Mommsen, Friedländer, De Francisci y Ortega y Gasset.

Siguiendo Estudios de Post-Grado en el Extranjero

Beatriz Bóza Dibós

Abogada PUCP

Master Yale Law School

Ex-miembro del Comité Directivo de *Thémis*

El propósito de esta nota es hacer unas reflexiones acerca de cómo aprovechar al máximo los estudios de postgrado en el extranjero: en particular cómo escoger la universidad, cómo preparar la solicitud de admisión y qué vías de financiamiento existen.

Las ideas que pasaré a exponer están basadas en mi experiencia y en la de colegas que generosamente compartieron sus puntos de vista conmigo a fin de contribuir a que quienes estén interesados en seguir estudios fuera puedan tomar una decisión informada.

Finalmente, espero que estas líneas sirvan para desmitificar la creencia - errónea, por cierto - de que seguir estudios de postgrado en el extranjero es una panacea y que va a solucionar cualquier problema de empleo que uno pudiese enfrentar.

La idea de seguir estudios fuera es antigua y ha estado motivada por el anhelo de conocer nuevos horizontes y estar mejor preparados para enfrentar el futuro. Diversos factores han contribuido en los últimos años a que un mayor número de estudiantes de Derecho quieran seguir estudios de postgrado en el extranjero. Entre estos factores cabe mencionar el ejemplo de destacados jóvenes profesores de nuestra facultad que luego de cursar estudios fuera se han incorporado a la docencia inyectando ideas y enfoques nuevos en sus cátedras, el espíritu internacional que impregna las páginas de esta revista, la reinserción del Perú en la comunidad financiera internacional y - desafortunadamente - la crisis por la que atraviesa el país que obliga a los jóvenes a buscar otras alternativas. El hecho que los editores de esta revista me hayan pedido que comparta mi experiencia en relación a lo que se requiere para poder estudiar en el extranjero confirma la actualidad del tema.

1. LA PREGUNTA BASICA: ¿POR QUE ESTUDIAR EN EL EXTRANJERO?

Lo primero que uno debe hacer es preguntarse por qué desea seguir estudios en el extranjero. Por obvia que parezca la respuesta, esto es esencial no sólo para determinar qué cursos tomar sino qué enfoque darle a la estadía en el extranjero. Con frecuencia lo difícil no es encontrar una respuesta satisfactoria sino discernir cuál de los múltiples factores que lo motivan a uno a seguir estudios fuera es el determinante. Así, por ejemplo, habrá que preguntarse si lo que se busca es especializarse en determinada área del Derecho con exclusión de otras materias; si se quiere utilizar ese tiempo para reflexionar y aprender "de todo un poco y de nada mucho"; o si la idea es sencillamente pasarla bien. Puede ser que alguno, varios, todos o ninguno de estos factores sean los que te motiven a estudiar fuera. La respuesta es muy personal. En uno y otro caso lo importante es determinar cuál es el factor predominante. Al hacer esta reflexión se puede constatar que lo que a primera vista pudiera haber parecido simplista por ser tan obvio resulta estar íntimamente ligado con los objetivos que uno tiene - o tal vez que aún no tiene - para su vida profesional.

2. LAS FUENTES DE INFORMACION

Escoger la universidad más adecuada para uno es, en cierto modo, como enfrentarse a un mundo desconocido o a lo sumo conocido sólo "de oídas". Salvo raras excepciones en que ya se sepa de antemano a dónde ir, el proceso de selección es largo, muchas veces tedioso, con frecuencia solitario y algo frustrante pues implica familiarizarse con algo

poco o nada conocido. Supone, en última instancia, un proceso de recolección y procesamiento de información que, a primera vista, no parece de fácil acceso. Una fuente muy útil suele ser conversar con amigos o conocidos (o conocidos de amigos) que hayan pasado por una experiencia similar. Otra fuente de información es la agregaduría cultural de las embajadas; ellas suelen tener guías de las universidades y de los distintos programas que éstas ofrecen, así como de las entidades que otorgan becas para estudios de postgrado. Las Facultades de Derecho nacionales también pueden tener las direcciones de algunas universidades a las que en el pasado otros hayan postulado.

En realidad no existe una fórmula mágica de cómo saber todo lo necesario para tomar la decisión acertada. Sin embargo, cabría hacer dos sugerencias: (i) empezar cuanto antes a recolectar toda la información que se pueda, y (ii) procesar y comparar todos los datos que se obtengan. Si se presentase la oportunidad de poder visitar las universidades sería el complemento ideal. En los Estados Unidos es común que los postulantes visiten las universidades, se entrevisten con profesores y pidan conversar con los estudiantes a fin de poder tener una idea clara del ambiente de cada universidad.

3. PREPARANDOSE PARA POSTULAR

El objetivo de todo postulante es que lo acepten en la universidad de su elección. Ello no siempre resulta ser fácil: si bien uno puede escoger a qué universidades postular, es la universidad quien decide si lo admite o no. En este sentido hay que tener presente dos cosas: (i) las universidades suelen tener ciertos lineamientos en cuanto al perfil de los estudiantes graduados que desean admitir en su seno; algunas, por ejemplo, quieren formar a profesionales en Derecho Internacional, otras quieren atraer a futuros catedráticos y otras a políticos y estadistas; y (ii) la demanda de estudios de postgrado en derecho ha crecido de manera exponencial en los últimos años, de tal suerte que las mejores universidades pueden darse el lujo de limitarse a escoger entre los mejores candidatos a nivel mundial. Por ejemplo, según me comentaban, sólo un 5-10% del total de postulantes son admitidos a las dos mejores universidades estadounidenses. De ahí que sea recomendable postular a más de una universidad - el promedio usual es presentarse a 5 universidades.

a. El Perfil de la Universidad

Prepararse para ingresar a una universidad extranjera es de alguna manera como "arreglarse para gustarle" a otros y convencerlos que uno es el

candidato idóneo. Como es de suponer, esto supone un esfuerzo doble: (i) por un lado, identificar qué es lo que busca la universidad a la que se postula, y (ii) por el otro, ser consciente de qué es lo que uno tiene que ofrecer. Ambos aspectos son vitales y no deben olvidarse en ningún momento.

En relación al primer punto se puede comenzar por leer detenidamente los materiales que publica la universidad y, si fuese posible, conversar con egresados de la misma. Cada universidad tiene una personalidad propia que se plasma en el perfil o tipo de estudiantes que admite en su seno. El postulante debe conocer y poder identificar con claridad cuál es este perfil.

b. El Perfil del Estudiante

La segunda tarea consiste en identificar qué es lo que el postulante tiene para ofrecer. Todos y cada uno de nosotros tenemos algo que nos hace únicos y que nos separa del resto de los demás. La respuesta variará de persona en persona: para unos la excelencia académica estará demostrada por el promedio ponderado obtenido a lo largo de la carrera, para otros por la carga académica (medida en función de los créditos aprobados), otros considerarán que los calificativos demuestran su excelencia y finalmente otros harán hincapié en la mención obtenida en su tesis y/o grado. La excelencia académica no es el único factor a tomar en consideración; destaca, además, la producción académica y los trabajos de investigación (ya sea que se materialicen o no en una publicación), la participación en una revista de Derecho, la actividad gremial y la dedicación a actividades extracurriculares (v.gr. un instrumento musical, teatro o religión). Las circunstancias personales (por ejemplo, si se tuvo que estudiar de noche para poder trabajar durante el día también deben considerarse en este análisis). Hay que tener en cuenta que a la hora de decidir lo único que la universidad va a tener a la vista va a ser un conjunto de documentos que describen la trayectoria universitaria y las características personales del postulante. De ahí que éste deba hacer un análisis minucioso de su trayectoria universitaria y exponer en los términos más favorables su situación teniendo en mente en qué puede contribuir a la universidad extranjera (y esperando convencerlos que es el candidato idóneo!).

4. COMO ESCOGER UNA UNIVERSIDAD

a. ¿Europa o Estados Unidos?

Antes de decidir entre las distintas universidades hay que preguntarse en qué país quisiera uno

estudiar. En mi caso, habiendo cursado estudios de Derecho en Alemania, la decisión por los Estados Unidos fue relativamente sencilla: ya había estado expuesta al sistema de derecho "continental" y quería explorar las bondades del Derecho anglo-sajón. De no haber sido esa la situación habría considerado seriamente la posibilidad de estudiar en Europa. Vivir en Europa teniendo alcance a todo el bagaje cultural del viejo continente y como jurista presenciar la integración jurídico-política de los pueblos europeos debe ser, sin lugar a dudas, una experiencia sin igual. Al tomar esta decisión es importante tener en cuenta las dificultades del idioma dependiendo del país que se escoja, especialmente porque el postgrado generalmente supone no sólo tener que leer y expresarse oralmente sino tener que redactar en otro idioma. Es, pues, muy importante dominar el idioma en que se pretende estudiar.

Por mi parte me interesaba conocer la "otra" perspectiva del Derecho y por eso opté por los Estados Unidos por pertenecer a la tradición del "*case law*" y por la influencia que ejerce el Derecho estadounidense en las operaciones internacionales y en América Latina en particular.

b. ¿Qué Programa Escoger?

Supongamos que uno ya optó por el país (y con él por el idioma) en que desea estudiar. Toca preguntarse ahora qué grado académico se desea obtener. Como se sabe, el grado académico inmediato superior al bachillerato es la maestría (conocida por las siglas LL.M.) y en rango superior a ésta está el doctorado (conocido por su abreviatura PhD o J.S.D.). En algunos países (v.gr. Alemania) un bachiller puede postular directamente al doctorado mientras que en otros se tiene que obtener primero la maestría para poder acceder al doctorado. La importancia de los grados académicos varía de acuerdo al país de que se trate. En los Estados Unidos, por ejemplo, no se necesita un grado superior para ejercer la profesión; de ahí que la mayoría de candidatos a la maestría suelen ser extranjeros y el número de doctorados en Derecho sea muy limitado. La duración de los estudios y los requisitos para acceder a los mismos varían de país en país, y en algunos casos de universidad en universidad. Por lo general la maestría dura un año académico y requiere que el graduando apruebe una cierta cantidad de cursos, mientras que el promedio de los estudios de doctorado es de dos años y supone la preparación de una disertación o tesis doctoral que constituya una contribución significativa a las ciencias jurídicas.

Dependiendo de la universidad, el grado académico puede tener distinto enfoque; por ejemplo, algunas universidades estadounidenses ofrecen ade-

más de la maestría en Derecho (conocida como LL.M.) una maestría en Derecho comparado (conocida como M.C.J.). El LL.M. por lo general no otorga prioridad a un área específica del Derecho sino que busca dar un enfoque global, dejándole al graduado la posibilidad de determinar cómo materializar el mismo. Algunas universidades ofrecen maestrías especializadas, por ejemplo en Derecho Tributario o Bancario. El postulante deberá averiguar con detalle qué tipo de grados académicos ofrece la universidad de su elección.

c. Las Universidades Estadounidenses

En los Estados Unidos hay ciertas facultades de Derecho que son consideradas muy prestigiosas, entre ellas destacan Yale, Harvard, Stanford, Chicago, Columbia, N.Y.U., Michigan, Virginia, Duke, Georgetown, Pennsylvania y Berkeley. (Ver U.S. News & World Report, pág. 62, March 22, 1993). Una vez al año el semanario "U.S. News & World Report" publica un rating de cuáles son las "*top ten law schools*" en los Estados Unidos; con ligeros cambios en los puestos, en términos generales, las universidades antes citadas figuran cada año entre las primeras de la lista.

Muchas veces, amigos que han sido admitidos a dos o más de las facultades antes mencionadas me han pedido que los asesore en optar por una u otra. Creo que no hay estándares objetivos para tomar esa decisión - es más, el problema de quien está en esa situación no es no tener opciones sino el lujo de tener muchas y buenas. - Para un abogado latinoamericano lo importante debe ser estar admitido a una de las "*top ten*", de ahí cuál escoge es cuestión de preferencias personales. Puede ser que las enseñanzas económicas de un profesor de Chicago son las que prevalecen antes que el humanismo de Berkeley o Stanford.

Por otro lado no se puede desconocer que el ambiente de la ciudad puede influir a la hora de estudiar y que por eso haya quienes prefieran la belleza de una ciudad universitaria como Boston antes que el "ghetto" de New Haven, o que por otros motivos quieran estar en la bulliciosa y cosmopolita Nueva York.

5. EL PROCESO DE ADMISION (O COMO "APLICAR")

a. Los Materiales de Admisión

Una de las primeras cosas que uno debe hacer es contactar a las distintas facultades y solicitar los materiales de admisión. Para ello deben enviarle una carta muy sucinta a la oficina de admisión

("Graduate Program Admissions Office") solicitando la información pertinente, este tipo de solicitudes es muy frecuente y las universidades responden a ellas como una cuestión rutinaria.

Es recomendable pedir estos materiales cuanto antes (incluso con uno o dos años de anticipación) para familiarizarse con la documentación requerida y tener tiempo de cumplir con los distintos plazos de admisión. Es muy importante leer todos los folletos y formularios y contestar todas las preguntas de la solicitud así como presentar los documentos con los sellos y traducciones solicitadas.

b. La Declaración de Objetivos de Estudio

Algunas universidades requieren que se prepare una declaración de una o dos páginas acerca de los objetivos que se pretenden alcanzar. Al preparar este documento (como cualquier otro relacionado con el proceso de admisión) es importante tener en mente en qué puede contribuir uno a la universidad extranjera y qué se pretende lograr mediante los estudios de postgrado.

c. Las Cartas de Recomendación

Las universidades estadounidenses suelen requerir dos, y en algunos casos tres, cartas de recomendación, preparadas por catedráticos o abogados con quienes el postulante haya estudiado o trabajado. El propósito de estas cartas es poder conocer mejor al postulante; no tienen por objeto demostrar cuanto influencia política o de otra índole puede éste tener. De ahí que el postulante deba pedirle las cartas de recomendación a profesores que conocen su trayectoria y/o rendimiento académico. Es muy importante tener bien claro que lo que puede ayudar al postulante es el detalle con el que el recomendador lo describe y se refiere a sus habilidades y logros - no así los cargos o títulos del recomendador. No es pues cierto creer que a los ojos de las universidades extranjeras cuanto más importante sea el que firma la carta mejor recomendado está el postulante.

Finalmente, algunos catedráticos prefieren que el postulante les entregue una nota describiendo su trayectoria académica, otros prefieren que no lo haga.

6. FUENTES DE FINANCIAMIENTO

Estudiar en el extranjero es un proyecto costoso. En el presupuesto hay que calcular la matrícula, el alojamiento, la alimentación, los libros, la movilidad, y el correo / teléfono, entre otros. Estos costos varían de un país a otro (por ejemplo en Alemania no se paga matrícula). Desafortunadamente no hay becas suficientes para todos los postulantes y por lo general el postulante tiene que ingeniárselas para financiar su estadía. En el caso de los Estados Unidos las entidades más conocidas que otorgan ayuda económica son la Comisión Fulbright y la Fundación Ford. Además, algunas universidades tienen fondos propios que los ofrecen a los estudiantes que demuestren necesitarlos. Aunque siempre existe la posibilidad de realizar algún trabajo asalariado que permita cubrir parte del gasto de la matrícula, hay que tener presente que la visa de estudiante en muchos países (especialmente en los Estados Unidos) prohíbe realizar un trabajo remunerado).

7. SUGERENCIAS

Para estar en una situación más ventajosa al postular y para aprovechar mejor la estadía en el extranjero me atrevería a sugerir lo siguiente:

- No dejes el país si haberte graduado de abogado y estar apto para ejercer la profesión; conforme pasa el tiempo y especialmente si sales al extranjero se hace más difícil culminar los pasos necesarios para obtener el grado.
- Prepara comentarios (doctrinario, de jurisprudencia, de investigación o simplemente de opinión) y preséntalos para su publicación.
- Trabaja como practicante (y si puedes como abogado) antes de cursar estudios de postgrado; el trabajo te da una perspectiva práctica que te va a ayudar mucho en tus estudios y especialmente a tu regreso.
- Tienes todo el tiempo del mundo, no corras, si necesitas tomarte un descanso o algo de tiempo hazlo ahora para que así, cuando salgas al extranjero puedas estar listo para aprovechar cada minuto de lo que estoy segura va a ser una estadía inolvidable.

Los Principios Procesales en el Código Procesal Civil de 1992

Juan Monroy Gálvez

Abogado. Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

Génesis, Importancia y Función de los Llamados Principios Generales del Derecho.

Una manera de idealizar el Derecho es decir de él que es una ciencia de conceptos precisos, estructurados en base a un sistema que los ubica en el ámbito adecuado, lo que permite utilizarlos para expresar exactamente lo que el emisor desea y, así, llegar al receptor dándole rigurosamente el mensaje o dato que el primero quiso.

Esto es, poco más o menos, lo que la dogmática jurídica pretende hacer del Derecho: una ciencia formal elaborada sobre la base de abstracciones, cuyo punto de partida ideal son las propuestas de hipótesis planteadas por sus investigadores, las que luego deben ser contrastadas con la realidad.

Sin embargo, un hexágono -en tanto cumpla con su hipótesis de creación básica- será siempre un hexágono, con independencia de su tamaño, color, belleza o utilidad. Por eso la geometría es una ciencia formal. En cambio, un acuerdo de varias personas para concretar un objetivo común es -jurídicamente- la esencia de un contrato de sociedad; pero atendiendo a la naturaleza del acuerdo, a si el objetivo común persigue obtener lucro o no, a si este mismo objetivo es lícito o no, al grado de formalización que el acuerdo alcance, en fin, es perfectamente posible que este contrato de sociedad no sea tal a pesar de mantener su esencia. Hay un sinnúmero de variables que pueden determinar su conversión a figuras jurídicas distintas, sin necesidad de afectar su núcleo.

A pesar de ello, nadie podría asegurar que no se producirá una discusión académica interminable sobre la naturaleza jurídica de la figura que ha aparecido, y sobre todo, si sigue siendo contrato de sociedad o ya no.

Lo expresado significa que los principios del Derecho son abruptos, difíciles, arduos, y, sobre todo, opinables. El jurista necesita apoyarse en categorías o conceptos básicos para desarrollar su investigación, para hacerla verosímil. Sin embargo, debe ser necesario que sea consciente que tal construcción se elabora comúnmente sobre bases precarias. Veamos cuáles son:

En algún momento del desarrollo histórico del Derecho, se consideró que su estudio no era otra cosa que la búsqueda de las verdades divinas que permanecían inmutables en un mundo superior de donde había de extraerlas por medio de la razón, en tanto fuera posible. San Agustín y después Santo Tomás, mejoraron la idea y consideraron que, en efecto, hay tres clases de leyes, una **ley eterna** que es la que gobierna todo en tanto es voluntad de Dios; una **ley natural** que reside en la conciencia del hombre, en tanto éste es partícipe del quehacer divino, y una **ley humana** referida a las relaciones terrenas o mundanas.

Esta concepción se completa con las afirmaciones de que la **ley eterna** no es pasible de conocimiento por el hombre; en cambio a la **ley natural** éste puede acceder a través de la razón; por otro lado la **ley humana** es precisamente el producto de la aplicación de la **ley natural** en la vida en sociedad.

Esta tesis, expresión de la influencia de la doctrina de los juristas romanos, constituye la matriz de donde se nutren los desarrollos posteriores del Derecho, tendientes a encontrar cierto número de conceptos o ideas centrales, fijas, inmutables, que sirvan de base para la construcción de un sistema jurídico.

Sin embargo, el hecho que el fenómeno jurídico no sea otra cosa que un fenómeno social, ha de-

terminado que todos los esfuerzos -incluso los contemporáneos- por diseñar un sistema jurídico sobre la base de cierto número de categorías básicas de aceptación universal y de conocimiento inmediato, hayan fracasado.

Si el fenómeno jurídico es un fenómeno social específico, entonces es de suyo que la norma jurídica es sólo una especie de la norma social. Siendo así, participa de toda su sensibilidad, por tanto, es variable en el tiempo y en el espacio, su aceptación o reconocimiento admite -en una misma Comunidad- todos los matices. Así, los motivos de la elaboración de una norma jurídica son distintos a los motivos que -mucho tiempo después- se tienen para pedir su aplicación. Y, para extremar el ejemplo, no sería de extrañar que fuesen otros los motivos que tuviera el Juez para aplicarla o no al caso concreto.

Tomemos como ejemplo un concepto utilizado en los Códigos más importantes de nuestro ordenamiento jurídico y de cualquiera que sea tributario del sistema romano-francés, el de **orden público**. Tal vez la idea más exacta que podemos tener de él es aquella que aflora a nuestra mente cuando el concepto no nos es preguntado. Es decir, sabemos qué es hasta que nos lo preguntan. Sin embargo, cuando queremos perfilar sus elementos básicos o distintivos empieza la discusión, resulta imposible lograr un acuerdo unánime sobre qué es **orden público**, incluso algunos consideran que es un concepto que debería ser eliminado del Derecho (1).

El ejemplo del concepto **orden público** antes dado, es de plena aplicación a las ideas jurídicas. Mucho tiempo se ha perdido en buscar proposiciones que constituyan verdades incontrovertibles sobre las que se asiente un determinado desarrollo o concepción del Derecho. Mucho tiempo se ha perdido y se pierde en discusiones originadas en la defensa de una tesis que, a su vez, se sustenta en un aforismo o principio reconocido y aceptado en la Edad Media, pero postulado ahora como verdad definitiva, sin que medie un análisis sobre la diferen-

cia de contextos históricos entre el momento de su génesis y el de su aplicación actual.

Un caso singular está dado por los llamados Principios Generales del Derecho. A la fecha se tiene una idea confusa de ellos, pero comúnmente suele considerárseles pilares básicos sobre los que se asienta una determinada concepción del Derecho. Las más agudas disputas sobre temas jurídicos se resuelven apelando a que una de las opiniones está apoyada en un Principio General del Derecho, pero, ¿qué son éstos?..

Digamos primero que no son verdades inmutables e incontrovertibles originadas en un espíritu superior o en un grupo de sabios, capaces de desafiar la fuerza destructiva del tiempo y, por tanto, ser edificios victoriosos en medio de las ruinas de una ciencia que cada día renueva sus contenidos.

De hecho los Principios si apenas son concepciones del Derecho que han tenido un importante reconocimiento en un momento histórico determinado, con la suficiente contundencia como para mantener su aceptación en sociedades y tiempos distintos a aquellos en los que tuvieron origen. Sin embargo, nada de lo dicho garantiza la bondad absoluta de su aplicación. Ihering (2) se refería a esto así: **"El tiempo modifica los principios fundamentales igual que cambia las reglas del Derecho. Los principios deben necesariamente cambiar porque no constituyen de ningún modo categorías lógicas, sino que son la concentración de reglas materiales, y las reglas cambian con las relaciones. Creer en la inmutabilidad de los principios acredita falta de sentimiento crítico para el estudio de la historia"**.

El Juez y los Principios Generales del Derecho

En este juego de darle a los principios o una importancia suprema o un rasgo peyorativo es donde aparece la función trascendente del Juez. Esta no es otra que aplicar creadoramente categorías jurí-

1. NIETO BLANCO, ERNESTO. *Teoría de la interpretación de normas*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960.
2. IHERING, RUDOLF. *Espíritu del Derecho Romano*, Edit. Bailly-Baillière, quinta tirada, Madrid, s/fecha, tomo IV, págs. 340-341.
3. "1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.
2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.
3. La Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos."

dicas que orienten y promuevan la vigencia del sistema jurídico, pero con la debida adecuación a las características propias del caso concreto y de los elementos externos que rodean a éste.

Como los Principios Procesales no son otra cosa que la especie que conforman los Principios Generales del Derecho, lo que se haya dicho de éstos es aplicable cabalmente a aquéllos.

Por otro lado, los Principios Procesales, vistos en su conjunto al interior de un ordenamiento, sirven para poner de manifiesto el sistema procesal por el que el legislador ha optado. Es ésta también la razón por la que aparecen en el *frontis* del ordenamiento, en este caso, en su Título Preliminar. Sin embargo, lo expresado no obsta para dejar de reconocer que hay varios Principios Procesales que no aparecen en el Título Preliminar del Código Procesal pero que sin duda alguna forman parte de su sistemática, incluso de la concepción del proceso que el Código ha optado.

El Código Procesal Civil se alinea, como resulta evidente de su contenido, a una concepción publicística del proceso civil. Es decir, considera que lo trascendente en él es la función pública que cumple el Estado -a través de su órgano jurisdiccional- tanto para hacer efectivo el derecho como para lograr la paz social en justicia como aspiración última de la sociedad, a través de la solución de conflictos de intereses.

Por esta razón, los Principios Procesales acogidos en el Título Preliminar son expresiones de tal tendencia. Sin embargo, debe advertirse que su aplicación exige una interpretación reflexiva que trascienda su sentido literal o histórico cada vez que sean utilizados, privilegiándose los valores vigentes en la sociedad al momento de su aplicación.

Estamos abogando por la **relativización** de los conceptos y de los principios jurídicos. Es indispensable que el Juez advierta que los principios son pautas orientadoras de su decisión, en tanto éste los somete al cotejo con las necesidades y los intereses sociales al tiempo de su uso.

Se trata en definitiva, de una interpretación creadora de los principios, que hagan concordar éstos con los valores presentes en la sociedad y en su dinámica. Un principio procesal recogido en el Título Preliminar será útil en tanto penetre en la escena misma de la vida, se nutra del drama diario de una

Comunidad que aspira a ser mejor, y en definitiva, permita al Juez decidir en justicia.

A continuación desarrollaremos un comentario sobre los artículos del Título Preliminar a partir de los principios procesales que éstos contienen y, asimismo, comentaremos los Principios procesales que aún cuando no están regulados expresamente en el Código, forman parte de su espíritu.

Artículo I

“Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.- Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso”.

Si hubiera que hacer referencia al antecedente directo de esta norma, sin duda sería el artículo 24(3) de la Constitución de España, vigente desde 1978 y, curiosamente, cuerpo normativo de excepcional importancia para comprender nuestra actual Constitución, al haber sido fuente de muchas normas hoy vigentes en ella.

A pesar de lo dicho y del rasgo detallista de nuestra Constitución, no se reguló el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, cuya ubicación, nos parece, debió formar parte del artículo 2do. de ésta.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es inherente a toda persona por el sólo hecho de serlo. Constituye la manifestación concreta de porqué la función jurisdiccional es, además de un poder, un **deber** del Estado, en tanto no puede excusarse de conceder **tutela jurídica** a todo el que se lo solicite.

Jesús Gonzáles Pérez (4), jurista español, define este derecho de la siguiente manera: **“El derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se la “haga justicia”, a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas”.**

Bastante se ha escrito ya sobre el derecho a un debido proceso, desde que las cortes norteamericanas y después una enmienda constitucional la consagraron como uno de los derechos inherentes a la persona humana. El *“due process of law”* es el derecho que todo justiciable tiene de iniciar o participar en un proceso teniendo, en todo su transcurso, el derecho de ser oído, de alegar, de probar, de impugnar sin restricción alguna.

4. GONZALES PEREZ, JESUS. *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Editorial Civitas, Madrid, 1984, pág. 29.

Artículo II

"Principios de Dirección e Impulso del Proceso.- La dirección del proceso está a cargo del Juez, quien la ejerce de acuerdo a lo dispuesto en este Código.

El Juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia. Están exceptuados del impulso de oficio los casos expresamente señalados en este Código."

El Principio de Dirección del proceso recibe también el nombre de Principio de Autoridad. Su presencia histórica en el proceso civil se explica como el medio a través del cual se empieza a limitar los excesos del Principio dispositivo, áquel por el cual el Juez tiene dentro del proceso un rol totalmente pasivo, destinado sólo a protocolizar o legitimar la actividad de las partes.

En nuestra opinión, el Principio de Dirección del proceso es la expresión del sistema procesal publicístico, áquel aparecido junto con el auge de los estudios científicos del proceso, caracterizado por privilegiar el análisis de éste desde la perspectiva de su función pública, es decir, como medio a través del cual el Estado hace efectivo el derecho objetivo vigente, concretando de paso la paz social en justicia.

Chiovenda (5) se refiere a este Principio de la siguiente manera: "En el proceso civil moderno el juez no puede conservar la actitud pasiva que tuvo en el proceso de otros tiempos. Es un principio del derecho público moderno que el Estado hállese interesado en el proceso civil; no ciertamente en el objeto de cada pleito, sino en que la justicia de todos los pleitos se realice lo más rápidamente y lo mejor posible... El juez, por lo tanto, debe estar provisto también en el proceso civil, de una autoridad que careció en otros tiempos."

Se optó por llamarlo Principio de Dirección debido a que el concepto **autoridad** condujo, por oposición al Principio dispositivo, a una concepción dictatorial o **autoritaria** del Juez, totalmente alejada del interés real del Principio, que no es otro que ubicar al Juez en su función de protagonista principal del proceso, con facultades decisorias sobre cualquier tema.

El Principio de Impulso procesal por parte del Juez es una manifestación concreta del Principio de Dirección, y por tanto de la orientación publicística. Consiste en la aptitud que tiene el Juez para conducir autónomamente el proceso -vale decir sin necesidad de intervención de las partes- a la consecución de sus fines. No está demás recordar que dentro de una estructura procesal dispositiva, en que hay un cerrado monopolio de las partes respecto del avance del proceso, el impulso procesal busca precisamente quebrar dicha exclusividad.

Artículo III

"Fines del proceso e integración de la norma procesal.- El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.

En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso."

Al asumir el Código una orientación publicística, queda evidenciado que el fin del proceso no se agota en la solución del conflicto sino que es más trascendente. La solución de los conflictos intersubjetivos **conduce o propende a una Comunidad con paz social**, siendo éste el objetivo elevado que persigue el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales.

Sin perjuicio de ello y sin perder la perspectiva del fin del Estado, éste también se expresa, de manera concreta, en el hecho que el proceso le permite al Estado hacer eficaz el derecho objetivo, es decir, crea las condiciones para que el Estado exija el cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente.

Sin embargo, es bueno alertar que el impulso procesal a cargo del Juez o impulso de oficio, no descarta ni reduce la importancia de la actividad de las partes. Siendo éstas las principales interesadas en lo que se resuelva, es de suyo que deben ser los naturales impulsores del proceso.

5. CHIOVENDA, JOSE. *Principios de derecho procesal civil*, trad. de José Casáis y Santalò, Ed. Reus, Madrid, 1922, t. II, pág. 136.6.

6. MILLAR ROBERT WYNNES. *Los Principios formativos del Procedimiento Civil*, Ed. Ediar, S.A. Editores, Buenos Aires 1945, pág. 83.

Lo que el Principio previsto en el Código regula es que el Juez no va a ser un espectador de las motivaciones periódicas o repentinas de las partes; ya no va a estar a merced de su ánimo o disposición, sino que podrá, durante todo su recorrido, intervenir en su desarrollo, conducirlo al fin.

Esta conexión entre el Principio de iniciativa de parte y el de impulso procesal por parte del Juez se manifiesta en la cita que Robert Wyness Millar (6) hace de Bunsen, un procesalista germánico: “... **el Juez tiene que vigilar para que el pleito, desde el comienzo hasta el fin, se lleve en la forma determinada por la ley, para que se distribuyan equitativamente luz y sombra y puedan utilizar las partes, sin estorbos ni restricciones, todos los medios de hacer efectivos sus derechos, y en particular, de producir sus pruebas que le otorguen las leyes**”

Más adelante, precisando su pensamiento, el mismo Millar dice: “**El Poder Directivo del Tribunal o la dirección se clasifica como formal, material, negativa y positiva. Resulta formal cuando se refiere a la progresión exterior del juicio, por ejemplo, si se fija una audiencia, y material en cuanto tiende a aclarar el fondo de la causa, como en el caso de que el Tribunal examine a un testigo. Es negativa cuando impide a las partes realizar medidas irrelevantes y positiva en cuanto contribuya a iniciar, continuar o terminar el procedimiento y asegure una base adecuada a la resolución**”.

Lejanos están los tiempos en que se consideraba, o por lo menos se presumía, que los sistemas legislativos eran completos y perfectos. El artículo 4 del Código Civil francés o Código de Napoleón, al considerar al Juez como culpable de denegación de justicia si rehusaba fallar aduciendo silencio de la ley, marcó el punto de partida del llamado “**deber de fallar**”. De allí en adelante, las llamadas “**lagunas de la ley**” -imposibilidad de solucionar el conflicto a partir de la aplicación de la ley pertinente- debieron ser cubiertas por el Juez en base a la búsqueda de lo que se ha dado en llamar el “**espíritu del derecho**”, es decir, los valores y métodos recogidos en otros textos legales.

Más allá de la discusión doctrinaria en torno a su naturaleza (7), lo trascendente es que resulta indispensable regular los criterios lógico-jurídicos que debe tener el Juez para solucionar el conflicto de intereses, e incluso es plausible establecer una prelación entre éstos. El Código ha optado por conceder al Juez la posibilidad de cubrir los vacíos o defectos en la norma procesal, es decir, las lagunas, en base a ciertos recursos metodológicos y a un orden establecido de éstos, consistente en recurrir inicialmente a los principios generales del derecho procesal y, luego, a la doctrina y a la jurisprudencia, respectivamente.

Artículo IV

“Principios de Iniciativa de parte y de Conducta procesal.- El proceso se promueve sólo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar. No requieren invocarlos el Ministerio Público, el procurador oficioso ni quien defiende intereses difusos.

Las partes, sus representantes, sus Abogados y, en general, todos los partícipes en el proceso, adecúan su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe.

El Juez tiene el deber de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria.”

Más allá de sus bondades, ningún sistema procesal - ni siquiera el publicístico - puede ser acogido en su integridad. La máxima de que todo extremo es perjudicial tiene en este caso mucho sentido. Así, siempre será indispensable que una persona ejerza su derecho de acción como punto de partida de la actividad jurisdiccional del Estado. Hay incluso algunas expresiones que a manera de principios recorren los estudios procesales (“*nemo iudex sine actore*” [no hay juez sin actor] o “*wo kein Klager ist, da ist auch kein Richter*” [donde no hay demandante, no hay juez]).

La iniciativa de parte suele denominarse también en doctrina “principio de la demanda privada”, para significar la necesidad que sea una persona distinta al Juez quien solicite tutela jurídica.

7. “Observemos, sin embargo, que la doctrina puede fluctuar en la manera de calificar algunas técnicas de razonamiento jurídico: para los juristas suizos el razonamiento por analogía y el recurso a la *ratio legis* forman parte de la interpretación, mientras que el recurso a los principios generales del derecho forma parte de la técnica de integración de lagunas. En cambio, para los juristas alemanes al apelar a un principio general del derecho se está interpretando, mientras que se está llenando una laguna al recurrir a un razonamiento por analogía” (PERELMAN, CHAIM. *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Editorial Civitas S. A., Madrid, 1979, pp. 67 y 68).
8. CARNELUTTI, FRANCESCO. *Estudios de Derecho Procesal*. Trad. de S. Sentis Melendo, Buenos Aires, 1952, T. I, pág. 95.

Camelutti(8) se refiere a este Principio de la siguiente manera: "...la iniciativa de las partes es indispensable no sólo para pedir al Juez la providencia, sino también para poner ante su vista los hechos de la causa. "Sin este perro de caza" el Juez no llegaría nunca a descubrirlos por sí mismo. Que aún en las rarísimas hipótesis en que podría lograrlo no lo deja la ley obrar por sí, depende no de la consideración de que en los procesos civiles la justicia sea un asunto de las partes, sino de que, si no se pone a su cargo el riesgo de la iniciativa en este terreno, no pueden las partes ser suficientemente estimuladas en su cometido de mediadoras entre los hechos y el Juez..."

Aún cuando hoy sea un asunto del pasado, debe recordarse que el Principio de la iniciativa de parte marcó la diferencia sustancial entre los sistemas procesales occidentales (*civil law* y *common law*) del sistema de las países orientales. En éste se regula, en algunos casos, el inicio del proceso por acto del mismo tribunal, como lo describe Cappelletti(9).

Dentro de una concepción científica, pero a la vez clásica del proceso, la norma en estudio exige que quien ejercita su derecho de acción afirme -no acredite ni pruebe- que tiene interés y legitimidad para obrar. Es decir, que invoque que su conflicto no tiene otra solución que no sea la intervención del órgano jurisdiccional y, asimismo, que el proceso se desarrolla entre las mismas personas que forman parte del conflicto material o real que dio lugar al proceso o entre quienes de ellas deriven sus derechos.

Estas categorías procesales -el interés y la legitimidad para obrar- conforman lo que en doctrina se conoce con el nombre de **Condiciones de la Acción**, las que a su vez, son los presupuestos necesarios para que el Juez pueda expedir un pronunciamiento válido sobre el fondo.

A pesar de la rigidez del principio, la misma norma comentada regula las excepciones a la exigencia

de acreditar interés y legitimidad para obrar. Por cierto, las excepciones no pueden ser otras que aquellas que la misma norma procesal admite como tales.

Es el caso del Ministerio Público, que está apto para ser parte en un proceso aún careciendo de la vocación egoísta respecto del conflicto de intereses, implícito en el interés para obrar. También son los casos del procurador oficioso y del patrocinio de intereses difusos, regulados en los artículos 81 y 82 del Código, respectivamente.

Bajo el rubro conducta procesal se han englobado un conjunto de principios destinados a regular la corrección de los intervinientes en el proceso. Bueno es recordar que en este tema la legislación procesal se ha movido tocando los extremos.

La posición tradicional fue no tocar el tema, lo que implícitamente podía entenderse como que, habida cuenta que el proceso era un acto privado, lo que allí ocurriera no tenía porque sujetarse a cánones de conducta legalmente establecidos. La tendencia actual es regular con minuciosidad todo este tema, con tanto detalle que incluso existen severas críticas al respecto (10).

Lo importante es que en la materia el Código ha desarrollado un criterio pragmático. Es decir, no se ha quedado en la formulación legislativa del principio, sino que ha incorporado un sistema de sanciones que aseguran la vigencia real del Principio. Este sistema abarca tanto la sanción pecuniaria (multa), como la obligación de resarcir los perjuicios ocasionados (el caso del artículo 4, por ejemplo) y también la afectación de la situación procesal del litigante malicioso, llamado también *improbis litigator*.

Los deberes descritos en el artículo se explican por sí mismos; nos referimos a la probidad, lealtad y buena fe. No es el caso del deber de veracidad, incorporado a último momento y, nos parece, sin haberse realizado la discusión y el esclarecimiento que el tema exige.

9. "Esto ocurre, por ejemplo en la Unión Soviética respecto del proceso ejecutivo: no sólo la acción civil ejecutiva, que en los Países de la Europa Occidental puede ejercitarse normalmente contra el deudor, solamente a iniciativa del acreedor, puede ser ejercitada, en cambio, también por la Procuración del Estado (ministerio público) sin instancia ni participación del acreedor; sino también sin la iniciativa de la Procuración del Estado, o sea de la "parte pública", la ejecución forzada puede ser en algunos casos indicados por la ley, promovida de oficio por el competente tribunal" CAPPELLETTI, MAURO. *El Proceso Civil en el Derecho Comparado*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1973, pág. 25.
10. "Tan reprochable es pecar por defecto como por exceso. La "inflación" legislativa a que asistimos da cuenta de ello. Es que la desmesura con que el legislador contemporáneo, frecuentemente, intenta preservar la eticidad del proceso, conspira contra el logro del propósito buscado" PEYRANO, JORGE W., *El proceso civil Principios y fundamentos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978, pág. 224.

El deber de veracidad tal vez sea uno de los temas más discutidos en el proceso civil. Couture, por citar un defensor a ultranza de la necesidad de regular el deber, enseña que la exigencia de veracidad debe alcanzar a todos los sujetos del proceso. Sin embargo, procesalistas de la talla de Wach, Redenti y Calamandrei son enemigos de él, al punto que el segundo ha llegado a calificarlo como un **“instrumento de tortura moral”**.

Nos parece que la regulación del deber de veracidad constituye más que un paso adelante, un salto al vacío del legislador, en el contexto de una incipiente formación científica de Jueces y Abogados, aunado al hecho que se trata de un tema intrínsecamente polémico. Sin embargo, su incorporación será positiva o negativa según el Juez se encuentre en aptitud de calificar su vigencia y aplicación para cada proceso, y dentro de él para cada acto. A esto se refiere Silveira cuando dice (11): **“En el terreno procesal, ciertas mentiras y no todas las mentiras, son ilícitas. No es posible establecer reglas rígidas en terreno tan movedizo, y el prudente criterio del juez desempeña ahí papel preponderante”**.

Precisamente en atención a lo expresado, el último párrafo de este artículo, en concordancia con el Principio de la dirección del proceso por parte del Juez, concede a éste la facultad de hacer efectivo el marco ético previsto en la normativa, asegurando con ello su vigencia.

Artículo V

“Principios de Inmediación, Concentración, Economía y Celeridad Procesales.- Las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el Juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad. Se exceptúan las actuaciones procesales por comisión.

El proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales.

El Juez dirige el proceso tendiendo a una reducción de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran.

La actividad procesal se realiza diligentemente y dentro de los plazos establecidos, debiendo el Juez, a través de los auxiliares bajo

su dirección, tomar las medidas necesarias para lograr una pronta y eficaz solución del conflicto de intereses o incertidumbre jurídica.”

El Principio de Inmediación tiene por objeto que el Juez -quien va en definitiva a resolver el conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica- tenga el mayor contacto posible con todos los elementos subjetivos (intervinientes) y objetivos (documentos, lugares, etc.) que conforman el proceso.

La idea es que tal cercanía le pueda proporcionar mayores o mejores elementos de convicción para expedir un fallo que se adecúe a lo que realmente ocurrió u ocurre, es decir, a la obtención de un fallo justo.

La tendencia a usar y abusar de la escritura dentro del proceso es el medio a través del cual se asentó -en la evolución del proceso civil-, el principio de mediación. Esto significa que durante mucho tiempo -todo el medioevo hasta fines del siglo XVIII- se consideró como adecuado precisamente lo contrario de lo que ahora se postula, es decir, que mantener al Juez alejado de los protagonistas del conflicto y de todo aquello que constituyan elementos objetivos de éste, le iba a permitir al juzgador la expedición de decisiones justas.

Así lo describe Cappelletti (12): **“El juez no entra en contacto directo, “inmediato”, con las partes ni, en particular, con las pruebas (testigos, cosas, lugares), a causa de la desconfianza en la oportunidad o equidad de semejante contacto directo e inmediato. Se prefería que al juez le llegase solamente el eco atenuado e impersonal de los escritos redactados en el momento del examen de los testigos, así como el de la inspección de los lugares, etc.”**.

Al optar por la inmediación, el Código ha privilegiado también la oralidad, es decir, el medio a través del cual se produce este contacto directo entre el Juez y los protagonistas directos o indirectos del proceso.

La opción por la oralidad, contra lo que podría creerse, no descarta la necesidad de la escritura, al contrario, ésta sigue siendo el mejor medio de perpetuar y acreditar la ocurrencia de un hecho o la manifestación de una voluntad, sin embargo, va a dejar de ser **el hecho y el acto mismo**.

11. SILVEIRA, ALIPIO. *La buena fe en el proceso civil*, en Revista de Derecho Procesal, Ediar Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, 1947, Año V, No. 2, pág. 288.

12. CAPPELLETTI, MAURO. *El proceso...*, op. cit., págs. 89 y 90.

El Principio de concentración es una consecuencia lógica del principio anteriormente desarrollado. Cualquier organización judicial fracasaría si la participación obligada del más importante de sus personajes -el Juez- debe ocurrir en un número indeterminado de actos procesales. Es imprescindible regular y limitar la realización de actos procesales, promoviendo la ejecución de estos en momentos estelares del proceso.

Tal integración no sólo permitirá que el Juez pueda participar de todas ellas, sino que, además, le otorgará a éste una visión de conjunto del conflicto que va a resolver.

El Principio de Economía procesal es mucho más trascendente de lo que comúnmente se cree. De hecho, son muchas las instituciones del proceso que tienen como objetivo hacerlo efectivo; es el caso de el abandono o la preclusión, para citar dos ejemplos.

El concepto **economía**, tomado en su acepción de ahorro, está referido a su vez a tres áreas distintas: **tiempo, gasto y esfuerzo**. Intentemos una explicación separada de cada una de éstas.

El **tiempo** cumple un rol esencial y envolvente en el proceso. Casi no es posible encontrar uno en donde, adicionalmente al conflicto que tienen las partes, no exista otro referido a la urgencia que una de ellas tiene de acabar pronto el proceso, que es inversamente proporcional a la misma urgencia de la otra, pero de prolongarlo. El cumplimiento de los actos con prudencia, es decir ni tan lento que parezca inmovilidad ni tan expeditivo que se renuncie a formalidades indispensables, es la expresión adecuada de este principio.

La economía de **gasto** es la necesidad que los costos del proceso no impidan que las partes hagan efectivos todos sus derechos al interior de éste. Lo expresado no basta para reconocer que un Estado pobre y con una fuerte dependencia externa, no puede darse el lujo de tener una administración de justicia absolutamente gratuita. Sin embargo, la economía procesal en este rubro tiende a evitar que las desigualdades económicas que presenta nuestra sociedad sean determinantes para que quien se encuentre en inferior condición, soporte consecuencias procesales por dicho estado.

La economía de **esfuerzos** está referida a la posibilidad de concretar los fines del proceso evitando la realización de actos que, aún regulados, tienen la

calidad de innecesarios para tal objetivo. De alguna manera, un recuento de la evolución histórica del proceso nos enseña que ésta ha consistido en concretar su simplificación, eso es "economía de esfuerzo".

Podetti define esta "economía de esfuerzo" expresando que(13): **"Como economía de esfuerzo, este principio no es menos importante y decisivo para la obtención de una buena justicia. La supresión de trámites superfluos o redundantes, aminorando el trabajo de los jueces y auxiliares de la justicia y simplificando cada proceso en particular, debe necesariamente incidir en forma decisiva sobre la buena justicia"**

La parte final del artículo en estudio está referida al Principio de celeridad. Este es la expresión concreta de la economía por razón de tiempo que describimos anteriormente. La celeridad procesal, por otro lado, se expresa a través de diversas instituciones del proceso, por ejemplo, la perentoriedad o improrrogabilidad de los plazos o el impulso del proceso por parte del Juez citado en el artículo II.

Este principio, como el referido al de conducta procesal, está manifestado a través de todo el proceso por medio de normas impeditivas y sancionadoras de la dilación innecesaria, así como por mecanismos que permiten el avance del proceso con prescindencia de la actividad de las partes.

El hecho trascendente e indiscutible es que una justicia tardía no es justicia. Para ratificar esa concepción el Código quiere proveer a los justiciables, a través de las instituciones reguladas, de una justicia rápida. Si es buena o mala, esto será responsabilidad de sus protagonistas.

La concreción de la celeridad a través de otras instituciones procesales es el medio adecuado de hacerla efectiva. Así lo expresa el mismo Podetti (14): **"...en tres direcciones principales dentro del proceso actual, debe encaminarse la reforma que intente restablecer el principio de celeridad. Ellas son: los plazos para la realización de actos procesales por las partes, el régimen de la prueba y los plazos para que los jueces dicten resoluciones."**

Artículo VI

"Principio de Socialización del proceso.- El Juez debe evitar que la desigualdad entre las

13. PODETTI, RAMIRO J. *Teoría y Técnica del Proceso Civil*, Ediar Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, 1963, pág. 141.

personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso.”

Los postulados de la filosofía individualista de fines del siglo XVIII, inundaron todas las áreas del pensamiento durante el siglo XIX y, por efecto reflejo, también las ideas en las sociedades de este lado del mundo en pleno siglo XX.

Esta influencia abarca por cierto al Derecho y, que duda cabe, también al proceso civil. Así, la tesis que los derechos civiles eran derechos privados, respecto de los cuales cada individuo -su titular- podía hacer lo que quisiera con ellos, tuvo especial significación para el proceso civil.

De hecho determinó el auge de un sistema procesal llamado **privatístico**, consistente en el absoluto dominio que sobre el desarrollo del proceso (su inicio, continuación, suspensión, conocimiento del material probatorio, conclusión, etc.) tienen las partes. Claro, como éstas podían disponer con absoluta libertad sus derechos civiles (privados), también podían disponer del proceso civil que no era más el conjunto de actos en donde se discutía la vigencia de **sus derechos**. Vale decir que el contenido (derecho civil) le dio identidad al continente (proceso), pasando éste a ser un acto privado. Es innecesario un mayor detalle sobre este sistema dado que el Perú a la fecha es tributario de éste, padeciendo todas las patologías que tal vigencia supone.

Otra influencia de la filosofía individualista en el Derecho, estuvo dado por la tesis de la “**igualdad de las personas ante la ley**”. En el contexto de una estratificación social rígida como la existente en la Francia pre-revolucionaria, tal postulado constituyó sin duda una conquista social.

Sin embargo, doscientos años más tarde, cuando la estratificación social no tiene ya un origen divino ni legal, pero no por ello ha dejado de existir, el citado postulado deviene por lo menos en discutible. ¿Cuán positivo puede ser que en una sociedad la ley trate igual a todos, cuando la realidad nos demuestra que entre las personas de esa sociedad existen profundas desigualdades por razones tales como la religión, el sexo, el antecedente étnico, el nivel económico o social, para citar algunas variables.

En un proceso civil **privatístico** -como el nuestro- la actuación de los medios probatorios tiene un

costo, algunas veces prohibitivo, como el caso de la llamada **inspección ocular**. Bien sabemos lo oneroso que constituye desplazar a un Juez y a un auxiliar al lugar de los hechos. En ese contexto, la actuación de la inspección ocular, imaginemos vital para la solución de la litis, depende de las posibilidades económicas del litigante. Sin embargo, dado que en el sistema privatístico la participación del juez es casi nula, estas situaciones le son totalmente ajenas, aún cuando las llegue a conocer o no.

La estrategia procesal a utilizarse respecto de una determinada pretensión o defensa, depende de la calidad técnica del Abogado. Y en sociedades de consumo como la nuestra, la calidad técnica del Abogado está proporcionalmente ligada a su pretensión por concepto de honorarios.

Si a la fecha un Juez nacional advierte -dentro de un proceso- que la estrategia ha defeccionado por las limitaciones del Abogado, al punto que va a producir un agravio irreparable tanto a su patrocinado como a la **justicia** -cuya realización es el fin de la función del Juez-, no podrá hacer nada. No olvidemos que estamos dentro de un proceso privatístico, por tanto, a pesar de su sentimiento -nos referimos a esa mezcla de razón, voluntad y sindéresis que articulan la decisión de un juzgador-, el Juez tendrá que protocolizar una injusticia.

La orientación **publicística** del Código Procesal Civil se hace evidente con esta norma. Así, el Juez director del proceso no sólo conducirá éste por el sendero que haga más asequible la oportunidad de expedir una decisión justa, sino que, además, está facultado a impedir que la desigualdad en que las partes concurren al proceso, sea un factor determinante para que los actos procesales o la decisión final tengan una orientación que repugne al valor de justicia.

Tal vez en este artículo, más que en ningún otro, aparezca en toda su importancia y trascendencia el criterio reflexivo del Juez para la aplicación de los principios del proceso. Imposible describir una casuística que delimite con precisión los márgenes del uso correcto de este principio. Sin embargo, una vez más habrá que recordar que el destino del Derecho depende más de lo que ocurra en las cortes y juzgados que de lo que el legislador produzca en su escritorio.

En definitiva, este artículo convierte la vieja tesis de la igualdad ante la ley en la igualdad de las

14. PODETTI, RAMIRO J. *Teoría y...*, op. cit., pág. 135.

partes en el proceso. Sin embargo, no se crea que tal postulado es producto de los estudios contemporáneos, en todo caso, sólo es una recuperación de lo que ocurría en Roma e incluso en los procesos sumarios medievales como lo recuerda Cappelletti(15), quien incluso apela a una cita de Whitehead (“**A fin de cuentas, los frutos de la victoria deberían corresponder, no a la parte que cuente con el mejor abogado o con el investigador más diligente, sino a la parte que sostenga la causa más justa.**”) para asegurar que esta “democratización” del proceso civil es también una tendencia en el derecho norteamericano.

Para concluir, si hubiera que citar el antecedente directo de la norma en estudio, pues este sería el apartado 2do. del artículo 3ro. del Código Federal Suizo de Procedimiento Civil -citado por Cappelletti en la obra antes referida- que dice: “**El juez no puede ir más allá de las conclusiones de las partes, ni puede fundar su juicio sobre hechos diversos de los que han sido alegados en su instancia. Sin embargo, debe llamar la atención de las partes sobre las lagunas de sus conclusiones e invitarlas a especificar de manera completa los hechos y las pruebas necesarias para hacer que resulte la verdad. A este fin, el juez puede, en cualquier estado de la causa, convocar e interrogar a las partes personalmente.**”.

Artículo VII

“Juez y Derecho.- El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.”

Suele citarse la anécdota del Juez que aburrido por las disquisiciones teórico-jurídicas del Abogado, le exige a éste que explique los hechos, dado que él conoce el derecho (*Venite ad factum, tabo dibi ius*), como el origen histórico del aforismo recogido en este artículo; el que se conoce también con el nombre de *lura novit curia*.

Y, en efecto, esta es la esencia del aforismo: permitir al Juez que aplique la norma jurídica que corresponda a la situación concreta, cuando las partes la hayan invocado erróneamente o no la hayan invocado. Como se advierte, el fundamento del aforismo es la presunción “*iuris et de iure*” que el Juez

tiene un mejor conocimiento del derecho que las partes, en consecuencia, está en aptitud de decidir cuál es la norma aplicable al caso concreto.

También se justifica el aforismo desde una perspectiva teórica, afirmándose que si el juez es el representante del Estado en un proceso, y éste (Estado) es el creador de la norma jurídica, entonces no debe dudarse que su representante -el Juez- es la persona más indicada para identificar y aplicar la norma correcta.

Los postulados científicos del proceso - iniciados y difundidos recién en este siglo - reivindicaron este aforismo presuntamente de origen medieval, razón por la cual ha empezado a regularse expresamente en muchos ordenamientos procesales contemporáneos.

En el derecho peruano se ha presentado una situación singular. El aforismo reaparece -aunque con muchas distorsiones- en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Civil de 1984, es decir, no en un ordenamiento procesal sino en uno material. Desconocemos una situación similar en la legislación comparada, sobretudo, advirtiéndose que se trata de una norma cuyo ámbito de aplicación está dado única y exclusivamente por el proceso, siendo por tanto una típica norma procesal.

Sin embargo, la causa de haber insistido en su regulación en el Código Procesal no es sólo por razón de sistemática, sino también para eliminar las deficiencias que presenta la versión del Código Civil.

Así, el artículo en estudio precisa que el aforismo se aplica en dos supuestos: cuando las partes han invocado erróneamente la norma o cuando no la han invocado. Sin embargo, en el Código Civil no aparece el supuesto de la invocación errónea, que en la práctica debe ser el más común.

Asimismo, el artículo del Código Civil hace referencia a la norma jurídica, lo que podría malentenderse como referida sólo al derecho positivo, cuando el aforismo es más trascendente, en realidad está referido a la fundamentación jurídica de lo pedido, es decir, al envoltorio jurídico (“*nomen iuris*”) con que la parte presenta su petición.

Si una persona reconviene fundando su pretensión en el derecho de propiedad, cuando de los hechos y de la pretensión propuesta aparece claramente

15. CAPPELLETTI, MAURO. “El proceso...”, op. cit., pág. 70.

que su derecho es posesorio, es respecto de ésta que se debe producir la declaración judicial.

El artículo del Código Civil hace referencia a que la omisión de la norma jurídica ocurra en la **demanda**. Si bien por interpretación extensiva podría decirse que también alcanza a la reconvención, termina siendo un concepto insuficiente, dado que el aforismo impone al Juez el deber de aplicar el derecho que corresponda en el proceso, es decir, durante todo su recorrido y no respecto de un determinado acto procesal, como la demanda, por ejemplo.

Finalmente, el artículo del Código Civil no precisaba los límites del aforismo, es decir, aquellas situaciones en las cuales a pesar de la invocación errónea o inexistente del derecho, no es permisible la intervención del Juez, porque con ella distorsiona su calidad de tercero, es decir, afectaría su imparcialidad. Específicamente se trata de la imposibilidad del Juez de modificar el petitorio -lo que la parte pide, en concreto- o de incorporar hechos no propuestos por las partes o terceros legitimados, tal como ahora sí está previsto en el artículo en estudio.

Artículo VIII

“Principio de Gratuidad en el acceso a la justicia.- El acceso al servicio de justicia es gratuito, sin perjuicio del pago por costas, costos y multas en los casos que establece este Código.”

Desconocemos la existencia de un país en donde la justicia civil sea gratuita. Tal hecho tiene una explicación muy clara: la justicia - no como valor sino como intento de realización humana- es un **servicio**.

El servicio de justicia es tan importante y básico como cualquier otro servicio público a los que tradicionalmente les otorgamos la calificación de indispensables: el de agua, de salud, de electricidad. Tal vez si hubiera una diferencia saltante a tener en cuenta sería que, por muy ultra que sea la concepción neo-liberal del Estado, la justicia es un servicio público imposible de ser privatizado.

Y si la justicia civil es un servicio público del que hace uso el ciudadano cuando quiere que el Estado declare el derecho que corresponde a su conflicto de intereses o incertidumbre jurídica, entonces no cabe duda que debe tener un costo para quien se sirva de él.

Lo que es más, tratándose de un servicio **sui generis**, en tanto exige como presupuesto para su ejercicio que se realice con absoluta autonomía respecto del poder central, resulta indispensable que el servicio de justicia concrete mecanismos de auto-financiamiento que eviten la forma más burda de intromisión y agravio de la autonomía judicial: El control económico del Estado que, en el caso nacional, es la principal causa sino el presupuesto material de la crisis judicial.

La norma en comentario tiene por objeto asegurar la presencia de los mecanismos de financiamiento antes citados, precisándose -implícitamente- que serán soportados no de manera equitativa, pues esto sería la aplicación del principio trasnochado de la “igualdad ante la ley”, sino en función del uso pertinente y necesario que del proceso hagan las partes. En este contexto, soportará su costo en mayor medida, quien sea declarado perdedor en un proceso pero, por otro lado, financiará el sistema judicial quien lo utilice maliciosamente o quien manifieste una conducta reñida con los valores éticos que sostienen el proceso.

Sin embargo, atendiendo al desarrollo contemporáneo de los fundamentos constitucionales del proceso, se regula que el costo de la actividad procesal no debe estar presente en su iniciación. Es decir, que el derecho a la tutela jurisdiccional -demandar o ser demandado- no debe estar gravado con una exigencia patrimonial, porque tal acto implicaría un agravio a uno de los derechos fundamentales de la persona humana: recurrir a un órgano jurisdiccional.

En síntesis, en el artículo en estudio se promueve la auto-financiación del servicio de justicia atendiendo a lo expresado en el Código, limitando expresamente esta actividad respecto del inicio del proceso, aunque más específicamente sobre el apersonamiento de las partes a éste.

Artículo IX

“Principios de Vinculación y de Formalidad.- Las normas procesales contenidas en este Código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario.

Las formalidades previstas en este Código son imperativas. Sin embargo, el Juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso. Cuando no se señale una formalidad específica para la realización de un acto procesal, éste se reputará válido cualquiera sea la empleada.

Resulta de uso común en las decisiones judiciales la afirmación contundente que **“las normas procesales son de orden público”**. Aún más, es bastante probable que la frase haya servido para sustentar una declaración de nulidad. Sin embargo, tal afirmación es por lo menos discutible.

En efecto, en cualquier ordenamiento procesal podemos encontrar cierto número de normas que no tienen carácter de orden público, en el sentido de ser normas obligatorias o vinculantes; al contrario, contienen una propuesta de conducta que puede o no ser realizada por una de las partes, sin que su incumplimiento afecte el sistema jurídico o las reglas de conducta social consensualmente aceptadas, en la hipótesis que éstas últimas comprendan también el concepto de orden público.

Sin embargo, dado que la actividad judicial es una función pública realizada con exclusividad por el Estado, las normas procesales que regulan la conducta de los intervinientes en el proceso y la ciencia que las integra -el Derecho Procesal-, son de **Derecho Público**, admitiendo que esta dicotomía (Público y Privado) tiene a la fecha un uso relativo y no el categórico y absoluto que se le otorgaba hace algunas décadas.

Pero el que las normas procesales sean de Derecho Público no implica, como resulta evidente, que sean de orden público; aquél concepto tiene que ver con su **ubicación**, éste con su **obligatoriedad**.

Esta es la razón por la que el primer párrafo de este artículo hace referencia a que las normas procesales tienen carácter imperativo como principio, salvo que las mismas normas regulen que algunas de ellas no tienen tal calidad. Es decir, son de Derecho Público, pero no necesariamente de orden público.

El segundo párrafo del artículo en estudio contiene el llamado Principio de elasticidad, según el cual, si bien las formalidades previstas en el ordenamiento procesal son de obligatorio cumplimiento, el Juez -una vez más, el director del proceso- está en aptitud de adecuar la exigencia de cumplir con estos requisitos formales a dos objetivos más trascendentes: la solución del conflicto de intereses o incertidumbre con relevancia jurídica y la paz social en justicia, es decir, a los fines del proceso.

Una vez más queda demostrada la relatividad de los principios y, sobretudo, la considerable importancia que tiene la función del Juez en su aplicación. No hay ni puede haber ningún criterio estadístico que permita prever cuando el principio será correc-

tamente aplicado; será el concepto de justicia que reposa en la conciencia del Juez el que determine su aplicación pertinente.

Artículo X

“Principio de Doble instancia.- El proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta.”

Hay algunos temas cuyo reconocimiento constitucional les produce una situación muy curiosa, es como si su ubicación en el texto constitucional los colocara más allá de toda disputa, pasando a convertirse en verdades inmutables sobre las que debe asentarse, por siempre, todo lo que se regule respecto de él.

Así tenemos que en la Constitución vigente se hace referencia -con la calidad de garantía de la administración de justicia- a la **instancia plural**. Esta frase, de dudoso significado, ha sido entendida unánimemente como que contiene la exigencia que todo proceso debe tener más de una instancia.

Sin embargo, conviene precisar que se ha elevado a rango constitucional un principio procesal cuya vigencia depende del sistema procesal que en cada país se haya acogido, es decir, se trata sólo de una opción. Pero, sobre todo, es bueno recordar que se trata de un principio que a la luz del proceso contemporáneo ha sufrido muchos embates.

Así, son muchos los países en los que la necesidad de enfrentar una demanda masiva del servicio de justicia, especialmente a niveles patrimoniales poco considerables, ha determinado la regulación de vías procedimentales en donde el proceso se tramita en una sólo y definitiva instancia.

Es cierto también que los países en los que se han incorporado y consolidado procesos de instancia única, son aquellos que han logrado una considerable evolución del Derecho y del proceso, así como un elevado desarrollo en la solución de sus problemas básicos. Por esa razón, estando al grado de evolución de los estudios procesales en el Perú y de solución de sus problemas esenciales, no sería oportuno por ahora concretar legislativamente procesos de instancia única.

Sin embargo, es importante que un ordenamiento procesal que pretende ser contemporáneo, cree las condiciones para que en un futuro se pueda regular procedimientos de instancia única. Estos, como ya se expresó, deberán ser diseñados para solucionar los problemas generados por la exigencia

masiva de justicia por parte de las mayorías, casi siempre desvalidas e incapacitadas para solventar un proceso largo.

Esta es la razón por la que el artículo en estudio consagra el Principio de la doble instancia para todos los procesos. Con ello se coloca como situación excepcional la tramitación de procesos que transcurran por tres instancias como actualmente hay en el Perú, siguiendo el modelo de los derechos germánicos de hace muchos siglos, permitiéndola para aquellos casos en los que el legislador considere su necesidad.

Por otro lado, la misma norma, sin postular la instancia única, concede al legislador la posibilidad que alguna vez la regule, cuando el contexto socio-cultural lo requiera y la norma constitucional lo permita.

Principios Procesales Tácitamente Incorporados al Código Procesal Civil

No es la idea agotar el elenco de los Principios Procesales conocidos, sino simplemente hacer referencia a aquellos en los que el Código también sustenta su estructura. Sin embargo, a diferencia de los descritos en el Título Preliminar, éstos tienen una presencia implícita en el ordenamiento dado que son consustanciales al proceso, al extremo que no es posible concebir éste sin los principios que a continuación desarrollaremos.

Principio de Contradicción

También se le conoce como Principio de Bilateralidad y, como su nombre lo indica, consiste en que todos los actos del proceso deben realizarse con conocimiento de las partes, aún cuando más específicamente queremos decir que todo acto procesal debe ocurrir con la información previa y oportuna al contrario.

Adviértase que lo trascendente es el **conocimiento**, la actividad que el notificado o informado realice puede o no ocurrir, ese es un tema secundario, lo importante es que conoció el acto en el momento oportuno. Esta es la razón por la que el Principio en estudio está directamente ligado al objeto de la **notificación**.

En la evolución de los estudios procesales, contemporáneamente se considera la existencia de un

deber del emplazado de comparecer. Es decir, así como toda persona tiene el derecho de recurrir al Estado pidiendo tutela jurisdiccional, asimismo, ésta tiene el deber de comparecer cuando en ejercicio de dicha tutela otra persona le pide al Estado lo emplace para el inicio de un proceso.

Ante la imposibilidad de regular una sanción específica contra quien no comparece, dado que tal acto importaría una violación a la libertad individual, se ha optado por que los mecanismos de sanción de la rebeldía o contumacia sean más enérgicos y, sobre todo, referidos a la situación procesal del emplazado, la que sufre un disvalor cuando éste no comparece, al extremo que bien puede significar la pérdida del proceso.

Principio de Adquisición

En un proceso hay elementos activos, es decir, personas que realizan actividad procesal en su interior, es el caso del Juez y las partes, por ejemplo. Sin embargo, el proceso, que duda cabe, es **único**, con absoluta prescindencia de los actos a veces contradictorios que se producen en su interior.

Lo más trascendente del proceso es que los actos que realizan las partes se **incorporan** a éste, son internalizados por este río que es a la vez cauce. El Principio de Adquisición consiste en que una vez incorporados al proceso - nos referimos los actos, documentos o informaciones que hubieran sido así admitidos - dejan de pertenecer a quien lo realizó y pasan a formar parte del proceso, pudiendo incluso la parte que no participó en su incorporación obtener conclusiones respecto de él.

Como se advierte, el sustento del Principio es que los actos procesales tienen una naturaleza común, en tanto son incorporados a esa unidad llamada **proceso**. Esta identidad no desconoce el hecho que un acto puede tener efectos distintos para cada parte, sin embargo este detalle es secundario, lo trascendente es que desaparece el concepto de pertenencia individual una vez que se incorpora el acto al proceso.

Así, una prueba de peritos o una declaración testimonial produce conclusiones para ambas partes, sea a favor o en contra, con absoluta prescindencia de la parte que la ofreció. Chiovenda(16) lo expresa así: **"Es en realidad un juego de reciprocidad procesal; todo cuanto una parte realiza, se concreta en una actividad procesal que puede ser**

16. CHIOVENDA, JOSE. "Principios...", op. cit., T. II, pág. 204.

perjudicial o beneficiosa para la parte contraria, reflejándose recíprocamente en el desarrollo del proceso.”

Principio de Eventualidad

Este principio está directamente ligado con la diferencia, a veces sutil, que existe entre una estrategia procesal y una conducta maliciosa. Expliquémonos. En nuestro actual proceso es perfectamente factible que una parte reserve lo más importante de su material probatorio para el último momento de la etapa de prueba, a efectos de reducir la capacidad de contradicción del contrario. ¿Estrategia o chicana?

Antes de responder a la pregunta, lo trascendente es identificar la causa de esta situación. En este caso, se trata simplemente que en el proceso tradicional los plazos y términos para realizar actividad procesal están diseminados en el proceso sin una sanción específica y determinante, al extremo que no es posible para el Juez hacer cumplir estos plazos.

Precisamente el Principio de Eventualidad lo que impone es el deber de las partes de presentar todo su caudal probatorio -sea de la pretensión o de la defensa- en un momento determinado. Es entonces la relajación de este principio lo que trae consigo la dilación de los procesos y, en algunos casos, incita a la deslealtad procesal.

Al haber regulado la conducta procesal de las partes con su respectivo sistema de sanciones y, asimismo, al haber asumido como requisito de admisibilidad que los medios probatorios se acompañen a las demandas y a las defensas, se ha incorporado al Código en forma íntegra el Principio de Eventualidad.

Calamandrei es un partidario de este Principio, sin embargo, hace algunas acotaciones que resulta importante reproducirlas(17): “... **si de un lado tiene la ventaja de luchar eficazmente contra la práctica de dar largas a aquellos litigantes de mala fe, que tienden a conservar los mejores argumentos para las sorpresas de última hora, puede de otro lado, constituir un peligroso in-**

centivo para la complicación y multiplicación inicial de las defensas; porque las partes, por exceso de prudencia, pueden ser inducidas a utilizar desde el principio del proceso, un aparato imponente de deducciones en el cual las razones más sólidas se encontrarán con los más sutiles virtuosismos curialescos.”

Principio de Publicidad

Esta vez el concepto publicidad no está tomado en el sentido de difusión, sino simplemente en sentido contrario a **reservado**. La actividad procesal es una función pública, en tal virtud, constituye una garantía de su eficacia que los actos que la conforman se realicen en escenarios que permitan la presencia de quien lo quisiera.

El servicio de justicia debe dar muestras permanentes a la Comunidad que su actividad se desenvuelve en un ambiente de claridad y transparencia. Para ello, que mejor ocasión que convertir en actos públicos todas sus actuaciones. Este conocimiento por parte de los justiciables de la actividad judicial, les concede la **seguridad** de que el servicio se brinda correctamente.

Conviene recordar que esta publicidad no estuvo siempre presente en el proceso civil. Al contrario, se trata de una conquista política respecto del proceso secreto e inquisitivo que estuvo vigente en la legislación europea de hace algunos siglos. Ciertamente es también que a la fecha su reconocimiento es casi unánime.

Por cierto, el Principio de Publicidad admite excepciones, las que van a depender menos del proceso y más de la naturaleza de la pretensión que se discute. Así lo expresa Millar (18) quien siguiendo el criterio germánico encuentra tres clases de publicidad: una **general (allgemeine Oeffentlichkeit)**, una **mediata (mittelbare Oeffentlichkeit)** y una **inmediata (Partieoeffentlichkeit)**. Es decir, una publicidad para **todos**, otra para **algunos** y otra **exclusivamente para las partes**. Esta última sería por ejemplo en los casos de divorcio por causal, filiación y aquellos en los que el Juez considere necesaria tal restricción.

17. CALAMANDREI, PIERO. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Ed. Ejea, Buenos Aires, Volumen I, 1986, pág. 392.

18. MILLAR, ROBERT WYNESS. *Los Principios...*, op.cit. pág.186.

Entrevista al Premio Nobel de Economía 1992: Gary Becker y la Economía del Sentido Común

Jorge Fernández-Baca
Investigador y Profesor Principal
de la Universidad del Pacífico.

Una característica, aparentemente inevitable, de todos los avances científicos que tienen que ver con los seres humanos y sus relaciones entre sí y con la naturaleza, es el escándalo que producen y siguen produciendo, varias décadas después de ser enunciados. Esta es la suerte que han corrido los trabajos de Copérnico, Darwin y Freud, y no hay duda de que la obra de Gary Becker está siguiendo el mismo camino.

¿Qué es lo "escandaloso" de la obra de Becker y por qué, pese a ello, la Academia Sueca acaba de distinguirlo con el Premio Nobel en Economía?

Desde hace 30 años Becker viene sosteniendo que si los hombres son racionales al momento de comprar, vender o asociarse para hacer negocios, ¿Por qué no aplicar este mismo principio a las decisiones más personales, incluso las más íntimas, como la elección de la pareja, el tamaño de la familia o el divorcio?

La nacionalidad implica elegir entre las distintas alternativas que uno tiene a la mano para satisfacer una misma necesidad, aquélla que le resulta más ventajosa. A primera vista esto puede hacer pensar al lector que el ser humano es una persona fría, desprovista de sentimientos, que con una calculadora en la mano está evaluando la rentabilidad de cada posible decisión.

Sin embargo, lo que Becker sugiere es que este comportamiento es casi siempre inconsciente y no hace sino responder al instinto de preservación de la especie que todo ser humano lleva dentro de sí.

Toda persona que lea su "Tratado de la Familia" no puede evitar sentirse desnudada al ver como Becker desmenuza con lujo de detalles todas las variables que están en juego en sus decisiones más íntimas, incluyendo aquéllas en las que siempre pensó pero nunca se atrevió a comentar con nadie.

Lo más destacable de la obra de Becker es su esfuerzo, no sólo para identificar las variables relevantes para cada decisión, sino para relacionarlas y enunciar teoremas fundamentales que permiten predecir si una persona se casará o permanecerá soltera, el número óptimo de hijos, el gasto en la educación de estos hijos y si vale la pena divorciarse o permanecer casada.

Esfuerzos de este tipo, con todas las limitaciones que uno pueda encontrarles, son sumamente valiosos para comprender fenómenos que hasta ahora parecían ser simplemente producto de los "espíritus animales" del hombre en decisiones tan importantes como las que conciernen a la familia. Y son justamente estos aportes los que permiten imaginar soluciones para resolver los problemas que la afectan.

La obra de Becker, lejos de denigrar al ser humano y a la institución familiar, no ha hecho sino contribuir al mejor entendimiento de su esencia, y así lo ha entendido justamente la Academia Sueca para otorgarle el máximo galardón que puede esperar un científico.

Agradecemos la gentileza del diario oficial "El Peruano", en la persona del Sr. José Salazar a cuyo cargo estuvo la edición de la presente entrevista, que amablemente nos ha cedido para su publicación completa.

Profesor, ¿no está usted exagerando cuando dice que algunas personas se casan para mejorar su situación económica?

G.B.: No, no lo creo así... ¿Es usted casado?

No, aún no.

G.B.: ¿Y por qué no se ha casado?

Porque no he encontrado a la persona con quien hacerlo.

G.B.: Muy bien, entonces usted no puede encontrar la persona que pueda mejorar su situación.

Bueno, yo no busco una persona para mejorar mi situación; es simplemente que no encuentro a la persona indicada.

G.B.: Pero es que la persona forma parte de su mejoramiento, de su desarrollo. Cuando yo digo "mejorar", no quiero decir simplemente enriquecerse, quiero decir que se trata de encontrar a alguien que ayudará a que su vida sea más feliz. Simplemente, más feliz. Y usted no ha encontrado aún a la persona que hará su vida más feliz. Eso es lo que yo quiero decir por mejorar. Hacer su vida más feliz. Las personas se casan cuando la utilidad esperada del matrimonio excede la utilidad esperada de quedar soltero.

¿Y esa misma lógica puede también ser aplicada a las personas que se divorcian?

G.B.: En efecto, las parejas se divorcian cuando la utilidad de estar casadas cae debajo de la utilidad esperada de estar divorciadas, cuando ellos ya no obtienen ningún placer en estar casados. Es decir, los buenos matrimonios están basados sobre las buenas decisiones de negocios. Cuando yo digo que las personas se divorcian, quiero decir que ellas hacen eso porque se dan cuenta que, bueno, no son muy felices ahora, y quizás puedan encontrar a otra persona que los haga felices. Ese es el sentido de lo que yo digo por mejorar. En parte, es su caso. Yo diría que mi teoría se aplica a su comportamiento. Usted todavía no ha encontrado a alguien que pueda hacer su vida más feliz.

¿Y no hay algún espacio para el amor en toda esta discusión?

G.B.: Por supuesto, en muchos matrimonios hay un elemento de amor, de afecto. Yo no creo que haya simplemente una relación de negocios. Hay amor,

algunas veces odio. Hay culpabilidad, obligación, y esas cosas entran al matrimonio, pero al mismo tiempo hay transacción porque las personas hacen diferentes cosas que son parte de un negocio.

En todo caso, ¿se trataría de una relación entre la felicidad y la economía?

G.B.: Es que el término economía es muy amplio. No es sólo dinero. Es también amor. Yo he hablado acerca de cosas como el amor, la obligación, la compatibilidad sexual; todas estas cosas tienen que entrar dentro de la economía. Eso es lo que quiero recoger dentro de la economía. Yo trato de expandir los límites de lo que es la economía para hablar no sólo de dinero, no sólo de dólares o centavos.

Pero a nivel mundial, sería muy difícil incluir todo esto en la economía.

G.B.: Claro, porque en el mundo, la economía es mucho más importante que el amor. Si el Perú realiza un intercambio comercial con un país vecino, no lo va hacer por amor sino porque está esperando mejorar su situación. Lo mismo pasa en los Estados Unidos. ¿Usted cree que nosotros firmamos el Acuerdo porque amamos a México y Canadá? No. Ellos tampoco lo hicieron porque nos aman. Nosotros lo hicimos porque pensamos que podríamos mejorar nuestro comercio con ese acuerdo. Y así, mucho de lo que se hace alrededor del mundo no es por amor. Parte del mundo es amor; dentro de la familia, por ejemplo. Adam Smith, el más famoso de los economistas, dijo en 1776 que en la mayoría del mundo usted no puede conseguir las cosas basado sobre el amor sino sobre la base de la creencia de que cada persona mejorará por el intercambio. Y en todo el mundo es así. No es por amor.

Ud. ganó el Premio Nobel por algo que escribió hace 30 años. ¿Como ha cambiado la situación social y la teoría económica desde entonces?

G.B.: Mi primer trabajo fue hecho treinta años atrás y el último apareció en 1991. Por lo tanto, mis estudios cubren un largo período de tiempo en el cual el conocimiento económico ha mejorado. Parte del desarrollo de mi trabajo refleja ese progreso. Los problemas sociales también han cambiado sobre ese período. Pero lo más importante, desde el punto de vista de un investigador, es que la habilidad de las personas economistas o no - de usar sus análisis técnicos para discutir los problemas sociales también ha cambiado y mejorado mucho sobre ese período de tiempo. Hay, por ejemplo, un cambio trascendental: la creencia de que las personas responden a incentivos.

¿No importan las características de esos incentivos?

G.B.: No, estos pueden ser beneficios en forma de castigos. Es decir, si usted acepta que las personas no trabajen fuerte, ellas no lo harán; si usted hace fácil el camino para que las personas se divorcien, ellas se divorciarán; si usted permite que se cometan más crímenes sin que exista castigo por ellos, entonces usted tendrá más crimen. Los criminales también responden a incentivos, por lo tanto, el crimen aumenta cuando ellos creen que no serán castigados. Yo pienso que ahora nosotros estamos mucho más enterados de que las personas alrededor del mundo, no importa sus culturas ni en donde estén, responden a incentivos. No existe ninguna diferencia.

¿Cómo llegó usted a estas conclusiones? ¿Qué tipos de estudios previos realizó?

G.B.: Primero estudié economía en general. Luego, empecé a ver que lo que uno aprende en economía podía ser aplicado a otras áreas. Yo hice análisis teórico y también estadístico, con análisis de casos. Así, manejé información sobre crimen, discriminación contra los grupos minoritarios, inversión en capital humano, influencia de la economía en la familia, efectos de la educación en los ingresos, y, en general, asuntos de la familia en diferentes países y tiempos. Esta fue una mezcla de evidencia y análisis teórico para ver cuán bien el mundo real podía ser explicado por la teoría que yo estuve tratando de desarrollar.

¿Cuál considera usted que ha sido la más importante conclusión de su trabajo?

G.B.: Que las personas hacen decisiones racionales acerca del aborto, el matrimonio, el divorcio, el número de hijos que quieren tener y la división del trabajo de casa basados sobre teorías económicas, tales como el costo beneficio y -nuevamente- los incentivos. Muchas personas, por ejemplo, responden a costos y beneficios en decidir la compra de un simple producto, como una fruta, una ropa o un carro. Esta idea de sentido común se aplica a todas las decisiones humanas. Es decir, su comportamiento puede ser analizado y pronosticado en términos de tiempo y en "costo" del placer, también como en términos de dinero. Este es el conjunto de cosas que yo he analizado.

Sin embargo, su trabajo ha sido considerado muy controvertido.

G.B.: Sí, muy controvertido.

¿Por qué?

G.B.: Bueno, en parte porque las personas objetan las cosas nuevas que alguien dice. A ellas no les gusta escuchar algo nuevo. Por ello, por un largo período de tiempo, mi trabajo fue considerado controvertido. Recuerdo incluso que el comité del Premio Nobel mencionó que parte de mi trabajo era aún controvertido, específicamente lo relacionado a la familia. Sí, pues, es controversial, pero a mí me gusta que así sea. Pienso que la controversia es el camino para mejorar el entendimiento.

Hablemos sobre la familia. En uno de sus textos usted la compara con una pequeña fábrica. ¿Qué quiso decir con esto?

G.B.: Lo que quiero decir es que nosotros debemos tratar de entender las diferentes relaciones dentro de la familia. Dentro de ella hay relaciones entre maridos y esposas, padres, hijos y abuelos que se aparecen a aquellas que existen en una fábrica. Ellos interactúan de muchas maneras, resuelven muchos problemas económicos, la crianza de los niños es un problema económico, por ejemplo. Por otro lado, los padres cuidan a sus hijos; luego, con el tiempo, los niños los cuidarán a ellos cuando estén viejos o enfermos. Todas éstas son partes importantes en nuestro mundo social. Así, la familia representa un rol social y económico muy importante.

Usted también ha dicho que las parejas actúan como dos naciones que comercializan entre sí...

G.B.: Algo similar. Algunas relaciones son así. Yo discuto aquello que llamo la división de la labor, la especialización. Algunas tareas son hechas por un miembro de la familia y otras por el otro. La pregunta que yo me hago es: ¿por qué es que las mujeres hacen un tipo de trabajo y los hombres otro? Y, ¿cómo cambia esto cuando la circunstancia económica cambia? ¿Cómo el desarrollo económico cambia lo que las mujeres hacen comparado con lo que hacen los hombres? Para mí, eso es sentido común. A mí me gusta llamar a mi economía, la economía del sentido común. Sin embargo, usted tiene que ir más lejos que el sentido común para entender cómo algunas de esas cosas cambian cuando la economía cambia.

A pesar de algunos cambios, ¿no cree usted que todavía existen diferencias en la manera

como el hombre y la mujer escogen sus trabajos?

G.B.: Yo he discutido las diferentes alternativas de trabajo que tienen el hombre y la mujer. Por supuesto, las mujeres pierden mucho tiempo en sus casas porque tienen mucho trabajo allí y sólo pueden trabajar parcialmente, y por lo tanto, están expuestas a recibir menos aprendizaje y menos promociones en sus trabajos. A pesar de que trabajan, las mujeres siguen siendo responsables por el cuidado de los niños. Cuando un niño se enferma, es la madre quien lo cuida, no el padre. Ella es la que probablemente tomará un día de descanso para cuidar al niño. De esa manera, ellas se sienten más interconectadas con su familia. Por lo tanto, sí hay diferencia en la manera como los hombres y las mujeres trabajan. No obstante, las cosas están cambiando. En muchas partes del mundo, incluyendo América Latina, más mujeres trabajan porque las familias son más pequeñas y no tienen que quedarse en casa para cuidar a sus hijos. Asimismo, muchas mujeres están consiguiendo posiciones importantes: en economía, en política y en medicina. En general, yo diría que hay menos discriminación contra las mujeres. No es completamente igual, pero algunos países están más cerca de la igualdad..

¿Y que diferencia existe con aquellas mujeres que logran tener un buen puesto de trabajo?

G.B.: Sencillamente que cuando el ingreso de una mujer aumenta, su atadura a la casa se pierde. Las mujeres mejor pagadas escogen tener pocos niños porque "tener niños de calidad" antes que "niños en cantidad". Ellas prefieren tener pocos niños para que éstos sean mejor educados y más preparados. Por otro lado, el número de niños que la pareja tiene depende de los costos y beneficios de la crianza de ellos. Por lo tanto, las parejas tienden a tener menos niños cuando la esposa trabaja y tiene un trabajo bien remunerado, cuando los costos de educación y aprendizaje para los niños aumenta, etc. Dicho sea de paso, éstas son las mismas mujeres que escogen divorciarse porque pueden estar solas. Los índices de divorcio aumentan cuando los ingresos de la mujer son más altos que el de los hombres.

Curiosamente, usted ha escrito bastante sobre las mujeres y, sin embargo, su trabajo ha recibido críticas de parte de ellas.

G.B.: Bueno, las mujeres -especialmente las feministas- han criticado mi trabajo porque ellas no han entendido lo que yo he dicho. Según ellas, yo no he puesto el suficiente énfasis contra la discriminación

femenina, y sin embargo, yo he escrito un montón acerca de ello: incluso tengo un libro sobre el tema.

Por eso creo que la crítica es inapropiada e incorrecta. Hay mujeres, muchas de ellas economistas alrededor del mundo, que usan el tipo de ideas que yo he ayudado a desarrollar para entender muchos problemas no económicos. Pero éste no es un conflicto entre hombres y mujeres.

Profesor, ¿usted piensa, como algunos, que la economía es más importante que las otras ciencias sociales?

G.B.: Bueno, si usted está preocupado por mejorar la situación económica, definitivamente es la más importante. Las otras ciencias son también valiosas por otros aspectos, por ejemplo, en los asuntos sociales. Yo también soy profesor de sociología y siento que es muy útil entender las relaciones sociales entre las personas de diferentes historias y experiencias, características familiares, raciales; si son personas inmigrantes o nativos, si han crecido en pequeñas ciudades o en grandes. Todas estas cuestiones son importantes para entender cómo mejorar la economía. Yo pienso que la misma aproximación puede ser usada en todos esos campos. Yo he tratado de dar una más amplia definición de la economía e incorporar cuestiones sociales también.

Pasemos al tema que usted llama "el capital humano". ¿Por qué cree usted que los países no hacen la suficiente inversión en él?

G.B.: Generalmente, es por una mala política de los gobiernos que no estimulan la inversión en capital humano o no recompensan las inversiones en ese campo, pues ponen límites al dinero. Algunos países sí han invertido y permitido que las personas mejor educadas ganen lo suficiente. Otros, como los comunistas, interfieren demasiado y no alientan la inversión. Como resultado, muchos países tienen parte de su población muy pobre y necesitan asistencia para conseguir una mejor educación. En América Latina, por ejemplo, hubo capital físico que fue más importante que el capital humano, a pesar que necesitaban más el segundo.

Posiblemente, algunos países fueron conscientes de eso, pero hubo escasez de recursos...

G.B.: Lo que ocurre es que si se va a requerir subsidios del gobierno para inversiones en capital humano, siempre existirá una competencia de diferentes grupos para conseguir dicho subsidio. Lo malo es que algunos grupos tratarán de conseguir el

subsidio a expensas del capital humano. Entonces, el gobierno se ve expuesto a presiones para gastar el dinero de una manera y no de otra. Nosotros sabemos que en muchos países, los gobiernos no gastan dinero siempre de la mejor manera, y en muchos países, la presión para subsidiar el crédito o para subsidiar la agricultura o para subsidiar algunos negocios ha perjudicado la capacidad de inversión en capital humano.

Hace un momento hablamos sobre el sentido común. ¿Pero qué hay respecto de los economistas, es decir, están haciendo un buen trabajo usando el sentido común para resolver los problemas económicos?

G.B.: Algunas veces; aunque deberían usarlo siempre, pues el sentido común es sólo el primer paso en la solución de un problema. Todo lo que yo he estado diciendo ha sido por sentido común. Yo no tendría que haber conseguido mi Ph.D. en economía para hacerlo. Cuando yo digo que mi economía es la economía del sentido común, quiero decir que es de allí de donde yo empiezo. De ninguna manera es donde yo termino. Para terminar, usted tiene que traer más análisis del problema: análisis económico, social, que va mas allá del sentido común. Algunas veces nosotros arribamos a conclusiones que, a menudo, sorprenden al sentido común. Déjeme darle un ejemplo. ¿No le parece sentido común el que debería haber libre mercado? En el libre mercado usted deja a las personas que expresen su libre elección. ¿Y entonces por qué no hay libre mercado si eso es sentido común? En Europa del Este, por cincuenta años, las personas sufrieron de experimentos comunistas que los llevaron a un triste fracaso económico. ¿Por qué ellos hicieron eso? Porque no hubo sentido común y porque fueron mal guiados en su entendimiento de la economía.

¿Cómo aprecia el panorama de la economía mundial, ahora que se forman nuevos bloques económicos y que Japón parece ser el más importante de ellos?

G.B.: En principio, siento que vamos bien. No veo mayor problema. Desde el punto de vista de un ciudadano norteamericano, a mí me agrada que Japón sea una nación fuerte. Si nosotros negociamos con ellos, habrá buena competencia en los negocios americanos. Nosotros, economistas, debemos estar preocupados por el bienestar del consumidor, y si él puede comprar un Toyota que es mejor que un General Motors, está en el derecho de hacerlo. El estará en mejor condición de comprar un mejor carro.

Los japoneses son muy buenos produciendo carros y nosotros somos mejores produciendo aviones.

Yo pienso que la competencia en todos los países es buena, siempre y cuando se conserve un intercambio más abierto y no se impida el ingreso de productos de otros países que compitan con los productos domésticos. Yo pienso que todos los países se van a beneficiar del comercio mundial. Si Japón es fuerte, o Taiwán es fuerte, eso no lo hará a usted peor sino mejor. Eso hará que los negocios americanos mejoren, porque aquellos que aquí sobrevivan serán más eficientes. Así que ya no estoy preocupado acerca de los cambios, siempre y cuando los gobiernos mantengan sus manos fuera de la producción y no traten de proteger sus industrias domésticas.

¿Usted piensa entonces que Estados Unidos sí podrá competir en igualdad de condiciones con Japón?

G.B.: Yo no soy una de esas personas que creen que los Estados Unidos no puede competir con Japón o Alemania. Nosotros estamos ya haciendo eso. Nosotros somos mucho más productivos que ellos en muchos productos. Quizás no en automóviles, no en productos eléctricos, pero yo le puedo dar una lista de productos que vendemos a través del mundo y con los cuales los japoneses no pueden competir con nosotros. Yo espero ver más comercio con México y espero que muchos más países latinoamericanos sean capaces de hacer también eso. Esa es la única cosa que a mí me preocupa. El hecho que Estados Unidos y Japón sean fuertes ayudará a que América Latina progrese.

Una última pregunta sobre los organismos multilaterales -BID, Banco Mundial y FMI. ¿Usted cree que ellos también deberían cambiar su rol de la misma manera que la economía cambia?

G.B.: Yo creo que ellos también deben cambiar. Estoy en contra de cualquier programa de préstamo de largo plazo que viene de esas organizaciones. Ellos no deberían estar en el mercado de los préstamos sino tener un rol mucho más pequeño; por ejemplo, el de promocionar el comercio entre las naciones.

En el pasado ellos acostumbraron a dar mal asesoramiento y es por eso que son responsables por algunas dificultades que los países han experimentado. Yo creo que el principal rol, como dije, del Banco Mundial, por ejemplo, debería ser el de promo-

cionar el libre comercio en el mundo, así como un más estable y eficiente sistema de intercambio mo-

netario. Yo estoy en contra de su rol de aconsejar a los países o en prestarles dinero.

EXCELENCIA
EN
CALIDAD



VINOS PERUANOS QUE SE EXPORTAN

La industria vitivinícola moderna parte de un gran principio: La existencia de plantaciones de vid, técnicas, enólogos y maquinarias sofisticadas para la elaboración de vinos finos.

Una de las más importantes empresas vitivinícolas del país es TABERNERO, que cuenta con los mejores viñedos del Perú. Técnicamente cultivados con las variedades más exitosas para producir los mejores vinos del mundo; estos viñedos

sólo pueden ser comparables con los mejores de Europa, los de California, U.S.A., y en América del Sur, con los de Argentina.

Los vinos peruanos de calidad internacional como los de TABERNERO han logrado abrir mercados como los de Chicago, U.S.A. a través de la empresa B y Philippi Imports Inc., Chicago II.; y también al mercado colombiano con la firma Consumares S.A. de Bogotá, y con gran éxito en el mercado inglés, cuyos representantes visitaron los extensos viñedos peruanos de TABERNERO.

Felicitaciones Señores de TABERNERO por los esfuerzos realizados.

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

Entrevista a Guido Calabresi

Guido Calabresi es, desde el año 1985, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale. Siendo uno de los juristas más destacados de los Estados Unidos, el profesor Calabresi encuentra su principal campo de investigación en la Responsabilidad Civil Extracontractual y el Análisis Económico del Derecho. Calabresi es autor de una vasta obra doctrinaria, dentro de la cual destacan las siguientes publicaciones: "The Cost of Accidents", "A Common Law for the Age of Statutes", "Ideals, Beliefs, Attitudes and Law".

A continuación les ofrecemos la entrevista que, en el mes de marzo, el profesor Calabresi gentilmente concediera a THÉMIS.

La presente entrevista fue preparada, realizada y traducida por Enrique Felices Saavedra.

THÉMIS-Revista de Derecho agradece especialmente a los doctores Alfredo Bullard G. y Luis Carlos Rodrigo P. por la valiosa ayuda brindada en la preparación y realización de la entrevista.

Thémis: ¿Cuáles son, desde su punto de vista, las funciones básicas que debe cumplir un sistema de Responsabilidad Civil Extracontractual?

Calabresi: Desde mi punto de vista un sistema de Responsabilidad Civil Extracontractual debe cumplir cuatro funciones básicas.

La primera de ellas debe ser la reducción de la suma que representa el costo de los accidentes y el costo de la seguridad. Para esto se requiere la decisión de ejercer sobre las personas la presión que las induzca a adquirir medios o mecanismos de seguridad que les sean útiles y cuyo costo sea menor que el de no poseerlos. Se necesita también reducir los accidentes.

La segunda función consiste en otorgar la debida compensación a las víctimas de los accidentes, lo cual debe hacerse brindándoles una cobertura similar a la que proporciona, en otro campo, el Seguro Social. Pero este sería un sistema de seguro muy especial, porque además de cubrir los costos del daño causado a las víctimas, debe contar con capacidad para influir de manera efectiva sobre los que desarrollan actividades riesgosas, a fin de que tomen las medidas que permitan reducir dichos costos.

Una tercera función del sistema sería la de moldear las preferencias o hábitos de las personas. Como el Derecho, inevitablemente, forma nuestros valores, ello nos obliga a pensar en términos de la manera en que las leyes sobre Responsabilidad Civil Extracontractual contribuirán a formar nuestros

valores; a pensar en torno a aquellas cosas que hoy consideramos como propias, pero que pasarán al dominio público; y, a reflexionar acerca de aquello que terceras personas tienen realmente el derecho de hacer.

La cuarta función se refiere al objetivo de cumplir las funciones antes detalladas en una forma que no resulte onerosa. La meta sería, por lo tanto, la de reducir los costos administrativos de la prevención de accidentes, del otorgamiento de las compensaciones y del trabajo de moldear los hábitos y preferencias.

El conjunto de todo lo mencionado es lo que llamamos justicia. Por cierto, la justicia es todo eso y mucho más, y por ello el objetivo de las leyes de Responsabilidad Civil Extracontractual es la justicia, pero lo hemos fraccionado aquí en funciones para tener un medio que facilite su mejor análisis.

Thémis: Podría afirmarse, como lo hacen algunos, que el Sistema de Responsabilidad Civil Extracontractual ha fracasado en nuestro país: el Sistema no cumple con compensar a las víctimas ni ayuda a distribuir el riesgo en forma eficiente. Teniendo en cuenta la diversidad de las causas que subyacen a este fracaso ¿Cómo cree usted que debería reconducirse nuestro Sistema de Responsabilidad Civil Extracontractual?

Calabresi: Veamos, todo depende de si se puede obtener o no, un sistema de seguros distinto pero

que proporcione cobertura a la sociedad y tome a su cargo el cuidado de las víctimas de los accidentes. Si se cuenta con ello, será posible concentrarse en un sistema que reduzca el costo de los accidentes. Si, en cambio, nos encontramos en un país donde resulta difícil implantar seguros con esos alcances, será necesario entonces incorporarlo a las leyes sobre Responsabilidad Civil Extracontractual.

Ahora bien, existen otros medios para reducir la suma de los costos que ocasionan los accidentes y de los costos en que se incurre para evitarlos. Esto puede lograrse, por ejemplo, a través de dispositivos de las leyes penales, siempre y cuando estas leyes funcionen realmente en una sociedad específica. No conozco lo suficiente sobre el Perú como para sentirme capaz de dar una opinión en este respecto, pero intuyo que en una sociedad como la peruana puede ser más fácil manejar la compensación por daños que implantar mecanismos de prevención de accidentes que realmente funcionen y que tengan suficiente independencia frente a eventuales presiones del gobierno, ya que esa es la garantía de que los incentivos para la reducción de accidentes funcionarán en la realidad. Frente a este panorama, yo tendería a concentrarme en la primera de las metas; es decir, en lograr la debida compensación por los daños.

Thémis: En relación con lo anterior, y entendiendo que la eficiencia de un Sistema de Responsabilidad Civil Extracontractual depende, tanto de un marco de leyes sustantivas como de los medios que existen para hacer cumplir dichas leyes, ¿Cuál de estos dos factores privilegiaría usted en un período de transición hacia la consecución de la eficiencia de ambos?

Calabresi: Yo me concentraría en cambiar los medios de que se dispone para hacer cumplir la ley, porque pienso que tener leyes cuya aplicación no es factible y a las cuales no se les puede hacer cumplir, es peor que no tener nada.

Yo sé de personas a quienes les agradaría que todas las leyes estuvieran escritas, como declaraciones de ideales, y pienso que en algunas ocasiones eso es algo que produce buenos resultados. Pero no me parece que ése sea el caso de un país como el Perú. Pienso, mas bien, que si existe aunque sea un pequeño número de leyes que no están destinadas a ser cumplidas, sino simplemente a expresar ideales, lo que se obtendrá como resultado es una horrenda cantidad de leyes ineficaces que lo único que harán es llevar al desprestigio a todo el conjunto legal y volver casi impracticable la posibili-

dad de obtener algún avance o logro en el campo del cumplimiento de la ley. Por estas razones yo dedicaría mis primeros esfuerzos a la obtención de un sistema legal que permita aplicar y hacer cumplir las leyes que son realmente importantes.

Thémis: ...y dentro de esto, ¿Cuál sería la función que tendrían que cumplir los seguros?

Calabresi: Bueno, los seguros desempeñan varias funciones de suma importancia. La primera de ellas se origina en que si no hubiese seguros las personas se encontrarían en una situación tal que, si hicieran algún daño por causas que están fuera de su control, ellas tendrían que hacerse cargo de todos los costos que se deriven de ese daño. En esas ocasiones, es muy probable que las personas no estén dispuestas a participar en actividades perfectamente apropiadas, pero acerca de las cuales no se puede afirmar con certeza que no resultarán siendo riesgosas. Por ejemplo, en mi caso particular, si no pudiese tener un seguro yo no manejaría automóviles.

Es evidente que el propósito de los seguros no es, en este caso específico, el de evitar que las personas conduzcan automóviles, sino que lo hagan en vehículos más seguros y en una forma más segura, para lo cual deben establecer ciertas categorías de medición de la capacidad que poseen las personas para conducir automóviles.

Algunas veces se piensa que si no existiesen seguros la prevención de accidentes funcionaría mejor porque las personas se sentirían intimidadas, pero lo cierto es que la prevención basada en el temor no produce buenos resultados. En efecto, la intimidación o la amenaza originan que las personas dejen de realizar actividades útiles para todos por el temor de verse involucradas en algo sobre lo cual no tienen control.

Lo que hacen los seguros es permitir que cada uno de nosotros se ubique en categorías de riesgo para cuyo valor somos merecedores de confianza. Y en ese sentido posibilitan y simplifican tanto la compensación - porque habrá un fondo disponible para atender las compensaciones - como la prevención de accidentes.

Sin seguros no puede existir un sistema de Responsabilidad Civil Extracontractual capaz de cumplir las funciones acerca de las cuales hemos hablado durante esta conversación. Si no se cuenta con seguros, lo más probable es que se deba tener un sistema parecido al de la seguridad social, pero des-

tinado a proporcionar compensaciones a las víctimas de los accidentes. Este sistema, que a su vez sería parte del sistema general de bienestar de la nación tendría que establecer escalas de multas que sean lo suficientemente elevadas como para poder sostener el sistema e incentivar a las personas a actuar más cuidadosamente, pero que no sean tan altas que inhiban a la gente de actuar o, por ejemplo, de conducir automóviles. Pienso que éste es un enfoque distinto del que hemos estado comentando, pero no creo que en ningún caso pueda producir resultados mejores o más efectivos que los pueden obtener con un sistema bien implantado de Responsabilidad Civil Extracontractual, y dotado de seguros.

Thémis: El mercado de seguros en el Perú es, por decirlo de alguna manera, bastante reducido; ni aun la utilización de los seguros para vehículos es muy difundida. ¿Incentivaría usted el uso de los seguros en un país como el Perú?

Calabresi: Yo haría obligatorio el seguro para conductores de vehículos, por varias razones. La primera de ellas es que con ello se crearía un mercado que, al no estar limitado a las empresas locales, puede atraer capitales del exterior. Una segunda razón es que la existencia de estos seguros contribuiría automáticamente a elevar el nivel que tienen actualmente las compensaciones por daños. Anteriormente, en esta conversación, me han informado que la mayor parte de estas compensaciones se pactan en el Perú informalmente y por montos muy bajos. La explicación de esto es que si la gente tuviese que pagar montos que representasen una compensación real, las personas no aseguradas quedarían totalmente marginadas de la posibilidad de conducir vehículos, y eso no estaría bien. Por este motivo y por el anterior, creo que la llegada de los seguros podría proporcionar un tipo de máquina que impulse realmente el sistema de Responsabilidad Civil Extracontractual en una buena dirección.

Thémis: Lo que usted dice es muy interesante pues, precisamente, en el proyecto de reforma que precedió a la dación de nuestro actual Código Civil se presentó una propuesta para que los seguros fueran obligatorios. Quienes se opusieron fueron, curiosamente, las compañías de seguros...

Calabresi: Ello se debió, seguramente a que tenían temor a la regulación y, también, a la competencia extranjera. Yo estoy seguro que las compañías de seguros en el Perú son un grupo pequeño que se sentiría bastante más cómodo si pudiese continuar

con su mercado actual y no se les pidiese mucho más. En estas condiciones, es muy probable que con la apertura de los mercados estas compañías se vean sobrepasadas, especialmente si incursionan en el Perú compañías de otros países.

Thémis: La responsabilidad por productos defectuosos -y la protección al consumidor que en ella subyace- ha adquirido en los Estados Unidos una particular importancia. En nuestro país, en cambio, pensar en un sistema similar aparece como poco probable. Esto debido, entre otras cosas, a que la actividad comercial es desarrollada principalmente por agentes informales. En su opinión, ¿Podría funcionar un sistema de responsabilidad por productos defectuosos en el Perú, a pesar de las condiciones mencionadas?

Calabresi: En este campo hay un problema serio, porque cuando el comercio legítimo se convierte en algo extraordinariamente costoso, la gente comienza a evadirlo y se crea un mercado informal que opera bastante bien, pero a partir de allí se pierde la capacidad de establecer cuales son las obligaciones de unos respecto de los otros. Esto es algo que necesariamente tiene que ser corregido.

En este caso nos vemos confrontados una vez más, a la noción de la ley como declaración de ideales. Pese a que las leyes expresan toda la variedad de requerimientos ideales sin los cuales una persona no puede dedicarse al comercio, en la práctica nadie se preocupa por cumplirlas y sólo se logra de ellas algo que está completamente fuera del sistema legal.

Ahora bien, implementar un sistema de responsabilidad por productos como el nuestro es algo muy difícil. Este sistema implica que si alguien resulta lesionado tiene la posibilidad de demandar a las personas de quienes adquirió los productos, aun en el caso de haber efectuado la compra al margen del sistema legal, y por otro lado, otorgar una amnistía al demandante -o sea a la persona damnificada- de tal manera que no tenga la necesidad de preocuparse por una eventual penalidad. Este procedimiento pondría una doble presión sobre el demandado porque mientras él se encuentra incurso, de improviso, en una acción delictiva la otra parte está protegida y además lo puede demandar. El único problema que habría en este caso es que se crearía una auténtica crisis ya que una de las pocas cosas que funcionaría dentro del sistema sería la economía informal. Por lo tanto, si la crisis ocasiona un derrumbe total no se logrará una situación mejor a la anterior. En cambio,

si con la crisis se logra eliminar algunas torpes trabas para la obtención de licencias se habrá obtenido varias cosas: facilitar que se demande al vendedor y amnistiar a quien efectuó la compra y, además volver más razonable el otorgamiento de licencias. Se puede decir, entonces, que se ha conseguido algo.

Thémis: Cambiando de tema y teniendo en cuenta la diversidad religiosa existente tanto en los Estados Unidos como en nuestro país, ¿Cree usted que la Responsabilidad Civil Extracontractual debería tomar en cuenta las creencias religiosas de las personas como elemento de análisis, por ejemplo, para determinar la negligencia de los sujetos?

Calabresi: Bueno, ese es un tema muy importante en un país tan diverso como los EEUU, porque el comportamiento de las personas está influenciado, evidentemente, por sus creencias religiosas.

Pero, sobre este aspecto la pregunta central es la siguiente: ¿Hasta qué punto podemos imputar responsabilidad a una persona que causa un daño como resultado de un comportamiento que -aunque podría aparecer absurdo, y nada razonable, si fuéramos Ud. o yo quienes lo realizáramos- es consecuencia de sus creencias religiosas?

Lo que ha sucedido en los EEUU es que se ha llegado a una suerte de compromiso, tal vez un tanto gracioso, para los casos en los que la conducta de los individuos se vea determinada por sus creencias religiosas. En este sentido, si una persona recibe un daño como producto del actuar poco razonable de otro, es muy posible que las Cortes y Jurados tiendan a obviar cualquier consideración en torno a la influencia de las creencias religiosas en el comportamiento de la víctima; resarciéndola en función al actuar del causante del daño.

Por el contrario si alguien causa un daño a otro como resultado de sus propias creencias religiosas, las Cortes dirán que éste es responsable.

Así, entonces, se da un tratamiento diferenciado, dependiendo de quién sea la víctima o el causante, debido a que nos encontramos profundamente divididos en el tema. Nosotros no queremos que algún inocente sufra como consecuencia de las íntimas creencias de otros; es por ello que concedemos indemnizaciones. Pero a nosotros tampoco nos interesa desproteger esas íntimas creencias; por ello les concedemos reparaciones aún cuando la otra persona haya sufrido un daño.

En un país como el Perú, y en la medida en que existe una religión que goza del respaldo del Estado -al menos en la práctica-, resulta mucho menos probable que se protejan creencias distintas a esta religión.

Thémis: Hay quienes sostienen que los partidarios del análisis económico del Derecho han tendido a exagerar sobre los alcances y la relevancia de su enfoque; y que han pretendido aglutinar fenómenos de la más diversa índole dentro de simples formulaciones reduccionistas. ¿Qué piensa usted al respecto?

Calabresi: Este ha sido, ciertamente un peligro en nuestro país y, cabe reconocer, que la escuela de Chicago ha tendido a hacer eso. Por lo que a mí respecta, siempre he tratado de entender al análisis económico del Derecho como una de las muchas posibles vistas de la Catedral.

Creo que el análisis económico del Derecho es realmente útil y tiende a serlo aún más, conforme se va alejando de los parámetros de la economía tradicional y clásica; conforme adopta en su elaboración criterios de distribución, los que implican que se moldeen los hábitos o preferencias de las personas.

Es ridículo pensar que todas las ramas del Derecho compartan como objetivo común la consecución de un logro económico; y aún más, el pensar que lo único que concierne al Derecho es la búsqueda de una potencial eficiencia.

Por otro lado, es también absurdo pensar que el Derecho -incluso en materias que se encuentran tan alejadas como el Derecho de Familia,- no se interesa en evitar que se desperdicien recursos. Así, vemos que hay siempre presente un elemento económico en áreas como la anteriormente mencionada que, tradicionalmente, han estado muy distantes de lo que pueden ser el Derecho Tributario o el Derecho Comercial.

Sin embargo, mientras más nos alejemos, más tendremos que introducir -en forma relativamente rigurosa- algunas variables no económicas. Esto es lo que yo trato de hacer en mi propio trabajo, en contra de lo que hace gente como Richard Posner. Por ello mi trabajo tiende a ser menos formalista, menos reduccionista y, por lo tanto, más difícil. Una persona no puede simplemente introducir todos los ingredientes dentro de una máquina y producir un embutido, que es lo que a veces le sucede a Richard Posner: sin importar lo que sea, todo entra a una máquina como un mismo ingrediente y sale trans-

formado en un mismo embudo. Uno debe ser mucho más honesto.

Lo difícil en este caso es que muchos abogados-economistas preferirían ser realmente economistas tradicionales, olvidando que hay una buena razón para que el análisis económico del Derecho sea distinto a la economía.

Thémis: ¿Qué futuro ve usted en el análisis económico del Derecho?

Calabresi: Creo que van a suceder dos cosas que ya hoy están aconteciendo en los EEUU. En un nivel académico, aquéllos llamados abogados-economistas tenderán a dedicarse a una tarea de reduccionismo y formalización. Esto, debido a que les hace más fácil producir más, y obtener nombramientos y accesos a plazas de trabajo en forma más rápida.

En un sentido, este análisis ha sido aplicado por el legislativo, las cortes y los abogados. Estos tienden a ver más el lado del análisis económico del Derecho que cualquier otro enfoque. Sería realmente interesante y útil que quienes critiquen este enfoque reduccionista sean los mismos abogados-economistas, para que pudieran decir "conocemos el juego, sabemos como jugarlo y lo hacemos tan bien como ellos pero, francamente, no creemos en él".

Creo, sin embargo que un gran número de los académicos serán más proclives a tener a la escuela de Chicago en mente; y yo no estoy necesariamente en contra.

Thémis: En relación con la pregunta anterior, ¿cómo ve usted el desarrollo de corrientes jurídicas alternativas como el "Critical Legal Studies" o el "Law & Feminism"? ¿Cree que ésta última -muy difundida actualmente- ha sobrepasado en alguna medida a las otras dos?

Calabresi: No, aunque en cierta medida podría comprender que alguien lo pueda sostener. Lo que sucede, es que hoy las más grandes contribuciones al análisis económico del Derecho ya han sido hechas. En este momento la gente se dedica a "digerir" los aspectos más importantes del tema, completando los pequeños detalles y realizando aportes que podrían calificarse como de segundo y tercer nivel. Esto es muy útil, pero no es la clase de "pintado de brocha gorda" que se hacía cuando yo comenzaba, y que posiblemente se haga dentro de un tiempo.

Ahora bien, esto no quiere decir que actualmente

exista menos gente dedicada al estudio del análisis económico del Derecho. Por el contrario, aunque en las nuevas generaciones son muchos los dedicados al tema, son muy pocos los aportes realmente importantes que recientemente se han hecho. Si se ven los nombramientos hechos para la Facultad de Derecho de Yale de gente que se encuentra entre sus 40's y sus 50's, podrá apreciarse que tienen un profundo conocimiento del análisis económico, debido en parte, a que ellos mismos contribuyeron en la formación de este enfoque. Si por el contrario, se ven los nombramientos hechos a gente que bordea los 30's, se verá que no tienen un conocimiento tan profundo como los anteriores; y, esto no se debe a que tengan prejuicios en algún sentido, sino que simplemente habiéndose agotado muchos de los temas a investigar, la materia resulta siendo menos interesante.

El "Critical Legal Studies", por su parte, ha tenido una vida bastante más corta y en cierta medida menos interesante; aunque no podemos dejar de reconocer que fue muy útil. Sus concepciones podrían ser agrupadas de dos formas: la primera de ellas correspondiente al realismo jurídico -que en mi opinión necesita ser replanteada cada una o dos generaciones- y eso estaba bien, pero el problema con esa perspectiva era que una vez planteada y aceptada, no había mucho más por hacer con ella. Es por ello que el "Critical Legal Studies" tuvo mucho más arraigo en Harvard que en Yale, y explica el por qué quienes lo llevaron a Harvard eran graduados de Yale, pues en ese tiempo la Facultad de Derecho de Yale aún permanecía abierta al realismo jurídico. Esto explica también por qué cuando la gente de Harvard viene a Yale a difundir las concepciones del "Critical Legal Studies" la respuesta que obtienen es la de "¡pero por supuesto, eso lo damos por descontado!"

La segunda forma en la que pueden ser agrupadas sus concepciones está relacionada con la importancia que tiene en la formación de los valores de las preferencias y del rol que tiene el Derecho en la formación de ideales. Estos fueron objetivos genuinos del "Critical Legal Studies" pero, lamentablemente, la falta de herramientas necesarias de sus partidarios impidieron su mayor difusión.

Abundando en el tema de "Law & Feminism", lo considero un movimiento muy importante, y está aún en sus etapas de gestación, -cuando aún se está pintando con la brocha gorda- y por ello es más interesante. ¿Qué sucederá finalmente con él? Es difícil decir. Es un error considerarlo como un enfoque básicamente nuevo en su acercamiento.

He dado una conferencia, y si tengo tiempo la escribiré en este verano, en la que afirmo que han existido cuatro maneras básicas de acercarse al Derecho que han sido dominantes en los Estados Unidos, al menos en este siglo y probablemente en el anterior. El primero es el "formalismo" o "doctrinalismo" por el cual la ley y la ciencia jurídica deben preocuparse sólo en ser consistentes, coherentes. No necesitamos preocuparnos de las reglas provenientes del pasado ni de los valores de los cuales provienen; todo lo que debemos hacer es racionalizarlas. Esa fue la tendencia dominante en muchos sistemas legales europeos y sospecho que probablemente es la figura más dominante en el Perú.

Como una reacción a ello surgieron los diversos movimientos "Law &..." Dichos movimientos quisieron encontrar valores fuera de la estructura legal, por lo que los buscaron en la economía, la filosofía o en la psicología; cómo acercarse al análisis depende de si se está haciendo desde la economía o desde la psicología, y si uno se aproxima desde la economía dependerá de si se hace al estilo Chicago, de Yale, etc. Todos ellos difieren uno de los otros; sin embargo se encuentran más cercanos entre sí que al "formalismo".

La tercera manera de acercarse al Derecho, que su vez surgió como una especie de reacción contra "Law and...", es la que se conoce como el "Legal Process Movement". Este movimiento no se preocupó tanto en definir la sustancia de la ley como en establecer quién era quien debía decidir. ¿Quién debería tomar las decisiones? ¿Debería ser acaso, la legislatura, la ley o los agentes administrativos? Ello implica que la ley y la ciencia jurídica deberían enfocar en quién debe decidir más que en cuál debe ser la respuesta. De esta forma la ley debe ser autónoma, pues no depende de valores externos o de doctrinalismo.

La cuarta manera de aproximarse a la ley es lo que yo llamo "Law and Status". Utiliza cada uno de los movimientos anteriores pero siempre está preguntándose cómo afecta la ley a un grupo en particular. Doctrinariamente se puede afirmar que la ley es de una forma determinada, pero observándola desde la perspectiva particular de un grupo, puede resultar muy diferente. Históricamente "Law and Status", ha estado relacionado con la ley y la élite en el siglo XIX.

En ese entonces podía verse cómo la Ley realmente afectaba a los elegidos con prescindencia de los demás.

En el presente siglo, el "Law and Status" se vio reflejado -en especial durante el período del "New Deal"- en materias relacionadas con el "Law and Labor"; no necesariamente "Ley y los pobres", sino más bien en lo referente a la relación de la ley con el movimiento laboral o los sindicatos. La pregunta que se hacía era ¿cómo afecta la ley a todo esto? Mucho de lo escrito durante el "New Deal" con los estudiosos de la Ciencia Jurídica enfocó esta temática.

En los Estados Unidos el movimiento más importante de esta naturaleza -el cual aún es de suma importancia- es "Law and Race". El breve período de "Law and Poverty", durante la administración de Johnson, bastante breve, se basó en el estudio de cómo la ley afecta al pobre y no cómo la ley afecta al trabajo ni cómo la ley afecta a los grupos raciales o a los grupos étnicos.

Hoy en día existen dos movimientos de gran significancia. Uno de ellos de bases más amplias que el otro que se interrelaciona con otras disciplinas, pero ambos sumamente interesantes: "Law & Sexual Orientation" y "Law & Feminism".

Digo todo esto porque de otra forma uno tiende a pensar que el Análisis Económico del Derecho está totalmente desvinculado a todo lo demás. En realidad, se trata de una sub-especie del nuevo "Legal Process", al igual que "Law and Feminism". Se trata de una nueva perspectiva, al igual que el Análisis Económico del Derecho es una nueva perspectiva, pero en una categoría en particular.

En la Conferencia que yo dí, que quieren muchísimo que publique, alguien me preguntó, sobre cómo cada una de estas formas de aproximarse responderían a la pregunta de si somos propietarios de nuestro cuerpo, ¿es tu riñón realmente tuyo o es de la persona que lo necesita?, ¿es tuya tu médula espinal o de la persona que la necesita? ¿Cómo enfocaría un formalista este tema? ¿Cuáles serían las diferencias? Resulta que van todas en gran medida hacia una misma dirección. El liberal considerará que la persona que lo tiene el órgano es su propietario, pero esto no es siempre cierto.

¿Qué opinarían los "Law & ..."? Claro, dependería de cuál "Law and..." el abogado economista de la Escuela de Chicago inmediatamente preguntaría sobre la eficiencia: ¿quién cuidaría mejor mi riñón, tú o yo?, ¿hay demasiados riñones?, tenemos demasiadas médulas espinales?, ¿cuál sería la respuesta apropiada?. La Escuela de Yale, de

inmediato preguntaría, cuál sería el efecto de ello en la distribución del riesgo y una serie de otras preguntas que son un poco más complicadas. Ellos dirían que no es sólo una cuestión de si yo cuidaría del mío, sino quizá, que yo sería menos cuidadoso con mi riñón si supiera que puedo conseguir uno nuevo. Pero si por algún motivo yo requiero cuidar de mi corazón o de mi riñón, sabiendo que no puedo conseguir uno nuevo, entonces quizá, no necesitaríamos preocuparnos por ello.

La versión del Análisis Económico del Derecho desde el punto de vista del Critical Legal Studies" se preguntaría ¿cuál es el efecto en la formación de valores?. Si la persona que lo necesita, lo posee, tenderá a actuar más como una familia, lugar donde las personas tienden más a donar sus órganos. Si en vez de ello uno pretende ser dueño de su órgano tenderá a ser más individualista, más liberal, y todo ello tiene sus consecuencias. Todas son formas de ver el Análisis Económico del Derecho, el cual integra el movimiento "Law &..." pero nótese cuán diferente es este enfoque del formalista. Luego observemos el fenómeno en los términos de un filósofo de Derecho, preguntas muy distintas, fuentes de valor muy distintas de las de un Abogado Economista, y sin embargo diferentes entre sí mismas; un kantiano, un marxista, o un cristiano lo observan todo muy diferente. Cada enfoque filosófico del "Law &..." es diferente uno del otro y de otra manera diferente del Análisis Económico y sin embargo forman todos parte de la misma especie en relación al formalismo.

La Escuela del "Law and Legal Process" preguntaría si este tipo de asunto es altamente técnico para que entonces sea un agente administrativo quien decida, o si esta pregunta o el asunto envuelve discriminación (de tal forma que una legislatura es menos buena que la Corte), o si la cuestión analizada refleja una intensidad de sentimientos muy importante donde habrían negociaciones e intereses (Yo te doy para esto si tú me das para esto otro) o si es de tal naturaleza que la intensidad de los sentimientos no importa, por lo que un jurado sería un mejor representante de los puntos de vista del pueblo. Observe cuán similares son entre sí y al mismo tiempo cuán diferentes unas de otras, y qué diferentes son de las preguntas del "Law & ..." ¿Dónde es que la ley establece algo?, el "Law & Status" interviene, se hace todas estas preguntas y piensa, bueno quizá desde el punto de vista formalista la persona que tiene el órgano es propietaria de él, pero desde el momento en que empiezas a pensar en los términos de "Law and Race" uno de inmediato piensa en esclavitud. Bajo la esclavitud de ninguna manera era la persona que tenía el

órgano la propietaria de éste. Tanto la parte sexual como física de los cuerpos de los esclavos pertenecían al amo.

"Law and Feminism" diría que los hombres son propietarios de su cuerpo pero las mujeres no. La ley prohíbe el aborto, los hombres no están obligados a donar sus órganos, pero las mujeres sí para ayudar a otras personas. Leyes que establecían que no podía haber violación de la libertad sexual dentro del matrimonio; leyes que compensaban los daños que una mujer pudiera haber sufrido por parte del marido, todas estas formas de decir que la mujer no era propietaria de su cuerpo desde un punto de vista formalista.

Yo llamo este estudio una "Introducción a la ley" porque ayuda a aquel que está recién ingresado a las leyes y que escucha todos estos diferentes movimientos, para que pueda ordenarlos y comprenderlos.

Thémis: Algunos estudiosos del Análisis Económico del Derecho - entre ellos Thomas Uten - han señalado que la eficiencia es un objetivo social secundario, siendo la justicia el primario; pero entendiendo a la justicia como aquella que se obtiene como resultado de una primera distribución de bienes, servicios y derechos. Ellos mismos afirman que el análisis económico no puede manejar problemas relacionados con esa primera distribución, (por ejemplo, la elaboración de una Constitución).

Teniendo en cuenta que nuestro país atraviesa un período de reforma constitucional ¿cuánto puede decir el análisis económico sobre materias constitucionales y, en especial, sobre la elaboración de una nueva Constitución?

Calabresi: Considero que existen dos problemas con esa posición, el primero es que separa la justicia de la eficiencia y ese es un error. Yo trabajé mucho en 'The Cost of Accidents' para evitar ese error, y creo que lo logré, aunque algunas personas se han confundido. Actúan como si la justicia estuviera separada de varios componentes que la forman: La justicia es una cosa entera, es un paraguas que cubre todo. Evitar el gasto, hacer que los costos sean soportados por quienes deben hacerlo porque crea los incentivos correctos, todo eso es parte de la justicia. Se evalúa tanto la eficiencia haciéndolo parecer pura elaboración técnica se devalúa la justicia diciendo que la eficiencia no forma parte de ella, porque se están concibiendo ambas como cosas separadas, independientes. En cuanto a lo que a mí concierne hay preguntas sobre la distribución y hay

preguntas sobre la eficiencia, y hay preguntas sobre la formación de valores y un sinnúmero de preguntas más; pero la justicia es todas ellas. La justicia no se puede tomar tan a la ligera, lo importante es trabajar con ella y luego con todos los pequeños aspectos, vinculados a ésta.

El segundo problema es que yo creo que es un error -y a pesar de que no he trabajado el tema por completo, pero sin embargo creo que sí se puede demostrar, y menciono algo de esto en un apunte a pie de página en un artículo mío, publicado en el "Yale Law Review", que es probablemente tan importante como cualquier otra cosa en el artículo, pero que fue sólo un pie de página que aún no desarrollo,- el que muchos economistas y muchos abogados economistas actúan como si se pudiese dejar solucionado el problema de la distribución desde un punto de vista macro, ¿cuáles son los puntos de partida?, y ¿quién debe de tener qué?, y luego de haberse establecido esto sólo tratar la eficiencia. Esta es la posición de Friedman, de Polinsky y de tantos otros. En la práctica lo que resulta es que los economistas dicen: como no tenemos nada que decir al respecto no podemos ignorar y actuar como si la actual distribución fuera la correcta cuando todos sabemos que no la es. Y así se dieron resultados que sólo tendrían sentido si la actual distribución fuera la correcta. Esto es en realidad es un absurdo, dado que aunque la distribución no es la ideal actúan como si en realidad lo fuera, lo cual es doblemente tonto. Pienso yo. Pero lo que es más serio y de lo que trata este pie de página, es que yo no creo que el momento para determinar los puntos de partida y de distribución pueda hacerse sólo a un nivel macro. Nosotros no sabemos que es lo apropiado en términos de distribución, sino en tanto trabajemos con un caso concreto. Quizá nosotros no queremos que la legislatura, o que una Asamblea Constituyente solucione todos los problemas de distribución, quizá no sean buenos en eso desde el punto de vista del "Legal Process", quizá nosotros queremos que un Jurado sea el que solucione este problema o alguien que esté mucho más dentro del contexto que decida entre tú y yo. Aún en un terreno de distribución la noción de que los temas de distribución deben ser automáticamente decididos por aquéllos que están haciendo la Constitución. Resulta ser un proceso legal que no tiene base, o al menos una base probada. Quizá el tipo de co-

nocimiento que el compañero o los compañeros de uno pueden tener y tienen son mejores, ya que el contexto otorga una mayor información. Lo cierto es que si uno piensa al respecto esto resulta siendo bastante abstracto, nunca se logrará establecer que uno deba obtener algo de otra persona sólo porque uno fue bueno y el otro fue malo, porque si se está trabajando en nivel general, en este nivel general uno no sabe lo que es bueno y lo que es malo. Eso tan sólo puede ser decidido por el contexto. Lo interesante es que desde el punto de vista de Milton Friedman y de las personas que hablan así, se cuestionaría la idea de no decidir en términos de lo que es bueno y lo que es malo, pero se olvidan de todo ello cuando elaboran su gran teoría y supongo que es el mismo problema en este caso. Esto de ninguna manera significa que uno no pueda hacer algunos importantes juzgamientos sobre distribución a un nivel constitucional y a un nivel macro, pero sentir que una vez hecho esto se ha solucionado el problema de la distribución es no comprender fundamentalmente cuál es el problema de la distribución. También resulta ser mala economía porque muchas veces resulta más barato hacer la distribución que uno desea a un nivel contextual individual que a un nivel mayor porque los impuestos también cuestan dinero y la distribución cuesta dinero y tiene efectos en la eficiencia. Si en vez de ello, en un nivel específico de la Responsabilidad Civil Extracontractual por ejemplo, quiero ser capaz de demostrar que un sistema de seguro de primera persona, en que las personas se autoaseguran y aseguran a sus pasajeros, es tan eficiente como un sistema de tercera persona en el cual uno se asegura contra el daño que le pueda causar a otra persona; de tal forma que desde un punto de vista de la eficiencia ambos fueran similares, pero que un sistema de primera persona pudiera ser más justo en términos de distribución porque hace a aquéllos que pueden pagar más, efectivamente pagar más y los que pueden pagar menos, efectivamente pagar menos, -Entonces una decisión de contexto específica de la Responsabilidad Extracontractual que optaría por poner el peso en el sistema de primera persona y no en el de tercera persona sería la manera más eficiente de lograr la redistribución; algo que no se puede hacer a nivel macro. Y si alguna vez dejo de ser Decano y no me pongo a hacer otra cosa me voy a dedicar a escribir porque hay muchas cosas sobre las que deseo escribir.

Entrevista a Alan M. Dershowitz

Alan M. Dershowitz nacido en Brooklyn, N.Y. en 1939 es hoy, sin lugar a dudas, el abogado más célebre de los E.E.U.U., así como uno de los más brillantes.

En 1962 Dershowitz se graduó de abogado en la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale, obteniendo las más altas calificaciones. A los 28 años fue nombrado profesor principal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, convirtiéndose así en el profesor más joven en la historia de dicha Facultad.

El profesor Dershowitz ha alcanzado renombre internacional por haber asumido la defensa penal de muchas celebridades. Entre ellas podemos contar a Claus Von Bülow, Leona Helmsley y, últimamente, al boxeador Mike Tyson.

Abogado exitoso y controvertido, Alan M. Dershowitz, recibió a THEMIS-Revista de Derecho en su casa de Cambridge, Massachusetts. Producto del tiempo que nos brindó es la entrevista que a continuación les ofrecemos.

La presente entrevista fue preparada y realizada por Enrique Felices Saavedra. La traducción de la misma estuvo a cargo de Patricia Codina Fiocco.

Thémis: Muchas veces se ha señalado al Perú como un país en el cual los derechos humanos son violados en forma sistemática (en prisiones, en el trato a terroristas y narcotraficantes, etc.). Usted, como reconocido defensor de los derechos humanos, ¿qué opina sobre la situación de éstos en América Latina y en particular en el Perú?

A.M.D.: Estoy muy afligido por la situación de los derechos humanos en todo el mundo. En las últimas décadas América del Sur ha tenido una historia particularmente inquietante con respecto a estos. El aspecto más negativo de la violación de los derechos humanos es que ha sido tolerada por una amplia gama de gobiernos, fuerzas armadas y público en general. No parece haber una gran protesta por parte de las masas contra las violaciones de los derechos humanos, lo cual es muy peligroso porque ese es el mecanismo para eliminarlas.

Las pocas personas valientes de la prensa que han denunciado violaciones lo han hecho poniendo en gran riesgo sus vidas y su seguridad. Entonces lo que me preocupa es que las violaciones de los derechos humanos en Sudamérica aparecen menos notorias que en otras partes del mundo. Preferiría limitarme a hablar de Latinoamérica en general sin incidir en algún país en particular.

Thémis: ¿Cuáles son, desde su punto de vista, los mecanismos necesarios para eliminar las violaciones a los derechos humanos?

A.M.D.: Los mecanismos más importantes son, en primer lugar, la libertad de prensa; en segundo lugar, un electorado que no se sienta amenazado si protesta contra estas violaciones. Entiendo que en América del Sur la Iglesia también es un mecanismo potencialmente importante para luchar contra las violaciones a los derechos humanos, y que ésta en los últimos años tiene una mayor sensibilidad con respecto al tema que en años anteriores. Finalmente, la Comunidad Internacional debe tomar un mayor interés en cuanto a la violación de los derechos humanos en esa parte del continente. Creo que ésta ha tendido a enfocar el tema desde una perspectiva mayormente política: Si está en desacuerdo con el gobierno que ocupa el poder estará más dispuesta a mirar con lupa la cuestión de los derechos humanos; pero, si por el contrario, el gobierno de turno es visto con buenos ojos, el interés será significativamente menor.

Thémis: Creemos que los norteamericanos y los latinoamericanos tenemos diferentes puntos de vista sobre los derechos humanos relacionados con el terrorismo. Sentimos que en EEUU y Europa los grupos terroristas como Sendero Luminoso por ejemplo, no son vistos como grupos subversivos sino como movimientos de guerrilla con cierto matiz de romanticismo...

A.M.D.: Creo que algo de cierto hay en eso. Nosotros en E.E.U.U. somos afortunados porque no hemos sido víctimas del terrorismo¹. El terrorismo mayor-

mente se ha mantenido lejos de nuestras costas y opino que muchos norteamericanos son insensibles a la forma en la cual el terrorismo viola, de manera fundamental, los derechos humanos. Creo que es importante ser sensibles a la lucha que los gobiernos libran contra el terrorismo, siempre y cuando esto no sea una excusa para perseguir a grupos políticos, como sucede a menudo.

Thémis: En su libro “The Best Defense” (“La Mejor Defensa”), usted alude a cierto conjunto de reglas a las que denomina “Las reglas del juego de la justicia” y que gobiernan los procedimientos judiciales en su país; y cuya existencia usted ha podido comprobar a través de su ejercicio profesional. La Regla Tercera ahí descrita dice lo siguiente: “Es más fácil condenar a acusados culpables violando la Constitución que respetándola; y es más, en algunos casos es imposible condenarlos sin violarla”. ¿Buscan esta serie de reglas -en especial la Tercera- reflejar una crisis en lo referente a los Derechos Civiles?

A.M.D.: Bueno, lo que menciono allí es una ironía. En realidad no creo eso, incluso estoy radicalmente en contra de ese enfoque...

Thémis: Sí, pero, ¿puede decirse que el sistema apoya esto?

A.M.D.: Yo critico al sistema que lo apoya. A lo que apunto con ello es que así piensan los policías y además lo utilizan como justificación para violar los Derechos Civiles y la Constitución. Creo que al fin y al cabo los Derechos Civiles y Constitucionales son más importantes que el poder condenar a los culpables.

Thémis: Hay dos temas, de particular importancia para mi país, que quisiera tratar con usted ya que están relacionados con la formulación de nuestra nueva Constitución y además porque sé que usted los discute en sus clases. El primero es el aborto: ¿se considera usted “Pro-Vida” o “Pro-Elección”?

A.M.D.: Yo me considero “Pro-Elección” pero no estoy a favor del aborto. Critico el hecho que la Corte Suprema esté involucrada en el tema del aborto. En otras palabras me gustaría que se plasme el derecho de la mujer a elegir de manera legislativa y no constitucional. Creo que es una cuestión puramente moral y religiosa que todos debemos decidir por nuestra cuenta. No estoy a favor del aborto, pero sí de poder elegir.

Thémis: Se lo preguntaba porque en el Perú el aborto está prohibido y mucha gente sostiene que esto ocasiona muertes que podrían evitarse, ya que el hecho que esté prohibido no significa que no se practique.

A.M.D.: Bueno, esto implica varias cosas. Primero, cuando se prohíbe el aborto se denigra la ley ya que se está convirtiendo en criminales a muchas personas que de otra manera cumplirían con ella. Nunca deberían existir leyes en los libros que la mayoría de gente desobedecería si se produjeran determinadas circunstancias y creo que en el caso del aborto esto ocurre. Segundo, el aborto clandestino pone en peligro la vida de muchas mujeres. Tercero, creo que es muy hipócrita la actitud de mucha de la gente que vota públicamente en contra del aborto y sin embargo lo practicaría en privado. Creo que la prohibición refleja una fusión poco saludable entre el Estado y la Iglesia. Incluso se dan casos en América del Sur en donde la indebida influencia de la Iglesia en la política de gobierno es la única causa por la cual es ilegal practicarse un aborto.

Thémis: El segundo tema es el referido a la Pena de Muerte. Esta ha sido sugerida como una posible sanción para terroristas y narco-trafficantes y su inclusión en el texto de nuestra nueva Constitución aparece como posible. Tomando en cuenta que nuestra anterior Carta Magna sólo contemplaba la Pena de Muerte para crímenes relacionados con “traición a la patria en caso de guerra exterior”, ¿Qué opina usted sobre esta posible enmienda? ¿Cree que sería criticada por la Comunidad Internacional?

A.M.D.: En primer lugar, no creo que la Pena de Muerte sea una medida efectiva. No he visto evidencia real de que ello reduzca el porcentaje de crímenes. En segundo lugar, ningún país ha demostrado, hasta ahora, habilidad para imponerla justamente. Siempre se le impone a los elementos menos poderosos de la sociedad, particularmente cuando éstos asesinan a los más poderosos de la misma. En mi país, por ejemplo, es diez veces más probable que un negro sea condenado a muerte por matar a un blanco que un blanco lo sea por matar a un negro. Esta estadística es cierta en la mayoría de países con problemas raciales y no es una sorpresa que éstos la estipulen, mientras que otros que no los tienen generalmente no la contemplan.

Creo que la Pena de Muerte se incorpora a las legislaciones para mostrar que estamos siendo duros contra el terrorismo y el crimen pero, en realidad, no funciona. Cuando pienso por ejemplo en Israel, país plagado por el terrorismo, éste ha sido contro-

lado efectivamente sin recurrir a la Pena de Muerte.

Thémis: **Nosotros hemos convivido con el terrorismo por más de diez años. ¿Cree usted que la Pena de Muerte podría ser una medida eficiente para reducir el número de muertes que ocurren cada año como resultado del hecho que las Fuerzas Armadas y Policiales tomen la ley en sus propias manos (lo cual sucede con alguna frecuencia en nuestro país)? Todo esto en el sentido que se transferiría esta autoasumida potestad para castigar por parte de las fuerzas del orden a las autoridades gubernamentales...**

A.M.D.: Claro, pero la pregunta que surge es por qué el condenar a prisión a una persona no es suficiente para satisfacer la demanda de justicia de la gente.

Hay que señalar que en algunos aspectos los terroristas ya sufren potencialmente la "Pena de Muerte" porque al involucrarse en ello ponen en riesgo sus vidas. Los terroristas muchas veces son víctimas de su propia violencia, así que la Pena de Muerte ya es una sanción en potencia aún sin la ley escrita. Simplemente creo que la Pena de Muerte no ayudaría a impedir el terrorismo.

Thémis: **Si un país decidiera establecer finalmente la Pena de Muerte, ¿cómo reaccionaría la Comunidad Internacional?**

A.M.D.: Pienso que la Comunidad Internacional lo ignoraría. La Pena de Muerte no es un tema de fondo con respecto a los derechos humanos a nivel internacional. De hecho los E.E.U.U., líder del mundo occidental, incluye la Pena de Muerte en su legislación y la impone muy injustamente, así que dudo que la Comunidad Internacional condene a cualquier país por imponerla mientras que nosotros la mantengamos. Por eso estoy tan ansioso por lograr la abolición de la Pena de Muerte en mi país, porque creo que si uno de los líderes del mundo lo hace, otros países seguirían su ejemplo.

Thémis: **Pasando a otro tema, el derecho -de todo ciudadano a tener una defensa en un juicio es, si usted concuerda conmigo, un derecho absoluto: se aplica para todos y en todos los casos (aunque existen opiniones contrarias). ¿Existe para usted alguna diferencia, quizá en la forma de asumir la defensa de algún cliente, si éste le confiesa su culpabilidad? Si este fuera el caso, ¿buscaría una sentencia que lo declare inocente?**

A.M.D.: Sí, podrían existir diferencias en cuanto al manejo del caso, pero yo siempre busco el veredicto de "inocente" para mi cliente, sea éste culpable o no. Los recursos que usaría serían, ciertamente, diferentes: no lo dejaría testificar, no trataría de demostrarle al jurado la inocencia de mi cliente mas sí el hecho que el gobierno no ha probado su culpabilidad sino sólo una duda razonable. Eso sí, tengo la absoluta obligación de defender a mi cliente. Podría en todo caso recomendar una libertad condicional si la evidencia fuera aplastante. Un abogado no puede hacer ninguna distinción al representar a cualquier parte, inocente o culpable. Ese es nuestro trabajo.

Thémis: **¿Y no cree usted que un abogado está obligado a buscar una sentencia correcta, justa?**

A.M.D.: No tengo ningún interés en lo correcto. Mi único interés como abogado-defensor criminalista es ganar. Los jueces deben imponer una sentencia correcta. El demandante debe exponer los cargos correctamente. Como abogado defensor, no tengo el más mínimo interés en descubrir lo correcto. Mi único interés es ganar.

Thémis: **¿Habría alguna diferencia si supiera que su cliente, además de ser culpable, no tiene propósito de enmienda?**

A.M.D.: Quizá no tomaría el caso si sintiera que mi cliente volvería a cometer un crimen. Hasta ahora nunca he tenido un cliente que haya cometido un segundo crimen. Ninguno que haya representado exitosamente, que yo sepa, ha salido y cometido otro crimen. No sé de ningún caso así. Tal vez afecte mi decisión al considerar tomar el caso, pero una vez que acepto no puedo hacer nada más que tratar de ganar. Ese es mi trabajo. Es como un doctor que está operando a una persona que es muy mala; no puede hacerlo con menos cuidado y perfección que si se tratara de una persona muy buena. Tiene que hacer el mejor trabajo que posible, al igual que lo hacemos nosotros los abogados.

Thémis: **En el Perú y en América Latina en general, la justicia no está al alcance de todos. Podríamos sostener que la justicia sólo está disponible para quienes pueden costearla. En estos términos y analizándolo comparativamente con su sistema, ¿cómo observa al sistema judicial norteamericano? ¿Se encuentra abierto en términos equitativos para todos los individuos?**

A.M.D.: Definitivamente mientras más pueda uno pagar, mejor calidad de defensa podrá recibir y de

esta manera, mayor justicia; eso también ocurre en los E.E.U.U. Pero, asimismo, contamos con un sistema público de defensa. Tenemos excelentes abogados que trabajan para gente pobre. Los recursos con los que cuentan no son cuantiosos, razón por la cual no pueden obtener tantos servicios de investigación ni de expertos como otros; pero los pobres, al menos en ciertas partes de este país, pueden acceder a buenos abogados defensores.

Thémis: La situación de las minorías siempre ha sido un tema importante en las discusiones legales. ¿Qué nos puede decir sobre el acceso que tienen las minorías al derecho formal?

A.M.D.: No hay duda que la raza y la situación económica son factores que influyen en la imparcialidad a la hora de administrar justicia. El sistema americano no ha sido justo con los defensores de minorías. Ellos reciben sentencias más severas, logran menos justicia y se les trata con cierta parcialidad; pero, definitivamente, estamos mejor de lo que estábamos hace treinta o cuarenta años. Después de todo, antes de 1954 los E.E.U.U. vivía en un sistema de "apartheid" en muchas partes del país. La situación en muchos aspectos era igual que en Sudáfrica, especialmente en el sur. Han pasado sólo cuarenta años desde que terminó el "apartheid" en los E.E.U.U. y quizá menos en otros lugares, así que el progreso ha sido lento e inconsistente pero al menos estamos avanzando.

Thémis: En su antes mencionado libro "The Best Defense" usted sostiene que la gente no tiene un concepto real sobre el sistema americano de justicia; menciona, en sus propias palabras que le "resulta difícil guardar silencio sobre la deshonestidad que encuentro en el mundo real de la justicia" ¿A qué deshonestidad se refiere?

A.M.D.: Creo que hay demasiados jueces deshonestos en los E.E.U.U.. Jueces deshonestos intelectualmente que llegan primero a sus propias conclusiones y luego escriben opiniones que cubren su deshonestidad. Además, todavía hay jueces corruptos. Tenemos algunos en Massachusetts, otros por todo el país, pero creo que el mayor problema es la corrupción intelectual. Jueces que deciden que quieren llegar a determinado resultado y luego encubren su deshonestidad con papeleos y lógica aparente.

Ese es un gran problema y a la vez frustración para los abogados.

Thémis: Y, ¿cómo debería formarse honestamente una opinión?

A.M.D.: Una opinión expedida honestamente se debe apoyar en los hechos y debe contemplar lo que estipulan las leyes y dejar que las conclusiones caigan por su propio peso, sin comenzar con ideas preconcebidas, lo cual es raro hoy en día.

Thémis: Volviendo al tema de las Reglas de Justicia, usted sostiene en la Regla Décimo Tercera lo siguiente: "En realidad, nadie quiere justicia." ¿Qué es lo que queremos entonces?

A.M.D.: Es que en nuestro sistema no es labor de nadie realizar justicia. Los jueces se interesan más por la eficiencia y quieren agilizar al máximo los juicios; los demandantes y los abogados defensores queremos ganar. Es muy raro escuchar decir a alguien: "mi trabajo es velar por que se haga justicia" y critico esto.

Thémis: ¿Se ve a sí mismo o se siente como un abogado controversial?

A.M.D.: Soy controversial y provocho controversias deliberadamente. Soy un profesor y mi trabajo es incitar discusiones y trato de hacer lo mismo fuera de clase. Mi trabajo en clase es generar controversia, es lograr que la gente se antagonice, hacer que salgan a relucir todos los puntos de vista, generar discusiones y hago exactamente lo mismo fuera de mis clases. Me veo como un profesor tanto dentro como fuera del salón.

Thémis: Usted ha estado involucrado en casos muy renombrados y muchas veces se ha encontrado en "el ojo de la tormenta". Para terminar, ¿siente usted que tiene un importante rol social que desempeñar? ¿Es consciente de esto?

A.M.D.: No me veo como un arquetipo sino más bien como un "aggeant provocateur", como un provocador intelectual. Me gusta provocar discusiones y lograr que la gente piense. Si puedo usar la notoriedad pública que pueda tener para estimular más discusión, estoy contento de hacerlo.

¹ La presente entrevista fue realizada horas antes de que se produjera el atentado terrorista contra las torres del World Trade Center en la ciudad de Nueva York.

Los Contratos de “Commodities”

Anibal Sierralta Ríos¹

Durante el siglo XVII aparece, por primera vez, lo que podemos denominar contratos a futuro o contratos en el mercado de “commodities”. En el Japón los señores feudales se encontraron presionados entre una economía monetaria en expansión en las ciudades y un deterioro del valor de sus recursos, que eran sustancialmente provenientes de la agricultura. Ellos cobraban una renta de todos sus súbditos, dentro de una estructura absolutista, feudal y clasista, la misma que debía ser pagada en forma de una participación de la cosecha de arroz de cada año; este tributo era cuantitativamente irregular y, además, sujeto a factores incontrolables como las alteraciones climáticas, las plagas de insectos y las invasiones de gorriones. Todo ello hacía que el pago, en términos absolutos, oscilara por alteraciones en la base imponible.

Debido a que el desarrollo económico del Japón, ya creciente desde aquella época, requería el efectivo disponible durante un largo período de tiempo a fin de prever la ejecución de las grandes obras y las guerras de conquista que emprendían los señores feudales, se empezó a buscar un medio por el cual se lograra una estabilidad financiera. Para ello se recurrió a la práctica de embarcar los excedentes de arroz a las principales ciudades, como eran Osaka y Edo (Tokio) donde era almacenado en bodegas para ser consumido de acuerdo con las necesidades.

Con el propósito de captar efectivo, e ir llenando las arcas de su tesoro, los señores feudales empezaron a vender certificados que consistían en documentos de almacenaje, garantizados por los bienes guardados en las bodegas del feudo. También se puede ver en este acto la figura del *Warrant*, es de-

cir, el certificado que acreditaba el depósito de determinada mercadería por un valor fijado al momento de su ingreso a almacén.

Pues bien, los comerciantes generalmente compraban estos certificados en anticipación a las necesidades proyectadas.

Con el tiempo tales certificados -y aquí es donde se aleja de la figura del *Warrant*- vinieron a ser ampliamente aceptados entre los comerciantes como una forma de moneda para facilitar las transacciones a título oneroso.

Este sistema se desarrolló con óptimos resultados pues los comerciantes negociaban sus certificados ofreciéndolos como garantía.

A mediados del siglo XVIII el Emperador designó y oficializó el reconocimiento de los mercados de arroz y estableció una serie de reglas, las cuales eran bastantes similares a las que regulan hoy los contratos a futuro. En efecto estas reglas son:

1. Cada contrato tiene una duración o plazo determinado.
2. Todos los contratos tienen las mismas características.
3. Ningún contrato puede prorrogarse o transferirse para otro término.
4. Los contratos se perfeccionan a través de una Bolsa.
5. Cada contratante ha de establecer una línea de crédito con la Bolsa de su satisfacción.

Así, entonces, evolucionaron rápidamente en el

1. Consultor Internacional (DEA, INTAL/BID, WIPO). Premio IBA 1991, al mejor libro. Profesor de la Academia Diplomática. Asesor del Banco de Río de Janeiro.

mundo, principalmente en EE.UU. e Inglaterra, las casas de intercambio o las bolsas de contratos a futuro, pasando desde una organización tipo club a casas formales, estructuradas específicamente, para actuar como casas de intercambio. En el año 1848 se estableció en los EE.UU. el Chicago Board of Trade, que después de la Guerra Civil adquirió un tamaño e influencia destacable en el comercio internacional. Al ejemplo de esta Bolsa se crearon otras casas de comercio en New York, New Orleans, Londres y otros centros que manejan, hasta ahora, el mundo de los mercados a futuro.

En el transcurso de dos siglos la comercialización de "commodities" ha experimentado grandes transformaciones, principalmente en el alcance y dimensión del mercado abarcando las operaciones internacionales, la naturaleza de los riesgos, la motivación y la forma en que actúan los sujetos y las prácticas de liquidación.²

El conocimiento práctico y jurídico de los contratos sobre "commodities" o contratos a futuro, es importante para los operadores directos (exportadores o productores) o para los comerciantes (especuladores); así como para los abogados asesores de empresas exportadoras y de los bancos e instituciones financieras ya que éstas facilitan una comercialización más dinámica.

El sistema financiero asiste al productor a través del financiamiento de parte del valor de las ventas en Bolsa, así como en el financiamiento de los ajustes diarios.

1. ESTRUCTURA DE LOS CONTRATOS

Entrar al análisis de los contratos a futuro significa tratar:

- Naturaleza jurídica.
- Sujetos de la relación contractual.
- Procedimiento para establecer y negociar un contrato a futuro.

Todo esto nos lleva a considerar un aspecto singular que es la condición "lex situ" aplicable a este negocio.

Cuando se trata de las normas generales de contratación se considera que un acuerdo libre de volun-

tades puede ser planteado en cualquier tiempo y lugar, discutiéndose únicamente la ley aplicable o la jurisdicción invocada, no la limitación en el espacio para estipular recíprocas obligaciones. En el caso del contrato a futuro el lugar le da validez al documento, lo cual quiere decir que un acuerdo no se puede celebrar en cualquier tiempo y lugar sino que requiere de un sitio específico.

1.1. Naturaleza del Contrato:

Consiste en el acuerdo libre de voluntades entre un vendedor (exportador) y un comprador (importador) y la participación principal en este acuerdo legal de una Bolsa o establecimiento autorizado de intercambio de productos. A la vez, el vendedor acuerda entregar durante un período determinado un volumen de mercancía en el cual se establece la calidad particular y las condiciones de entrega prescritas por la casa de intercambio de productos en la que dicho bien es negociado.

En este contrato no existe desplazamiento del bien, por el contrario, éste no sale ni durante ni después de la firma del contrato. El mismo se ejecuta por medio de documentación.

Si llega el momento de su ejecución el contrato se finiquita por un pago en efectivo al momento de la entrega de la mercancía, la que ha sido establecida cuando las partes lo pactaron. Durante todo ese lapso, que va desde el acuerdo de voluntades hasta la ejecución del contrato, los intervinientes deben estar de acuerdo con un intermediario calificado, respecto a una serie de condiciones como son las características y especificaciones técnicas del producto, el plazo de vigencia y la fecha de su culminación, la calidad de las partes contratantes y el depósito inicial de financiamiento. Este financiamiento también se halla estipulado en el contrato y busca proteger al intermediario de una posible pérdida como consecuencia de variaciones sustanciales en el precio. Claro está que existe una condición bilateral que faculta al intermediario a cerrar la posición del comerciante, en caso de que el financiamiento sea afectado seriamente.³

1.2. Sujetos de la relación contractual:

Los sujetos que intervienen en un contrato a futuro son el productor (exportador) que está buscando

2 Chicago Board of Trade. *Commodity Trading Manual*, Chicago, 1977, p. 8 y ss.

3 ANIBAL SIERRALTA RIOS. *Contratos a Futuro. Características y Aplicación del Comercio Exterior en América Latina*. Río de Janeiro, OEA/CICON, 1986, p.7 y ss.

una protección para el precio de sus mercancías, y el comprador que trata de obtener un beneficio con las variaciones de precio.

El comprador actúa frecuentemente como un especulador y no debe ser considerado como un sujeto nocivo en la relación comercial a pesar de la literatura y la más abundante tradición oral que señala que su actuación encarece los bienes que llegan al consumidor. La exageración ha llevado, en algunos casos, a considerar la palabra especulador como el peor enemigo del consumidor. Si hiciéramos un razonamiento puramente económico tendríamos una visión bastante distante.

El especulador oscila entre el exceso de oferta de un producto que propicia el abaratamiento del mismo y la escasez que inclina la curva aumentando los precios. En efecto, el especulador compra cuando el precio es muy bajo por incremento en la oferta y luego empieza a vender cuando hay un incremento en la demanda por una retracción en la oferta. Sin embargo, no puede almacenar y reservar por mucho tiempo el bien sino que empieza a soltar la mercancía paulatinamente. Entonces, actúa como un regulador del mercado, no atesora *stocks* pues tendría dificultades financieras, o en todo caso no almacena por un largo período de tiempo hasta propiciar la escasez. Cuando percibe que el precio empieza a subir, por una contracción en la oferta, es que suelta mercadería y luego va compulsando el mercado.

Si el intermediario no existiera, entonces se agotaría la producción consumida por muchos compradores o almacenada por otros que es lo mismo, pues en los dos casos no existe el bien disponible para ser consumido. Al agotarse la producción o al estar repartida en muchas manos se diluye la capacidad de una oferta única, o la presentación aislada de varias ofertas individuales no es percibida de manera sustantiva por el comprador, entonces se daría un alza elevada del precio. El consumidor se vería afectado de manera directa en su recta de presupuesto.

Para asegurar el cumplimiento de las obligaciones de las partes principales, existe un tercer sujeto que hace parte integrante de la operación. Este participante tiene la responsabilidad de ejecutar los términos contractuales, así como de compensar todos los negocios efectuados entre vendedores y compradores, actuando como depositante de los márgenes y ejecutando procedimientos que busquen promover la eficacia e integridad de los mercados de "commodities". Es el *Clearing House* o Cámara de Compensación que garantiza la transacción.

Finalmente tenemos la Bolsa o establecimiento autorizado de intercambio de productos. Su función básica es realizar la compensación de las posiciones de cada uno de los otros dos sujetos, comprador o vendedor, a fin de que si uno de ellos quiere retirarse del mercado pueda hacerlo, a través de una operación inversa; es decir, si está comprando, vende, o si está vendiendo, compra. Si es comprador vende un número de contratos; si es vendedor comprará un número de contratos.

Por otro lado, la Bolsa permite identificar claramente a los contratantes que figuran al final de toda la relación contractual.

El propósito de la Bolsa es brindar una infraestructura de servicios como son sistemas de computación, archivos, equipos secretariales e incluso acondicionamiento físico; brinda un escenario para que en igualdad de condiciones operen los sujetos directos de la relación contractual. Ello posibilita que compradores y vendedores operen organizadamente y en las mismas condiciones.

1.3. Procedimiento para establecer y negociar un contrato:

Existen dos posiciones que se pueden asumir en un contrato a futuro.

1.3.1. Una llamada "posición corta", que es la posición del contratante que vende de manera propia a futuro. También se le conoce como "short position".

Esta posición se toma motivada por la expectativa que en el futuro el precio del producto baje de los niveles en que se encuentra el día en que se cierra el contrato. Así por ejemplo, si un comerciante espera que en el corto plazo el precio del azúcar descienda por debajo del nivel vigente al momento de la firma del contrato, la acción especuladora del contratante sería vender hoy un contrato para la entrega futura de una determinada cantidad de TM. de azúcar a un precio igual al que estaba vigente al momento del contrato, ante la expectativa de que cuando la entrega física de este producto se realice, se obtenga un precio a la vista por debajo del que se estableció anteriormente. Así se generaría una importante utilidad ya que el vendedor vende el día de la entrega a un precio por TM. y cumple así con su compromiso contractual, haciéndola llegar al comprador quien previamente ha pagado una cantidad superior.⁴

⁴ANIBAL SIERRALTA RIOS. *Op. cit.*, p.12.

1.3.2. Una llamada “posición larga”, también conocida como “long position”, que vendría a ser una postura de negociación diferente, la cual se juega cuando se tiene la expectativa que el precio de la mercancía que se negocia suba de modo tal que se va a comprar hoy un determinado producto que en el futuro va a costar más. Así, por ejemplo, si una persona considera que el precio de la plata va a subir en un término de seis meses o más, entonces esa persona -si hablamos en términos lógicos- efectuará hoy un contrato en donde compra el derecho inicial de tener en el futuro la posibilidad de adquirir una cantidad de onzas de plata a un precio determinado aun cuando el mismo a la vista se encuentre en un nivel superior. Así se obtendrá una utilidad por cada onza estipulada en el contrato.

La gran cantidad de operaciones de compraventa que se celebran sucesivamente sobre un mismo producto es otra de las características en este procedimiento contractual. Cada cosecha o lote de granos, ya sea de café, maíz, trigo, se negocia un promedio de 15 veces antes que se dé el desplazamiento físico de la mercancía y antes que, obviamente llegue al mercado.

Las ganancias son grandiosas, pero las pérdidas también lo son; si no, no se explicaría el volumen de estos superbeneficios.

La razón de las pérdidas es la característica falta de decisión que tiene el especulador o productor de cerrar su posición cuando ésta va acusando pérdidas. La esperanza de recuperar espacio perdido o disminuir sus pérdidas lo hace mantener su posición y a medida que aquella crece entonces, casi instintivamente, procura mantenerse ante la ilusión que en la siguiente operación mejore su posición. Así, contrariamente a lo que se supone, en este tipo de actividades los productores cortan las posiciones en las cuales están percibiendo utilidades y dejan correr aquellas otras en las cuales sufren pérdidas, alterando aquel adagio del mundo de los negocios de que “hay que cortar las pérdidas y dejar correr las utilidades”.

El juego en los mercados a futuro es como el juego de *poker*, que por otro lado no tiene más que una explicación económica: “si alguien gana es por que otro está perdiendo”. Lo que uno de los contratantes pierde es lo que el otro contratante está ganando y si se colocaran frente a frente las ganancias y las pérdidas darían cero. Esto ocurre debido a que frente a una posición corta se da una posición larga.

2. APERTURA DE CUENTAS

Es la etapa en la que cada uno de los sujetos de la relación contractual inicia su participación en *hedging*. Se abre una cuenta para determinar el volumen y la calidad de la mercancía que debe entregar.

Como cada contrato está estandarizado, es decir tiene una estructura formal similar uno con otro, entonces se apertura una cuenta en la que se registra el número y fecha del contrato y luego se va sumando en ella las entregas de la mercancía para determinar un resultado final. Es decir, se realiza lo que se llama la “formación de lote”. Claro está, el cliente vendedor ha de solicitar que se anote en dicha cuenta el registro de cada lote adjuntando los siguientes documentos:

- Declaración de propiedad de la mercadería.
- Peso, total e individual, de cada lote.
- Calidad: características y especificaciones técnicas.
- Certificado de calidad, cuando así se hubiera pactado.

Un aspecto interesante por mencionar durante la apertura de la cuenta, es un mecanismo meramente de bolsa de mercaderías, es la llamada “emisión de órdenes” que no viene a ser más que el conjunto de instrucciones, con características de mandato, que se pueden emitir en una operación de contratos a futuro. Estas son:

- Orden hasta cancelar: se refiere a orden de compra y venta con precio fijado y con validez hasta una fecha que se indique mediante aviso previo.
- Orden limitada: es una operación en la cual hay un precio fijado y dispuesto con antelación a su ejecución.
- Orden de Mercado: es la orden de compra o venta al mejor precio que exista en el mercado en que la orden es recibida.
- Orden de suspensión: ésta tiene dos aspectos, cuando se trata de venta o cuando se trata de compra.

En el caso de venta, la orden con precio preestablecido se torna en “orden de mercado” cuando en el remate se negocia o se oferta contratos con el precio preestablecido o debajo de él.

En el caso de compra, la orden con precio estipulado, o preestablecido se convierte en "orden de mercado" cuando en el remate se negocia o se oferta contratos con el precio preestablecido o por encima de él.

3. ANALISIS MERCADOLOGICO

Es conveniente efectuar un análisis de los mercados a futuro partiendo de una toma de conocimiento sobre su propia naturaleza y lo que dice la técnica operativa de los mismos.

A través de este análisis es que se puede anticipar acciones de mercados a futuro, teniendo en consideración el comportamiento de los precios en el pasado. El supuesto trascendente consiste en que las fluctuaciones de precios no son estrictamente independientes y que ciertas formaciones tienden a correlacionarse en una dirección subsecuente de los precios.

Efectivamente, parece darse un proceso continuo en la formación de precios de las mercaderías que se negocian a futuro dentro de la Bolsa. Dicha oscilación sólo puede ser apreciada cuando se mantiene una información continua y cuando la misma puede ser visualizada por las partes intervinientes en un contrato.

A la formación teórica fundamental de la naturaleza de un contrato, su estructura formal y la manera de visualizarlo; se une el conocimiento técnico que ordene el historial contractual de un bien y que además establezca las formas de interpretar esa información dentro de una realidad concreta al momento en que se desea pactar. Aquí se unen, pues, la formación teórica y el conocimiento práctico. De allí la importancia de transmitir de manera integral este nuevo tipo de contratos.

Una de las técnicas operativas que permite visualizar estas formaciones de precios es la de los histogramas y gráficos de barras que expresan tendencias y oscilaciones de precios de determinado producto en un horizonte de tiempo. Estos histogramas pueden ser de barras, gráficos de puntos y números y promedios móviles de complejidad variada. Siendo los histogramas de barras verticales bastantes simples y los más ampliamente usados, proporcionan la más básica información sobre precios (los más altos y más bajos del día) y el precio de cierre. Evidentemente la mayoría de los técnicos confía en

mayor medida en sus histogramas de barras que en cualquier otra cosa.⁵

Los gráficos de puntos y números son muy detallados mostrando todas las fluctuaciones día a día, más que una visión de un tramo mínimo seleccionado. Los técnicos que usan este modelo estiman que el mayor esfuerzo requerido se justifica por la ventaja de ver cómo un mercado actuó durante el día, y no únicamente apreciar la posición más alta, la baja y el cierre, que muestra el histograma de barras.

Las ilustraciones que muestran los promedios móviles expresan particularmente volúmenes comerciados, donde éstos representan el número de contratos pactados. Los técnicos observan los volúmenes de expansión durante un movimiento de precio como una señal que el mercado se está moviendo en una dirección de destacada y fuerte tendencia; en cambio un volumen bajo es tomado con una corrección de tendencia contraria.

Los sujetos intervinientes en un mercado a futuro deben basarse continuamente sobre los histogramas para ayudarse en la determinación del plazo de compraventa. Típicamente un especulador, tiene en cuenta el comportamiento de la oferta y la demanda, pero debe esperar hasta que los histogramas le den una señal de confirmación antes de iniciar una posición. Si se observara cambios contradictorios en los gráficos, que ocasionan desacuerdos en la apreciación técnica, ellos deben llevar a plantearse preguntas para determinar si acaso algunas importantes consideraciones del mercado pueden haber sido observadas superficialmente, o si precios futuros pudieran haber descontinuado ya el panorama fundamental o lo racional.

Cuando de la lectura de los histogramas se apreciara que los precios futuros no están respondiendo al criterio fundamental, normal y lógico de lo que debería ocurrir con determinado producto según su oferta en el mercado a futuro, ello nos debe prevenir frente a una actuación precipitada por el mismo impulso de las operaciones en los mercados.

Los especuladores nunca deben olvidar que su tarea primaria es predecir lo que otros operadores comerciales van a hacer y, obviamente los histogramas y su interpretación técnica proporcionan instrumentos de valor dentro de la psicología del mercado que nadie puede darse el lujo de ignorar.

5. ARTHUR SKLAREN. *Techniques of a professional Commodity Chart analyst*, Commodity Research Bureau Inc., New York, N.Y., 1980.

El análisis mercadológico del mercado a futuro es una técnica valiosa que permite predecir el futuro del producto y los precios, pero que será útil cuando se use en el contexto adecuado. Los analistas no esperan que sus histogramas hagan predicciones continuas; más bien acuden a ellos como una fuente adicional de información que ocasionalmente produce señales interesantes del mercado. El especulador que mantiene firmemente esto en mente evitará el error común, de tratar de leer en sus gráficos algo que simplemente no está allí; no siempre es posible hallar una respuesta automática a la pregunta qué es lo que va a hacer un mercado a continuación, sino únicamente apreciar si los histogramas contienen cualquier indicador comercial confiable. El análisis mercadológico produce intermitencias más que predicciones continuas y, quienes confeccionan y producen los gráficos e histogramas deben aceptar que, a veces, de su apreciación técnica se concluye un veredicto de indecisión.

Es aconsejable mirar más bien el volumen total comercializado en todos los contratos de un producto básico en particular, que observar cada uno de ellos por separado. Ello evitará distorsiones que pueden surgir como resultado de un ilimitado ciclo de contratos individuales a futuro.

Empero, es necesario aclarar que las opiniones acerca del valor del análisis mercadológico varían ampliamente de persona a persona y, aún entre autores de un mismo país. Nadie ha sido capaz de probar de manera concluyente o desaprobando el supuesto no aleatorio sobre el cual todos los principios técnicos -como el que seguimos- están implícitamente basados; y en tanto ésta siga siendo la situación permanecerá un espacio considerable de desacuerdo. Cada usuario o sujeto de un contrato deberá juzgar por sí mismo el valor de los histogramas sobre la base de evidencias limitadas y algunas veces contradictorias.⁶

El valor del análisis mercadológico es que complementa una visión total del mercado a futuro, pues los precios en el largo plazo tienden a estar determinados por la ley de la oferta y la demanda; pero muchas veces los consumidores y por consiguiente los mercados pueden responder y actuar sobre la base de impulsos emotivos en lugar de sobre un razonamiento puramente económico.

Los histogramas proporcionan vistas gráficas de cómo se está comportando un mercado y si hay una

correlación significativa entre cambios sucesivos de precios, marcando una tendencia destacada; las que si son usadas junto a una apreciación no cuantitativa sino cualitativa de las orientaciones económicas y aún políticas del mercado, pueden proporcionar información reveladora acerca de si aquél está reaccionando de una manera lógica ante lo que dicen las cifras y los números o la influencia de las noticias, las declaraciones y los rumores.

3.1 Obligatoriedad de la Tradición de la Mercadería.

Tal como se señaló, el contrato a futuro es un compromiso de compra y venta de mercadería, cuya tradición y pago se hará en una fecha futura.

Si el vendedor quiere efectivamente entregar la mercadería, puede hacerlo; si el comprador prefiere recibir físicamente el producto, puede hacerlo. Y en ese ámbito de cosas, este negocio puede asemejarse al contrato de compraventa internacional, pues se da una tradición del bien objeto del contrato y una recepción por parte del adquirente. Sin embargo, hay una sutileza que tiene efectos muy claros y nítidos y es que tanto el vendedor como el comprador tiene una facultad de entrega y recepción, más no una obligación, que sí se da como condición fundamental en un contrato de compraventa donde el vendedor está obligado a entregar la mercadería y no tiene una actitud discrecional.

En el contrato a futuro hay siempre un contrato abierto -vendedor (que puede convertirse en comprador) para cada contrato abierto- comprador (que puede convertirse en vendedor). Así a cada deseo de recepción corresponde una recepción efectiva y una entrega real independientemente de ser deseada o no, y viceversa.

La fecha futura de entrega es denominada "mes de entrega". Efectivamente los contratos se diferencian por el mes, así el "contrato trigo julio" es distinto del "contrato trigo agosto". El mes es el momento de ejecución del contrato, es el momento particular durante el cual vence un contrato a futuro; entonces el "mes de entrega" se convierte en "mes presente" cuando los contratos abiertos quedan sujetos a liquidación por entrega o recepción conforme a lo estipulado en el Reglamento de Bolsa.

El mes de ejecución del contrato comprende en general cerca de 15 días útiles, que se empiezan a

6. ANIBAL SIERRALTA RIOS. *Negociación y Contratación Internacional*, Universidad Autónoma de Asunción, Asunción (Paraguay), 1992.

contar desde el primer día útil de cada mes. En ese lapso el vendedor puede escoger la fecha precisa, pero el comprador que efectivamente desea recibir la mercancía no tiene condiciones de saber el día en que tendrá el producto a su disposición.

Pero, por otro lado, el comprador que podría parecer tener la posición más débil en la relación contractual, al no tener la posibilidad de saber el día exacto en que ha de recibir la mercadería, adquiere una facultad que reequilibra su aparente debilidad frente al vendedor. En efecto, el comprador puede en el día que recibe la notificación de entrega de mercadería, emitir a su vez una orden de venta de contrato con la estipulación de "reentrega" y así la mercadería no llegará a sus manos sino a aquellas que él haya designado. Algo más, si el comprador, en una situación extrema, ha recibido la mercadería, más no desea quedarse con ella, sino por el contrario desea transferirla puede colocarla en el mercado en posición disponible del corredor quien se encargará de transferirla a terceros e incluso a la propia Bolsa sea en el mercado de futuros como en el de disponibles.

Es conveniente precisar que los contratos a futuro durante el "mes de entrega" son en realidad operaciones en el mercado de disponibles, y en tal virtud sujetos a todas las variaciones y situaciones del mercado, llegando a precios inimaginables y a una fuerte especulación; por lo que el buen sentido aconseja a los pequeños contratistas salirse del mercado antes del mes de entrega. Si un contrato tuviera, por ejemplo, como mes de entrega el mes de julio, es recomendable cerrar la operación o salirse en el mes de junio, para evitar pérdidas y variaciones imprevisibles en el precio.

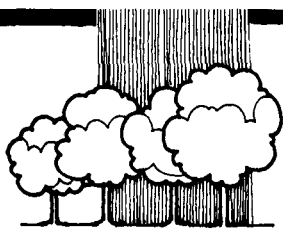
3.2. El "Check-list".

Todas las personas que actúan en los mercados a futuro, no sólo deben conocer el mecanismo de éstos sino además, han de ser inmensamente cuidadosos en estudiar las ventajas que este mercado les puede dispensar según el tipo de producto con el que van a operar y según también la coyuntura del mercado "abierto" o disponible, como éste que es materia de estudio.

Como en todo comercio internacional, el análisis del medio ambiente y de la conveniencia exacta de un determinado canal o forma de comercialización han de ser preocupación y objeto de especial interés de los exportadores. Por ello es recomendable hacer un listado de preguntas para ver las ventajas y desventajas que traería operar, en un momento y con un producto determinados. Según las respuestas que tengamos de ese listado es que el exportador tendrá la información suficiente no ya para conocer este mecanismo sino, lo más importante, para tomar una decisión de cómo, cuándo y en qué volumen va a intervenir.

Este listado comprende los siguientes tópicos que ha de responderse u obtener la información suficiente quien racionalmente desea operar con éxito en esta actividad.

- Precisión del producto, sus características y volumen con que desea operar.
- Fecha de entrega del producto o fecha en que dispondrá del bien para ser entregado.
- ¿La Bolsa podrá estabilizar los precios del mercado de ese producto?
- Actuales costos de comercialización y de qué manera incide en éstos la operación en Bolsa.
- Controles en la importación o exportación del producto.
- Situación del producto en el mercado mundial: libre o altamente competitivo.
- ¿La Bolsa suprime la intervención gubernamental?
- Tradición del mercado a futuro.
- Economía o deseconomías externas en cuanto a oportunidad y fluidez del transporte, envase, seguridad de la mercancía; así como disponibilidad de almacenamiento.
- Situación monopólica, oligopólica o monopsónica del mercado.



ESTAMOS OCUPADOS

en proyectos de protección ambiental



**con una inversión
de 100 millones de dólares**

Toda acción del hombre, como se sabe, ocasiona cambios en la naturaleza.

De hecho, nuestro largo y complicado proceso de extracción de mineral y su transformación en concentrados de cobre primero, y en cobre blister de exportación después, ha cambiado el paisaje de Toquepala, Cuajone e Ilo.

Allí hay tres centros mineros de Southern Peru llenos de actividad, dotados de todos los servicios básicos tales como agua, luz, viviendas, hospitales, colegios y una amplia infraestructura urbana.

Conscientes que hay residuos de ese

proceso minero-metalúrgico, la empresa está invirtiendo 100 millones de dólares en un conjunto de proyectos de protección y adecuación ambiental para disponer o controlar en la forma más idónea posible, de los gases, relaves y escorias derivadas de este proceso.

Estamos ocupados en ello porque el ambiente, sí nos preocupa.

SOUTHERN PERU
Cobre trabajando por el Perú



El Derecho de Huelga de los Magistrados

Antonio Ojeda Avilés

Catedrático de Derecho del Trabajo de la
Universidad de Sevilla (España)

Pese a todas las diferencias existentes entre la legislación peruana y española, y salvada la distancia también en su respectiva situación política, el concreto aspecto del derecho de huelga de los jueces se ha planteado en algún momento en la doctrina peruana y es objeto de intensos debates en el momento presente español, en vísperas de una nueva Ley de Huelga que deja fuera expresamente a este importante grupo en la última propuesta de enmienda al proyecto que se conoce, fruto de un acuerdo entre los sindicatos y el gobierno.

En el complejo panorama de las relaciones colectivas de los funcionarios públicos, la situación del colectivo de los jueces, magistrados y fiscales ocupa un lugar anómalo desde que la Constitución les negara el derecho de libertad sindical y estableciera en su lugar a unas asociaciones profesionales (art. 127) a las que se otorgan capacidades enormes pero se les niegan las fundamentales. El legislador ordinario les asigna por un lado "la defensa de los intereses profesionales de sus miembros **en todos los aspectos**"¹, y por otro les niega la libertad sindical, la representación unitaria y la negociación colectiva². Se encuentran inmersos en una esquizofrenia legal a la cual denuncian como discriminato-

ria aunque en sí mismos tampoco se sienten cómodos en la consideración de sus asociaciones profesionales como sindicatos³. Desearían tener los derechos colectivos de cualquier funcionario público, pero dedican largas discusiones a ponderar si su naturaleza como tales predomina o no sobre su condición de representantes del Poder Judicial.

El punto específico del derecho de huelga presenta aún mayores oscuridades cuando nos referimos a este colectivo. Ningún texto normativo lo menciona, ni para permitirlo ni para prohibirlo, y cuando el proyecto de Ley Orgánica de Huelga parecía que iba a terminar con las dudas venciendo por la expresa prohibición, una disposición adicional se le añade en el último momento indicando que "la presente Ley no es de aplicación... a los jueces, magistrados y fiscales mientras se hallen en activo, los cuales se regirán por su normativa específica"⁴. De nuevo la indefinición, porque si las leyes callan, ¿cuál es la normativa específica de su derecho de huelga?

Sin embargo, el silencio normativo se interpreta por la mayor parte de la doctrina en un sentido negativo fundado en una serie de datos detrás de los

1. Art. 401.2ª, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Idénticamente para los fiscales, art. 54.1 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
2. Arts. 1.4, Ley Orgánica de Libertad Sindical 11/1985, y 2.1.b, Ley de Organos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas 9/1987.
3. Cfr. las "*Orientaciones en materia de política asociativa*" del VII Congreso de Jueces para la Democracia, Separata de la revista "Jueces para la Democracia" 1/1992, págs. XXVIII ss.
4. Manejo el texto de los acuerdos entre el Gobierno y los Sindicatos para la modificación del Proyecto de Ley Orgánica de Huelga aparecido en El País de 10 de noviembre de 1992.

cuales se quiere ver la voluntad del legislador. Se considera por una relevante doctrina que en todo caso se trata de un silencio **muy significativo**, pues en la Ley Orgánica del Poder Judicial se regula taxativamente la huelga del restante personal al servicio de la Administración de Justicia⁵, y los Decretos sobre Servicios Mínimos en huelgas del mismo subsector mencionan asimismo a todos los cuerpos de funcionarios empleados en él, excepto los de jueces, magistrados y fiscales⁶.

Se aduce también la especial posición jurídica de los miembros de este colectivo, dotada de una *autoritas* en el ejercicio de su función muy diferente, por elevada, a la cumplida por los restantes cuerpos de funcionarios. Dictan sentencia en nombre del Rey y pueden imponer sanciones muy severas a los ciudadanos, pues son los máximos intérpretes de la Ley, en un plano no muy distante o distinto del de los parlamentarios. No en balde podrían establecerse similitudes con otro significativo grupo marginado de las libertades colectivas, las Fuerzas Armadas, detentadoras de la *vis institucional* anclada en la Constitución. No solamente detentan soberanía especial los jueces, magistrados y fiscales, sino también una fuerte independencia en el ejercicio de sus funciones, una posición autónoma muy similar a la de un alto cargo, que se traduce en actuaciones como "cuasiempleadores" de cara al personal adscrito a su respectiva sede. Organos con tal poder coactivo e institucional no deberían detentar añadidamente un derecho de huelga de impensables efectos multiplicadores, sobre todo si aplicados en favor de posiciones partidistas o sindicales concretas. Los jueces, magistrados y fiscales deberían mantener una imparcialidad alejada de posiciones que pudieran alterar, si respaldadas por el arma de la huelga, el equilibrio constitucional de poderes.

Pero el argumento seguido por la mayoría de la doctrina consiste en señalar la íntima conexión entre libertad sindical y derecho de huelga. El segundo constituye un contenido esencial del primero, hasta el punto de que sería impensable sin él. ¿Cómo es posible otorgar derecho de huelga a grupos que no tienen reconocida la capacidad para crear sindicatos? El derecho de huelga "discurre paralelo y concurrente con la autoorganización sindical", dicen autores

prestigiosos⁷, de manera que podría deducirse una concesión automática del derecho a la medida básica de conflicto a quienes ostenten libertad sindical, y negarla a quienes se vean privados de ella. Para estos autores y quienes se manifiestan en similares términos, la exclusión de jueces, magistrados y fiscales del ámbito de la libertad sindical en el art. 127 CE, de modo más terminante incluso que el utilizado para las Fuerzas Armadas y similares contemplada en el art. 28.1 CE, no cabe ser interpretada de otro modo.

A nuestro juicio, sin embargo, la operación lógica de subsumir el derecho de huelga dentro del de libertad sindical, como uno de los contenidos esenciales del mismo, obedece a razones que en su momento sirvieron para consolidar el papel de los sindicatos frente a los demás sujetos colectivos que venían privilegiados en las normas de la transición. El Tribunal Constitucional defendió con fuerza, de manera plausible, que un sindicato sin posibilidad de convocar huelgas no podía cumplir con su función constitucional, de la misma forma que también debía considerársele con opciones a plantear los procedimientos de conflicto colectivo, la negociación colectiva "*erga omnes*", y todos los contenidos que -ya más discutiblemente- fue desgranando como integrantes del contenido esencial unas veces, otras del contenido ordinario o adicional.

Ahora bien: que el derecho de huelga se incorpore a la libertad sindical para dotarla de un perfil reconocible no implica que se agote solamente en esta operación. Afirmar que, puesto que está dentro del derecho de libertad sindical no puede estar fuera de él parece a todas luces una mutilación innecesaria, no útil para el objetivo perseguido, y en todo caso excedentaria de lo declarado por el Tribunal Constitucional... y por la propia Constitución. En efecto, el art. 28 consagra en su número 1 la libertad sindical y en su número 2 el derecho de huelga, de manera autónoma, como dos derechos fundamentales con sede propia y distinta. Sigue claramente, como en su momento dijera la sentencia TC 11/1981, de 8 de abril, el modelo de titularidad individual, modelo al que no deberían afectarle las discusiones italianas de que "tanto da la titularidad individual de ejercicio colectivo como la titularidad colectiva de ejerci-

5. SALA/ALBIOL, *Derecho Sindical*, Valencia 1992, págs. 599-600. ALONSO OLEA/ CASAS BAHAMONDE, *Derecho del Trabajo*, Madrid 1991, pág. 912.
6. Cfr. Reales Decretos 755/1987, de 19 de junio, y 1474/1988, de 9 de diciembre, y Acuerdo de la Presidencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1988.
7. DE LA VILLA/GARCIA BECEDAS/GARCIA PERROTE, *Instituciones de Derecho del Trabajo*, Madrid 1991, pág. 463, refiriéndose a los funcionarios públicos en general para defender su derecho de huelga, con palabras que pueden aplicarse aquí.

cio individual", pues el texto de nuestro art. 28.2 CE es muy distinto al del art. 40 de la Constitución italiana⁸. Tanto es así, que no sólo pueden convocar huelgas en nuestro país los sindicatos, sino también los comités de empresa, delegados de personal, y hasta las asambleas y los grupos de trabajadores. Es claro que el derecho de huelga se considera por la Constitución como un instrumento de defensa que no puede estar vinculado exclusivamente a los sindicatos, y en ello quizá influyera en su momento la escasa implantación de éstos en el mundo laboral. Un derecho tan importante para modificar la relación de fuerzas económicas y sociales en la senda proclamada por el art.9 CE no podía dejarse en las escuálidas manos de unas organizaciones poco implantadas aún en extensos espacios laborales, sobre todo en las pequeñas y medianas empresas que formaban el tejido económico prevalente de nuestro país. Numerosas huelgas se convocan, de este modo, por comités de empresa, incluso contra la voluntad expresa de los sindicatos, al punto de haber alimentado notoriamente los deseos del legislador por legislar la materia de manera más sindicalizada, aunque manteniendo la titularidad del derecho en manos del trabajador individual⁹.

Nos hallamos pues ante un **seguidismo mecanicista**, la falsa sensación de hallarnos frente a una pieza del universo sindical, fuera del cual carece de sentido, cuando en realidad nos enfrentamos ante dos universos distintos que se cortan tangencialmente. De igual modo que existen sindicatos desprovistos del derecho de huelga, pese a las solemnes declaraciones del Tribunal Constitucional sobre la esencialidad que acabamos de ver¹⁰, puede haber colectivos con derecho de huelga privados de libertad sindical. Las relaciones industriales del sector público adolecen de una fuerte asimetría, también detectable en la negociación colectiva: durante varios años los funcionarios disfrutaron del derecho de huelga, pero no del de negociación colectiva, pese a la aparente insensatez que significaba otorgar un instrumento de presión sin el correlativo vehículo para plasmar los acuerdos obtenidos de manera clara y pacífica.

Se ha aducido que las titularidades no sindicales del derecho de huelga (es decir, las ostentadas por los comités, delegados de personal y asambleas) continúan pese a todo en el mismo ámbito, pues la actividad desarrollada por dichos sujetos colectivos es siempre una actividad sindical. A nuestro juicio, ello permitiría en consecuencia dismantelar el argumento de que los colectivos sin sindicatos tampoco pueden convocar huelgas, pues según el antedicho razonamiento dispondrían de la actividad sindical desplegadas por sus asambleas, por ejemplo; o en otras palabras, que en tal caso estaríamos legitimando el derecho de huelga convocado por esos sujetos dotados de actividad sindical. No parece el argumento, pese a todo, convincente, pues ya el Tribunal Constitucional se ha encargado repetidamente de negar un concepto tan amplio de libertad sindical, cuando ha rechazado admitir a trámite los recursos de comités de empresa firmantes de convenios incumplidos que quisieron basar sus alegaciones en la infracción del art. 28.1 CE. Las transgresiones de la negociación colectiva son únicamente transgresiones de la libertad sindical cuando los firmantes del convenio eran sindicatos, pero no si se trataba de otros sujetos.

Otra argumentación asimismo "de baja intensidad" aludiría a la actividad sindical de las asociaciones profesionales de jueces, magistrados y fiscales para entenderles atribuido el derecho de huelga. Pese a defender desde hace tiempo que las referidas asociaciones profesionales tienen naturaleza jurídica sindical, aunque con régimen jurídico diferenciado, o dicho en otros términos, que las asociaciones profesionales son materialmente sindicatos pero formalmente corporaciones (en sentido técnico) con régimen jurídico propio¹¹, ya hemos visto que la libertad sindical debe entenderse como actividad de los sindicatos, lo cual no impide explorar el espacio exterior para detectar la presencia de capacidades conflictivas **a se estantes**.

Vayamos al argumento de la *auctoritas* y la independencia en el ejercicio de sus funciones. Probablemente consista en el argumento más difícil de re-

8. "Se reconoce el derecho a la huelga **de los trabajadores** para la defensa de sus intereses". En cambio, art. 40 CE italiana: "El derecho de huelga se ejerce en el ámbito de las leyes que lo regulan".
9. Como he mantenido en la ponencia presentada en las IV Jornadas Catalanas de Derecho del Trabajo (Barcelona, 5-6 de noviembre de 1992), sobre **Titularidad y contenidos del derecho de huelga en el Proyecto de Ley Orgánica de Huelga**, en curso de publicación, el hecho de que el Proyecto de Ley Orgánica de Huelga efectúe un reparto de las titularidades de las diversas facultades que componen el derecho entre los trabajadores individuales y sujetos colectivos.
10. El Cuerpo Nacional de Policía carece del derecho de huelga por expresa indicación de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, la misma que regula la existencia y actividad de los diversos y consolidados sindicatos de sus funcionarios.

probar, pues la soberanía del juez, entendida en los dos sentidos que acabamos de menentendida en imite dudas. Sin embargo, la independencia judicial es relativa, pues incluso en su labor se encuentra fuertemente jerarquizada y sometida a la orientación marcada por los tribunales *ad quem* y en última instancia del Tribunal Constitucional. No como órganos, sino como funcionarios, su dependencia de las decisiones del Consejo General del Poder Judicial y del Ministro de Hacienda tampoco están fuera de duda. Por establecer comparaciones siempre odiosas, un catedrático de Universidad tiene mayor independencia que los jueces, y sin embargo puede sumarse a una huelga y pertenecer a sindicatos.

En cuanto a la *auctoritas* de que están investidos, los jueces y magistrados comparten ese mismo poder con colectivos quizá más modestos, pero según cómo se mire más dotados de coacción inmediata. El concepto de autoridad pública se encuentra muy difundido, aunque sea cuestión de grados, y una multitud de agentes públicos se encuentran autorizados para hacerse respetar de los modos y maneras más diversos, sin que se vean privados en todos los casos de la libertad sindical o del derecho de huelga. El concepto de *auctoritas* es un concepto indeterminado, cuya graduabilidad impide utilizarlo para nuestros fines.

Pero los jueces imparten justicia en nombre del Rey, ejercen un poder delegado de incalculable importancia. ¿Detentan por consiguiente funciones de soberanía? Un poder soberano no puede mezclarse con intereses personales de quienes lo ejercitan, se dirá. El Parlamento, por ejemplo, no puede declararse en huelga y dejar de legislar por reclamaciones retributivas de sus honorables miembros, porque estaría violando su sagrada función. Claro que si el Parlamento no puede dejar de funcionar por reivindicaciones laborales, ¿por qué se permite a los empleados de las Cámaras convocar huelgas, afiliarse a sindicatos, negociar acuerdos colectivos¹²? De igual modo podríamos decir que si se impide a los jueces y magistrados la huelga como medida de presión para salvaguardar el ejercicio de una función soberana, ¿por qué se permite el derecho de huelga

de todos los demás funcionarios de la Administración de Justicia, cuando el juez no puede actuar sin la presencia del secretario, según está establecido legalmente? Pero quizá estemos colocando a todos los jueces a la altura del Parlamento de la nación, y deberíamos llegar a una ubicación más modesta. La mayor parte de los jueces, los jueces *a quo*, disponen de la soberanía en proporciones muy limitadas, pues de ordinario sus decisiones podrán venir impugnadas ante uno, dos o más tribunales de rango superior. La soberanía, en tales circunstancias, se diluye sensiblemente, y no nos permite oponerla como argumento contundente contra el derecho de huelga de los colectivos de referencia.

Ni siquiera entendiendo la *auctoritas* o la soberanía como una actividad vital para los ciudadanos puede defenderse su prohibición para los jueces, magistrados y fiscales. Más vital aún es la de los médicos, y tienen reconocida la capacidad conflictiva. Y si hablamos, *ad limina*, de un colectivo con un poder en sus manos no susceptible de las alteraciones o excitaciones de la huelga, ¿qué decir de los trabajadores de las centrales nucleares, de los que nadie se acuerda, pero detentadores del derecho de huelga en cuanto trabajadores? ¿Y de los oficiales de prisiones? ¿Y de los empleados del Banco de España?

Creemos haber demostrado la escasa entidad de los argumentos sobre los que se basa la interpretación del silencio legal respecto a la huelga de jueces, magistrados y fiscales como silencio negativo. No hay argumentos de peso para adoptar semejante postura hermenéutica. Con ello nos volvemos a situar en el punto de partida: las leyes guardan silencio, y hemos de llegar a una solución que esté razonablemente fundamentada en el ordenamiento jurídico de nuestro país. ¿Cabe considerar, en tales términos, que el silencio legal puede interpretarse en sentido afirmativo o autorizatorio del derecho de huelga en ese ámbito?

El argumento básico para una respuesta favorable se encuentra muy accesible: la huelga es un derecho fundamental y no puede privarse de él por

11. La defensa de todos los intereses de sus afiliados incluye la de los intereses laborales, sin duda, e incluso diríamos que prioritariamente. Las asociaciones profesionales del art. 127 CE persiguen el lucro indirecto que caracteriza funcionalmente a los sindicatos, a cuya virtud benefician a sus afiliados con las acciones y acuerdos a que puedan llegar, de manera distinta a las asociaciones y a las compañías mercantiles, que o no persiguen ánimo de lucro, o buscan un lucro directo que después repercuten en sus miembros. Por otra parte, los sindicatos y asociaciones profesionales agrupan a personas asalariadas o dependientes, a diferencia de los colegios profesionales, las organizaciones profesionales y las organizaciones económicas, que agrupan a personas de toda condición.

12. Art. 29.4, Estatuto del Personal de Cortes Generales de 26 de junio de 1989, aprobado por las mesas del Congreso de los Diputados y del Senado.

un simple silencio de la legislación ordinaria. Si esos silencios pudieran interpretarse de tal modo, la década de los ochenta habría pasado a la historia como una década pobre en derechos fundamentales, que habrían ido surgiendo al ritmo de las leyes orgánicas reguladoras. ¿Y qué decir de Italia, donde el derecho de huelga sólo vino regulado en 1990? Numerosos países occidentales carecen de una legislación específica sobre la huelga y sobre derechos que se consideran fundamentales, sin por ello negar su ejercicio a los ciudadanos. En otras palabras, si la Constitución consagra un derecho, ha de hacerse lo posible por un disfrute inmediato del mismo, sin necesitar para ello de normas de desarrollo.

Pero además existe otro argumento que consideramos importante. El mismo silencio legal sobre el derecho de huelga para todo el ámbito de la Función Pública vino interpretado por la aludida sentencia TC 11/1981 en sentido positivo con el siguiente razonamiento, bien conocido: "el eventual derecho de huelga de los funcionarios públicos no está regulado -y por consiguiente, tampoco prohibido- por el Real Decreto-Ley 17/1977. Si no hay regulación -y tampoco prohibición- mal puede hablarse de inconstitucionalidad por esta causa"¹³. Eran tiempos en que los funcionarios se consideraban muy distantes de los trabajadores, su situación podría equipararse a la de los jueces respecto de los demás empleados públicos, y sin embargo el TC se mostró muy explícito en reconocer un derecho fundamental a quienes tenían en contra todos los argumentos de la doctrina administrativista para ser asimilados a los trabajadores del Derecho Privado. El paso se dió en 1981, y el Tribunal Supremo siguió el envite en numerosas sentencias, de las que podrían destacarse las veinte fechadas el mismo día, 12 de enero de 1984, antes que la Ley 30/1984 consolidara las posiciones avanzadas por la jurisprudencia. El abismo entre la Función Pública y los trabajadores era tan grande a comienzos de los ochenta, que el argumento fue calificado de "débil doctrina" por significados especialistas¹⁴, y sin embargo prosperó porque en el fondo amparaba a un derecho fundamental y ya la propia Constitución había roto las divisiones clásicas al reconocer a los funcionarios en su art. 28.1 un derecho tan **obrero** como el de libertad sindical.

Pero el defender el derecho de huelga en el ámbito objeto de análisis no significa sin embargo defender un derecho sin límites. Ya se ha encargado el Tribunal Constitucional de decirnos quien no por

tratarse de un derecho fundamental van a ser derechos ilimitados, y de ese límite genérico no vamos aquí a hablar, pues lo daremos por supuesto. Pretendemos llegar a otra cuestión, enlazada con cuanto discutíamos al principio de la separación entre libertad sindical y derecho de huelga. Uno y otro tienen sus límites, y el negar que los límites de la libre sindicación no se aplican mecánicamente al derecho de huelga no debe inducirnos a pensar que éste queda libre de todo límite. Sencillamente, cada derecho tiene sus limitaciones específicas en la Constitución. A tenor del art. 28.1 CE, la libertad sindical se puede prohibir, y de hecho se prohíbe, a las Fuerzas Armadas y asimilados, esto es, a colectivos en función del cuerpo al que pertenecen; en cambio, y a tenor del art. 28.2 CE, el derecho de huelga tiene el límite de la garantía de los servicios esenciales para la comunidad, es decir, prohíbe la cesación de actividades vitales para la comunidad con independencia de qué clase de personas las atiendan, ni de los cuerpos o categorías a que pertenezcan. La huelga de jueces, funcionarios y fiscales no está libre de límites específicos, sino que sencillamente se trata de **otros** límites específicos, los enunciados en su propio precepto constitucional. Bajo tal prisma, lo prohibido no será la cesación de actividades por esos grupos de funcionarios, sino la de determinadas funciones dentro de la Administración de Justicia, que *grosso modo* podríamos delimitar, como hacer el proyecto de Ley Orgánica de huelga, en las actuaciones concernientes a la libertad y seguridad de las personas (art. 11.2.13).

Aplicar al derecho de huelga de jueces, magistrados y fiscales los límites que le son propios abarca una parte, quizá la principal, de la problemática en torno a ese fenómeno. Hay problemas sucesivos, pero asimismo importantes, como el de delimitar los servicios mínimos en la Justicia (¿con la Administración como interlocutora, según el Proyecto de Ley Orgánica de Huelga, o con el Consejo General del Poder Judicial?) o el de controlar judicialmente la legalidad de las huelgas de este ámbito. ¿*Quid custodiat custores?*, podríamos interrogarnos. Aunque se nombren servicios esenciales y se cumplan escrupulosamente, si los magistrados de la Audiencia Nacional van a la huelga y les compete a ellos declarar su licitud o ilicitud, ¿no vendrán, con razón, recusados para tal menester? Una de las soluciones posibles del problema podría estar en la declaración previa sobre la licitud de la medida por parte del tribunal competente, una sentencia declarativa que desde hace tiempo se viene postulando para el

13. Fundamento jurídico nº. 11.

14. ALONSO OLEA, *Derecho del Trabajo*, edición de 1983, págs. 582-583.

conjunto de las huelgas. Otra, considerar en todo caso servicio mínimo la actividad del tribunal que sea competente para enjuiciar las actuaciones conflictivas de la huelga.

Otro orden de cuestiones hace referencia a la jurisdicción competente. Sin duda que la solución adoptada no debería presentar contradicciones con lo establecido para el resto de los funcionarios, y en tal caso la atribución de competencias viene hecha por el proyecto de Ley Orgánica de Huelga al orden contencioso-administrativo (art.20.2), en coincidencia con la Ley de Procedimiento Laboral (art.3.c).

Se trata ya de cuestiones derivadas. Para nosotros, la idea principal ya ha venido desarrollada en las páginas anteriores: el derecho de huelga tiene un asiento propio en la Constitución, independiente de la libertad sindical, y tiene asimismo sus límites propios, consistentes en la garantía de los servicios esenciales para la comunidad. El silencio de las leyes ordinarias respecto a los jueces, magistrados y fiscales sólo puede interpretarse en sentido positivo, al tratarse de funcionarios y de un derecho fundamental. El resto de los problemas comienza cuando aceptemos los postulados antevistos.

Código Civil Peruano

Compiladora: *Dra. Delia Revoredo*

Ultimas Colecciones de VI tomos a la venta en la oficina de Thémis, Revista de Derecho, en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Av. Universitaria s/n. San Miguel o al teléfono 454318 en horario de oficina.

Contenido

Tomos I y II

- Antecedentes legislativos
- Comparación con el Código Civil de 1936

Tomo III

- Concordancias e Indices Comparativos

Tomos IV, V y VI:

- Exposición de motivos y comentarios.

¿Hay Algo Imprevisible?

La Excesiva Onerosidad y la Impracticabilidad Comercial

Alfredo Bullard Gonzáles
Profesor de Derecho Civil de la
Pontificia Universidad Católica del Perú.
Ex- miembro del Comité Directivo de Thémis

1. Introducción

Es un principio universalmente aceptado el que los contratos son obligatorios entre las partes según los términos en ellos pactados. No es exagerado decir que si tal principio no estuviese consagrado, el Derecho Contractual simplemente no existiría.

Pero también son universalmente aceptados distintos principios que permiten a las partes liberarse del cumplimiento del contrato o simplemente modificar los términos de ejecución del mismo cuando se presentan determinadas circunstancias. Una de tales circunstancias es lo impredecible; es decir, aquello que las partes no pudieron imaginar que iba a suceder, y que modifica la base fáctica o jurídica sobre la que se celebró el contrato. Ello explica una serie de instituciones que constituyen excusas al cumplimiento en los términos pactados tales como la frustración del fin del contrato, la imposibilidad sobreviniente, el caso fortuito o la fuerza mayor, la excesiva onerosidad de la prestación o la impracticabilidad comercial.

En todas las instituciones mencionadas existe un elemento común: un cambio en las circunstancias imprevisibles al momento de celebración del contrato determina que éste no deba cumplirse en los términos pactados. Esto se suma al hecho que en el contenido normativo del contrato, es decir en las distintas cláusulas pactadas, no se ha regulado quién asume el riesgo de tal contingencia.

El objeto del presente artículo es analizar el tema de la **previsibilidad** y sus efectos en el ámbito

del derecho de contratos. Sin embargo, no buscamos comentar todos los supuestos reconocidos por los distintos ordenamientos jurídicos en los que un evento imprevisible sirve de excusa al incumplimiento. Hemos decidido limitar nuestro análisis a dos instituciones recogidas en dos sistemas jurídicos distintos.

La primera de ellas es la doctrina de la **impracticabilidad comercial**, figura del derecho norteamericano, y que es considerada como una excusa de cumplimiento del contrato. Esta defensa está prevista en el Artículo Segundo, Sección 615 del Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos. La norma excusa al deudor de cumplir con sus obligaciones "...si su ejecución de la manera pactada sería impracticable por la ocurrencia de una contingencia cuya no ocurrencia fue un presupuesto básico sobre el cual se celebró el contrato o por el cumplimiento de buena fe de cualquier regulación gubernamental extranjera o doméstica aplicable u orden se pruebe o no posteriormente que ésta fue invalidada"¹. La contingencia debe ser imprevisible, el riesgo no debe haber sido asumido directa o indirectamente por la parte que solicita que se excuse su incumplimiento o la que tampoco debe haber causado el cambio de circunstancias.

La otra institución es la **excesiva onerosidad de la prestación**, común a los Códigos Civiles promulgados bajo el sistema románico-germánico y que se encuentra acogido en los Artículos 1440 y siguientes de nuestro Código vigente. Según esta figura, si la ejecución de alguna de las prestaciones resulta siendo excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada

1. Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos. Artículo 2, sección 616.

puede solicitar al Juez que la reduzca o que aumente la contraprestación a fin de que cese la excesiva onerosidad. Sin embargo, el Juez puede, de acuerdo a nuestro Código, ordenar la resolución del contrato si el reajuste no fuese posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si así lo solicitara el propio demandado².

Ambas instituciones tienen en común el hecho de que su aplicación depende de un acontecimiento imprevisible para las partes al momento en que celebraron el contrato. Dicho acontecimiento modifica el equilibrio original entre las prestaciones pactadas. Existe pues para ambos sistemas alguna razón que justifica que el deudor de una prestación se libere de la obligación o cumpla en términos distintos a los pactados (sea porque se modifica la prestación o la contraprestación). El presente artículo pretende identificar cuál es esa razón, si es que ésta realmente existe.

2. ¿Existe Algo Impredecible?

Como hemos podido ver, la idea implícita tanto en el caso de la impracticabilidad comercial como de la excesiva onerosidad no se refiere a que la ejecución de las prestaciones se hayan tornado físicamente o jurídicamente imposible, sino imprácticas dados los términos contractuales existentes. Nada impide que el contrato se ejecute según lo acordado, pero de ejecutarse así se estaría aceptando un desequilibrio evidente entre las prestaciones involucradas. Por ejemplo, la caída del valor de las acciones de una empresa a menos del 25% del valor al que fueron adquiridas como consecuencia de un repentino e inesperado descenso de los precios internacionales de los bienes que dicha empresa producía antes de que se cumpla con transferir su propiedad, no impide que las acciones sean entregadas a su comprador. Sin embargo, es evidente que existe un desequilibrio abrumador que priva de fundamento fáctico a la ejecución del contrato según los términos en él acordados.

El problema que ambas instituciones pretenden resolver es el que una contingencia no contemplada expresa o implícitamente en el contrato cambia el equilibrio de intereses originalmente acordado y establecido por las partes³.

De hecho ningún contrato es comercialmente impracticable o excesivamente oneroso *per se*. Lo que es comercialmente impracticable o excesivamente oneroso es una obligación establecida dada la contraprestación contractualmente determinada.

Desde un punto de vista económico no hay nada imprevisible. Todo es previsible a un costo determinado. Cuando hablamos de la previsibilidad de un evento nos referimos a los costos de información involucrados para obtener la información necesaria para prever la posibilidad de su ocurrencia. Por ejemplo, cuando dos partes negocian un contrato de transporte que implica atravesar el Canal de Suez, existen costos involucrados en establecer qué contingencias pueden afectar su ejecución. Si se sabe que existen continuos conflictos bélicos en la zona que pueden determinar el cierre del Canal, es probable que las partes incluyan una cláusula que determine qué sucedería si explotase un conflicto armado que obligara, para cumplir con el contrato, que el barco tenga que dar toda la vuelta al continente africano. Pero si la zona fuese una absolutamente pacífica, en el que todos los países son buenos vecinos, el costo de prever las contingencias de una guerra se toma bastante más elevado, y menos probable que el contrato prevea cómo se distribuye dicho riesgo.

Para los economistas nada es imposible de prever. Algunos eventos son más caros de prever que otros. Aquello que comúnmente es considerado imprevisible es un evento cuyo costo de previsión es tan alto que no resulta razonable considerarlo en el contrato, pues los costos de previsión superan los beneficios de dicha previsión. Así por ejemplo se puede establecer en el contrato qué sucedería si el Canal de Suez se cerrara como consecuencia de un ataque extraterrestre, pero su costo de previsión bordea el infinito. Así hasta la fecha no se ha podido establecer la existencia de vida extraterrestre inteligente, y menos aún se han establecido sus posibles intenciones respecto a los terrícolas y si bien se piensa en la invasión extraterrestre como un tema de ciencia ficción, lo mismo se pensó en su tiempo respecto de las obras de Julio Verne. En dicha época llegar a la Luna era algo tan imprevisible co-

2. Artículo 1440 del Código Civil Peruano.

3. Cuando usamos la expresión "equilibrio de intereses originalmente acordado" no estamos diciendo que el valor de las prestaciones de ambas partes sean perfectamente equivalentes, sino que en el contrato original las partes se obligaron voluntariamente a intercambiar dichas prestaciones (y los valores que ellas representan) teniendo en cuenta ciertas circunstancias, que una inesperada contingencia han modificado.

mo lo es el día de hoy la invasión de extraterrestres. Sin embargo, el hombre ya llegó a la luna hace más de 20 años. En consecuencia, si dicha circunstancia ocurriese probablemente diríamos que era imprevisible (o no previsible a un costo razonable).

Cuando uno comprende que lo que debe analizarse no es el carácter realmente imprevisible de algo, sino lo irracional de incurrir en los costos necesarios para preverlo, comienza a entender cuál debe ser la lógica que explica instituciones como la impracticabilidad comercial o la excesiva onerosidad.

3. La Distribución Contractual del Riesgo de lo Imprevisible a un Costo Razonable

Creemos que el verdadero problema es que aquella contingencia considerada imprevisible, cambia la estructura de costos de ejecución del contrato y en consecuencia la pregunta que debe responderse es quién debe soportar el riesgo de dicho cambio. Una de las funciones más importantes que tiene el contrato es determinar la distribución de los distintos riesgos que puedan afectar los intereses de las partes. Ello hace que los contratos de ejecución inmediata, en los que ambas prestaciones se ejecutan simultáneamente, impliquen menos complicaciones en su redacción. Por el contrario los contratos en los que se difiere la ejecución de ambas o de alguna de las prestaciones involucran una dificultad mayor, principalmente porque deben contemplar la asignación de aquellos riesgos vinculados al cambio de circunstancias por el transcurso del tiempo (pérdida del bien, modificación del precio de mercado, aparición de nuevas oportunidades para las partes, etc.)

Utilicemos un ejemplo para graficar qué es lo que queremos demostrar: imaginemos que A compra una máquina de B. La máquina se encuentra en Vendedorlandia y la fábrica de A, donde la máquina debe ser destinada, queda en Compradorlandia. B asume claramente en el contrato la obligación de trasladar la máquina a Compradorlandia, pero el contrato no menciona en ninguna cláusula el medio de transporte a ser utilizado. El costo de producción de la máquina es de US\$ 20,000 y el costo de transportarlo por camión es de US\$ 3,000. El precio pactado (que incluye el transporte) es de US\$ 25,000, por lo que B espera obtener utilidades por US\$ 2,000. Así US\$ 2,000 constituyen el beneficio total que B recibe del contrato.

Por otra parte, el valor de la máquina para A es de US\$ 30,000, que es consecuencia de la evaluación que A ha hecho sobre el rendimiento productivo de la misma y las utilidades que ésta le brindará.

Como el precio pactado es de US\$ 25,000, la utilidad total del contrato para A se eleva a US\$ 5,000. El beneficio total del contrato para la sociedad es de US\$ 7,000 (US\$ 2,000 de beneficio para B y US\$ 5,000 de beneficio para A). El contrato y su ejecución en los términos acordados de acuerdo a las circunstancias existentes al momento de su celebración son social y económicamente eficientes. Ambas partes se benefician y nadie se perjudica.

Sin embargo, una inundación, evento realmente extraño en la zona, pues se trata de una región desértica, destruye la única carretera que unía Vendedorlandia con Compradorlandia. Como lógica consecuencia, es imposible transportar la maquinaria a su lugar de entrega en el momento pactado utilizando un camión, que es la forma como B tenía previsto cumplir su obligación. La única forma de cumplir el contrato es utilizando un avión. Pero si B utiliza un avión el costo de transporte se elevaría a US\$ 8,000.

Como consecuencia de la inundación ocurrida, la estructura de costos de ejecución del contrato se ha visto alterada. El costo de producción de la máquina sigue siendo US\$ 20,000 a los que B debe añadir los US\$ 8,000 del transporte por avión, con lo que cumplir el contrato de acuerdo a sus términos le cuesta ahora US\$ 28,000. Como el precio pactado es US\$ 25,000, B sufrirá una pérdida de US\$ 3,000 si es que decide cumplir lo acordado. Si esto hubiese sucedido en los Estados Unidos, B acudiría a una acción por impracticabilidad comercial solicitando que se le excuse de cumplir el contrato. Si por el contrario los hechos se hubiesen producido en el Perú, la acción sería una de excesiva onerosidad de la prestación y B hubiese solicitado probablemente que el Juez eleve el precio para cubrir el incremento imprevisible de los costos de transporte. En uno y otro caso deberá demostrarse que la inundación era un riesgo imprevisible no contemplado en el acuerdo.

Hay una diferencia en los efectos de la aplicación de ambas instituciones. En el caso de impracticabilidad comercial, B podrá liberarse de la obligación. En el caso de excesiva onerosidad, el Juez fijará un nuevo precio de por lo menos US\$ 28,000. En este último caso A pudo haber solicitado, al contestar la demanda, que se deje sin efecto el contrato. Sin embargo, en ambos casos el resultado final será prácticamente el mismo. Si se deja sin efecto el contrato como consecuencia de la teoría de la impracticabilidad comercial, pero A valora el bien en US\$ 30,000 le interesará igual que el contrato se ejecute pagando el nuevo precio que el juez establezca. Resuelto el contrato ofrecerá a B pagarle los

US\$ 28,000, pues aún recibiría un beneficio de US\$ 2,000. Así se celebrará un nuevo contrato con un precio reajustado.

El punto principal en la aplicación de ambas doctrinas es el carácter imprevisible de la contingencia. Para entender esto imaginemos que es posible que exista un contrato perfecto. Llamamos contrato perfecto a aquel que preve todas las posibles contingencias que pueden afectar su posterior ejecución. Así al contrato perfecto nada se le escapa, porque tiene todo previsto, sin importar los costos de previsión en los que ha incurrido. Será un contrato largo, en el que el número de páginas bordeará números astronómicos, quizás llegue al infinito. Pero se cubrirán supuestos tan dispersos como la muerte de las partes, la desaparición del bien por diversas circunstancias, la invasión de extraterrestres y quizás el propio fin del mundo.

Sin embargo, que un contrato sea perfecto no implica que el mismo contrato sea, en términos económicos, un contrato óptimo. El contrato perfecto será probablemente un contrato ineficiente, la razón es la existencia de costos de transacción. Para celebrar un contrato las partes tienen que incurrir en estos costos que van desde adquirir toda la información necesaria, perder tiempo en la negociación del mismo o incluso contratar un abogado para que redacte sus cláusulas. Los costos de transacción son todos aquellos costos en los que las partes deben incurrir para celebrar un contrato: todos podemos ver que los costos de transacción para elaborar un contrato perfecto son elevados. Se requiere adquirir cantidades inmensas de información que tiene un costo elevado, además se consumirá gran cantidad de tiempo negociando todas y cada una de las contingencias que puedan afectar la ejecución del contrato. Finalmente, la cuenta del abogado que redacte un contrato de tales características no será poca cosa. Los costos de transacción de un contrato perfecto son de tal naturaleza que probablemente coincidiremos en que sus costos de transacción son infinitos. Así, un contrato que prevea absolutamente todas las circunstancias no existe en la realidad y es sólo un presupuesto de trabajo teórico. Sin duda un contrato perfecto tiene costos muy superiores a los beneficios que éste podría generar.

De alguna manera, como ya dijimos, toda contingencia es previsible. Incluso el evento más inusual pensable puede ser previsto usando nuestra imaginación, si es que tenemos tiempo suficiente para dejarla recorrer el mundo de las posibilidades. El verdadero problema no es si la contingencia es previsible en los hechos, sino si es razonable, en tér-

minos de costos de transacción, contemplar su posible ocurrencia en el contrato, y asignar los riesgos que de ella se deriven.

Regresemos a nuestro ejemplo de la maquinaria cuya entrega se ve afectada por una inundación. El hecho de que la inundación sea algo realmente inusual en la región (imaginemos que existió una inundación similar cerca de un siglo atrás) no hace que se trate de un evento absolutamente imprevisible. Sin embargo, su carácter inusual puede llevar a que dicha contingencia no sea previsible a un costo razonable para las partes. La posibilidad era tan remota que no se hubiese justificado siquiera perder papel en preverla. Debemos considerar que el prever la inundación implicaría prever todos los demás eventos que sean igualmente improbables de ocurrir en la misma zona (por no haber ocurrido en los últimos cien años) como heladas, nevadas, terremotos, erupciones volcánicas, huracanes, tomados, tormentas, guerras, etc, los costos de tal esfuerzo no guardarían relación alguna con los beneficios.

Así, las posibilidades de que ocurriera la inundación podrían ser demasiado bajas como para justificar el costo adicional de negociar una cláusula que asignara tal riesgo entre las partes del contrato. En consecuencia el standard de previsibilidad tiene necesariamente que estar vinculado con los costos (racionales o irracionales) de contemplar en el contrato una contingencia determinada. Sólo así llegaremos a un contrato óptimo en términos económicos.

Pero la habilidad para prever una contingencia determinada no es necesariamente simétrica entre las partes. Cambiemos por un momento el supuesto que hemos asumido hasta aquí respecto a que la inundación era algo muy inusual. Imaginemos que Vendedorlandia y Compradorlandia están ubicadas en dos regiones de características geográficas y climatológicas distintas. Como consecuencia de ello las posibilidades de una inundación son distintas en ambas. Podemos asumir entonces que A puede obtener mejor información sobre las posibilidades de una inundación en Compradorlandia a un menor costo, y que B puede obtener mejor información sobre las posibilidades de una inundación en Vendedorlandia a un menor costo. Si el standard de previsibilidad está racionalmente determinado, las partes tendrán incentivos para proveerse mutuamente con la información razonable sobre la futura ocurrencia de una inundación (o cualquier otro evento que pueda afectar la ejecución del contrato) y pueden negociar acerca de cuál de ellas es la que mejor puede asumir el riesgo o asegurarse contra él. Esto

significa que aquél que puede proveer a menor costo la información de un riesgo razonablemente previsible debe cargar con la obligación de suministrar a la otra parte de la información relevante durante el proceso de negociación a fin de llegar a una más eficiente distribución de los riesgos contractuales. Así, aquella parte que enfrenta menores costos de información sobre un evento determinado puede minimizar los costos de transacción relacionados con dicho evento, principalmente los costos de adquirir información. Así ayudaría a conseguir un contrato óptimo, es decir un contrato donde el costo de prever los riesgos en el contemplado sea inferior a los beneficios derivados de tal previsión. De esta manera, la regla de previsibilidad razonable creará incentivos para negociar e incorporar en el texto de un contrato el número óptimo de términos para cubrir un nivel óptimo de riesgos (aquellos riesgos cuya previsión contractual genere beneficios que superen sus costos). Si una contingencia se produce, y la Corte determina que una de las partes podía haber previsto el evento a un costo razonable, deberá hacerla responsable del riesgo ocurrido. Así, si el riesgo produce un desequilibrio que perjudica a la parte que podía prever la contingencia a menor costo, no debe permitírsele liberarse de sus obligaciones tal como están pactadas (no podrá en su caso alegar ni la impracticabilidad comercial ni la excesiva onerosidad de la prestación). Por el contrario si el desequilibrio perjudica a la otra parte, esta podrá alegar como defensa la impracticabilidad comercial o la excesiva onerosidad según corresponda. Esta posición implica que el standard de previsibilidad que se adopte debe contemplar el carácter asimétrico que pueda existir entre los costos que enfrenta cualquiera de las partes para adquirir la información relevante.

4. Los Costos de Previsión del Riesgo vs. los Costos de Evitar el Riesgo

Es importante, para evitar confusiones, distinguir la capacidad de las partes para prever un riesgo y capacidad para evadir o neutralizar sus efectos. Ambas capacidades no reposan necesariamente en una sola de ellas.

Que una de las partes enfrente menores costos para obtener la información relevante a un posible evento que puede afectar la ejecución del contrato no implica que ella pueda tomar a menor costo las medidas necesarias para evitar que la contingencia afecte en los hechos la ejecución del contrato. Regresando a nuestro ejemplo, imaginemos que las inundaciones son muy extrañas en Vendedorlandia, pero relativamente comunes en Compradorlandia.

Así resulta que A puede suministrar en el proceso de negociación la información relevante a un costo razonable sobre una posible inundación en la región en la que se encuentra su fábrica, lugar donde la máquina debe ser entregada. Pero imaginemos a la vez que B puede tomar mejores previsiones contra la posibilidad de que el riesgo ocurra porque es propietario de un avión que permitiría salvar la contingencia si ésta se presentara. Así, si B recibiera información suficiente sobre la posibilidad de una inundación que le impidiera entregar la máquina por la vía terrestre, aceptaría asumir el riesgo de la inundación a cambio de un incremento en el precio del contrato. En consecuencia se incluiría una cláusula que establezca precios distintos en caso de una inundación o que establezca un precio más elevado que justifique la asunción del riesgo por parte de B. Pero repetimos que para que ello sea posible es necesario que A provea de la información necesaria a B.

En conclusión el primer análisis a aplicarse en el caso que una contingencia modifique la base contractual de manera que se genere un desequilibrio entre las prestaciones pactadas se relaciona con la previsibilidad a un costo razonable de la contingencia por alguna de las partes, lo que permitirá una correcta asignación del riesgo a aquella que puede tomar las mejores precauciones de haber previsto el evento al negociar el contrato. Si hecho el análisis pertinente se llega a la conclusión que aquella parte que debió prever la información relevante a un menor costo omitió hacerlo, entonces esta parte deberá asumir los costos generados por dicha contingencia. Sólo así se crearán los incentivos necesarios para que las partes provean la información adecuada a fin de llegar a un contrato que contenga un número óptimo de cláusulas contractuales.

5. ¿Y Qué Sucede con lo Realmente Imprevisible a un Costo Razonable?

Si una contingencia es imprevisible a un costo razonable para ambas partes no existe posibilidad de que una regla cree los incentivos para asignar tales riesgos en el contrato, salvo que tengamos una bola de cristal para ver el futuro. Es más, al sistema jurídico no le interesa que las partes entren a prever aquellos eventos cuyo costo de previsión supere el beneficio de previsión. ¿Qué sentido tiene entonces la existencia de la teoría de la **impracticabilidad comercial** o de la **excesiva onerosidad de la prestación** en estos casos? Sería irracional que las Cortes traten de crear incentivos para invertir recursos en prever una contingencia cuya previsibilidad es en sí misma irracional. Las partes no asumen

dicho riesgo, y desde el punto de vista de lograr el objetivo de la eficiencia, las partes no deberían asumirlo, por lo que no pueden ser inducidas a asumirlo en el futuro.

Tampoco debemos olvidar que la aplicación de cualquiera de las dos teorías mencionadas beneficia a una de las partes y perjudica a la otra. Aquella que se ve beneficiada con la diferencia de valor entre las prestaciones, se perjudica cuando el contrato es dejado sin efecto o sus prestaciones son reajustadas por la Corte. Y debemos tener en cuenta que este perjuicio no le es atribuible a él, porque es precisamente consecuencia de un evento imprevisible a un costo razonable para ambas partes.

Bajo esta perspectiva se podría quizás decir que tanto la **impracticabilidad comercial** como la **excesiva onerosidad** sólo pueden perseguir objetivos redistributivos, pues nada tienen que hacer con una mayor o menor eficiencia. Esto significaría que sólo implica querer beneficiar a una parte frente a la otra. Sin embargo, esta es una visión parcial y a nuestro entender equivocada.

Una función importante sería el preservar el valor creado por el contrato en el caso que éste deba seguir existiendo, y no permitir la ejecución del contrato cuando éste genere más costos que beneficios. Regresemos a nuestro ejemplo para graficar esto.

Asumamos nuevamente que la inundación que impide la entrega de la maquinaria utilizando la vía terrestre es realmente imprevisible para ambas partes a un costo razonable. Así no hay posibilidad de crear incentivos para que en el futuro se prevea contractualmente lo que no es eficiente prever, pero podrían presentarse dos circunstancias diferentes: Si el precio pactado era US\$ 25,000 y ahora le cuesta a B US\$ 28,000 cumplir el contrato⁴, quiere decir que podría sufrir una pérdida de US\$ 3,000. Pero sabemos que A valoriza la máquina en US\$ 30,000, con lo que sigue existiendo un beneficio para él de US\$ 5,000⁵. En consecuencia sigue existiendo un

beneficio social de US\$ 2,000 si es que el contrato se cumple⁶. Desde esta perspectiva es eficiente que el contrato se cumpla a pesar de la existencia de un evento imprevisible a un costo razonable como la inundación.

Pero la ejecución del contrato no es necesariamente un resultado eficiente. Cambiemos en algo los supuestos del ejemplo para apreciar por qué. Imaginemos que A valoriza la máquina no en los US\$ 30,000 indicados, sino en sólo US\$ 27,000. Esta valorización sigue justificando que haya aceptado un precio de US\$ 25,000 que le garantizaba un beneficio de US\$ 2,000⁷. Pero resulta que ahora a B le cuesta US\$ 28,000 cumplir el contrato a una pérdida de US\$ 3,000⁸. El cumplimiento del contrato, en lugar de producir un beneficio, produce una pérdida social de US\$ 1,000.⁹

El problema es que es difícil para la Corte ordenar el cumplimiento del contrato cuando es eficiente y excusar de su cumplimiento cuando es ineficiente. Para ello debería contar, con información respecto al valor subjetivo que A le asigna a la máquina por un lado, y la nueva estructura de costos en que B debe incurrir para cumplirlo por el otro. Una regla adecuada es aquella que induzca a las partes a ejecutar el contrato cuando éste es aún eficiente a pesar del cambio en la estructura de costos, y que a su vez induzca a la no ejecución del contrato cuando el cambio de circunstancias llevó a un resultado ineficiente. En otras palabras, el mejor mecanismo es aquel que incentiva a las partes a ajustar el contrato a términos más realistas dado el cambio de circunstancias. Si la regla ya descrita de previsibilidad a costos razonables es correctamente aplicada, existirán los incentivos para llegar a un contrato óptimo en términos de costos y beneficios de previsibilidad, es decir uno que prevea lo que es razonable prever y que no prevea lo que es irrazonable prever.

Veamos cuáles serían las consecuencias de aplicar la teoría de la **impracticabilidad comercial** tal como está recogida en el Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos. Si la inundación era real-

4. US\$ 20,000 del costo de producción más US\$ 8,000 del costo de utilizar el avión.

5. Los US\$ 30,000 de su valorización menos los US\$ 25,000 del precio pactado.

6. Que son consecuencia de restar de los US\$ 5,000 de beneficios de A los US\$ 3,000 de pérdida de B, o los US\$ 30,000 de valorización de la máquina en manos de A menos los US\$ 28,000 que le cuesta a B cumplir con el contrato.

7. Es decir los US\$ 27,000 de su valorización menos los US\$ 25,000 del precio que debe pagar.

8. Es decir los US\$ 28,000 que le cuesta cumplir menos los US\$ 25,000 del precio que va a recibir.

9. Esto es consecuencia que se deben gastar US\$ 28,000 para poner la máquina en manos de alguien que solo la valoriza en US\$ 27,000. Otra forma de ver lo mismo es restando de los US\$ 2,000 de beneficios que recibiría A si el contrato se cumpliera los US\$ 3,000 de pérdida que sufre B por cumplir el contrato.

mente un evento imprevisible a un costo razonable, B podría utilizar esta doctrina como una excusa para no cumplir el contrato. Si A valoriza la máquina en US\$ 30,000 y el nuevo costo como consecuencia de la inundación es de US\$ 28,000, la entrega de la máquina estará asignando este recurso a un uso más valioso, estando incluso A dispuesto a pagar un precio que refleje el nuevo costo (US\$ 28,000)¹⁰. En un mundo en el que no existan costos de transacción (o donde estos no son significativos) nada impedirá que A y B lleguen a un nuevo acuerdo. Así A ofrecería a B pagarle US\$ 28,000 (o quizás algo más) a condición de que éste no utilice la **impracticabilidad comercial** como una excusa para incumplir. Se modificaría el precio del contrato de US\$ 25,000 a US\$ 28,000, y llegaríamos a un resultado eficiente.

Si por el contrario A sólo valoriza la máquina en US\$ 27,000 lo mejor sería que el contrato quede sin efecto pues sus costos superan sus beneficios sociales. Bajo estas circunstancias y a pesar que no hemos asumido la existencia de costos de transacción, no habrá posibilidad de que se llegue a un nuevo acuerdo. Sería irracional que A ofrezca por la máquina un precio superior a su valorización de la misma. Por otra parte sería igualmente absurdo que B acepte para no oponer la defensa de la **impracticabilidad comercial** menos de US\$ 28,000, que es el nuevo costo de ejecutar el contrato dado el cambio de circunstancias. Siendo que A jamás pagaría más de US\$ 27,000 y B jamás recibiría menos de US\$ 28,000, un nuevo acuerdo es imposible de alcanzar.

¿Qué sucedería si en circunstancias similares aplicamos la teoría de la **excesiva onerosidad de la prestación**? Si la valorización de la máquina para A es de US\$ 30,000, B podrá demandar el reajuste del precio a fin de que refleje el cambio de circunstancias (es decir, el costo de US\$ 28,000). Como A sabe que dicho reajuste determinará un precio menor a su valorización tiene dos opciones: o espera el resultado final del juicio y paga finalmente el precio fijado por los tribunales o simplemente se acorará a B y le dirá que se desista de su demanda,

acordando un nuevo precio (no menor a US\$ 28,000) y ahorrándose ambos los costos del juicio. Nuevamente se llega a una solución adecuada. Si por el contrario la valorización de A es de sólo US\$ 27,000 invocará lo que dispone el segundo párrafo del Artículo 1440 y pedirá la resolución del contrato. Ello porque no estará dispuesto a esperar un reajuste del precio de US\$ 28,000 cuando sólo va a recibir una máquina que valoriza en US\$ 27,000. Nuevamente se llega a una solución eficiente. Esta situación explica la sabiduría del segundo párrafo del Artículo 1440 al permitir a la otra parte solicitar la resolución del contrato. Por este mecanismo se evita que el contrato se ejecute con las prestaciones reajustadas cuando ello puede resultar ineficiente en términos sociales.

Como hemos visto en los cuatro casos analizados¹¹, siempre se llega a una solución eficiente. Esto porque hemos asumido que no existen costos de transacción. En aplicación del Teorema de Coase, cuando los costos de transacción no son significativos no importa cuál es la regla legal que se adopte, pues siempre el mercado, a través de las transacciones que en él se producen, llegará a la solución más eficiente en términos sociales¹². Así, como asumimos que los costos de transacción son reducidos cualquier regla es eficiente porque las partes, a través de la negociación y facultad para modificar el contrato llegarán a una solución más eficiente.

Debemos considerar, sin embargo, que el análisis de los cuatro casos mencionados contenían otro presupuesto implícito. Este es que las Cortes están en capacidad de reajustar el precio de manera tal que refleje perfectamente el cambio en la estructura de costos. Así las Cortes podrían establecer a la perfección que el nuevo precio es igual a US\$ 28,000. Ello no es necesariamente cierto. El cálculo del nuevo costo de ejecución del contrato no es algo sencillo, menos aún para un ente no especializado en cálculo de costos de producción como un tribunal. Así, si existe incertidumbre sobre cómo efectuará el cálculo la Corte, será más difícil que las partes lleguen a un acuerdo, o dicho en otros términos, surgirán nuevos costos de transacción. Si A piensa

10. Este hecho cambiaría si, por ejemplo, otro ofertante del mismo tipo de maquinaria no afectado por la inundación puede suministrar el bien a un precio de US\$ 26,000. Entonces A preferirá dejar sin efecto el contrato y comprar la máquina por el nuevo precio ofrecido.

11. Es decir:

- a) Cuando A valoriza la máquina en más del precio reajustado aplicando la doctrina de la impracticabilidad comercial.
- b) Cuando A valoriza la máquina en menos del precio reajustado aplicando la doctrina de la impracticabilidad comercial.
- c) Cuando A valoriza la máquina en más del precio reajustado aplicando la doctrina de la excesiva onerosidad de la prestación.
- d) Cuando A valoriza la máquina en menos del precio reajustado aplicando la doctrina de la excesiva onerosidad de la prestación.

que la Corte subvaluará el nuevo precio o si B piensa que lo sobrevalorará pueden surgir incentivos para no celebrar una nueva transacción que resuelva el problema.

Si tomamos en cuenta que es posible que la Corte se equivoque por no contar con información suficiente lo ideal es un sistema que minimice su intervención, no permitiéndole tener las facultades como para reajustar el precio. Dado este supuesto, la doctrina de la **impracticabilidad comercial** es más eficiente. Ello porque al dar el derecho a B para eximirse de cumplir el contrato obliga a las partes a renegociar sobre si el contrato debe o no ejecutarse con un reajuste de precio sin que puedan especular en base a la posibilidad de una subvaluación o sobrevaloración por parte de la Corte. En otras palabras el **reajuste** de la contraprestación será tanto de la negociación entre las partes y no de una decisión de los integrantes de la Corte que finalmente son ajenos a la relación contractual. Es de esperar que las partes gocen de información mucho más completa que las Cortes sobre los costos de ejecución contractual, con lo que la posibilidad de error se reduce, contribuyéndose así al objetivo de alcanzar la solución más eficiente.

6. ¿Y Qué Pasa si los Costos de Transacción son Significativos?

Si los costos de transacción fuesen demasiado altos como para permitir que A y B renegocien el precio del contrato, deja de ser cierto que es indiferente cuál es la regla legal que se adopte. Veamos qué sucede en los mismos cuatro casos comentados cuando los costos de transacción son lo suficientemente elevados como para no permitir una renegociación del precio entre las partes luego que las circunstancias se han modificado por un evento imprevisible.

Dentro de la doctrina de la **impracticabilidad comercial**, si A valoriza la máquina en US\$ 30,000, y se produce la inundación que eleva el costo de ejecución del contrato por encima del precio (es decir, por encima de US\$ 25,000, en nuestro ejemplo US\$ 28,000) B se excusará de cumplir alegando el cambio impredecible de las circunstancias. Como

los costos de transacción son elevados no habrá la posibilidad de una renegociación y en consecuencia la máquina nunca será entregada a A a pesar de que por su valorización de la misma se estaría asignando a un uso más valioso. Llegamos pues a un resultado ineficiente.

Dentro de la misma doctrina de la impracticabilidad comercial, si A valoriza la máquina en US\$ 27,000 y se produce la inundación que eleva el costo de ejecución a US\$ 28,000, B se negará a cumplir alegando el cambio de circunstancias. Ese resultado es compatible con el objetivo de la eficiencia, pues no se entregará la máquina a un uso valorizado sólo en US\$ 27,000 a un costo de US\$ 28,000, con una pérdida social de US\$ 1,000. Es indiferente en este caso que los costos de transacción sean elevados, pues sin necesidad de acudir a una nueva transacción llegamos al resultado adecuado. Así, ocasionalmente, dada la valorización que A tiene de la máquina, tenemos la suerte que la regla nos conduzca a un resultado deseable.

Podemos apreciar que en el caso de la regla de la impracticabilidad comercial, ésta no siempre garantiza un resultado eficiente.

Si analizamos la regla de la **excesiva onerosidad de la prestación** contenida en nuestro Código veremos que las cosas son diferentes. Si A valoriza la máquina en US\$ 30,000 y se produce la elevación del costo de ejecución a US\$ 28,000 como consecuencia de la inundación, B pedirá el reajuste del precio a dicha cantidad. Si asumimos por un momento que la Corte está en capacidad de realizar tal reajuste de manera precisa y adecuada A no pedirá la resolución del contrato, pues a pesar de que tiene que pagar US\$ 3,000 por encima del precio acordado, todavía obtendrá beneficios por US\$ 2,000.¹³ Llegamos así a un resultado eficiente a pesar de la existencia de costos de transacción que impidan una renegociación del contrato.

Cambiando el supuesto de la valorización de A, de manera que sea US\$ 27,000 vemos que la regla de la **excesiva onerosidad** nos vuelve a conducir a un resultado eficiente. B pedirá el reajuste del precio

12. El llamado teorema de Coase fue fruto del genio de Ronald Coase, premio Nobel de Economía 1991, tal como aparece reflejado en su artículo *El Problema del Costo Social* o *The Problem of the Social Cost*, en *Journal of Law and Economics*, No. 3, p. 1. Para un mayor detalle de los alcances del teorema de Coase ver Bullard, Alfredo *Alfondo hay sitio! Puede el Teorema de Coase explicarnos el problema del Transporte Público?*, en *Thémis, Revista de Derecho*. No. 21, 1992 pp. 93-100 ó Bullard Alfredo, *Ronald Coase y el Sistema Jurídico. Sobre el Nobel de Economía 1991*, en *Apuntes*, Primer Semestre, 1991 No. 28 pp. 65-71.

13. Los US\$ 30,000 de su valorización menos los US\$ 28,000 del nuevo precio que fijarán las cortes.

a US\$ 28,000. Como A sabe que es cantidad ésta por encima de la valorización que él ha hecho del bien (es decir por encima de US\$ 27,000) solicitará que el contrato se resuelva. Como consecuencia de la resolución, el contrato no se ejecutará, evitándose incurrir en una pérdida social de US\$ 1,000.¹⁴.

Como hemos visto la regla de **excesiva onerosidad de la prestación** sí nos conduce siempre a un resultado eficiente. Sin embargo, esta conclusión está sujeta a que la Corte haga un cálculo adecuado de nuevo costo de ejecución de las prestaciones para que éste se refleje en el precio.

La explicación de este resultado es sencillo. Cuando no hay costos de transacción la mejor regla es la que limita la intervención de las Cortes, pues evitando los errores de éstas en la valorización del nuevo precio se evita cualquier distorsión, por un lado, y se deja el camino abierto para que el mercado, a través de la renegociación del contrato, nos conduzca a un resultado eficiente.

Por el contrario, cuando los costos de transacción son significativos, y podemos confiar en las Cortes para efectuar un reajuste del precio adecuado, no debemos confiar en el mercado, permitiendo que las Cortes simulen el resultado al que dicho mercado nos llevaría de no existir costos de transacción. Así, en nuestro ejemplo, A solicitará la resolución del contrato cuando considere que los costos para él, como consecuencia del reajuste del precio, son superiores a los beneficios, y no lo hará cuando el contrato le siga brindado beneficios a pesar de la modificación del precio.

7. Posición Personal

Hemos concluido en el punto anterior que cuando los costos de transacción son reducidos es preferible adoptar una norma como la que propone la doctrina de la **impracticabilidad comercial**. Ello porque concediendo la facultad a la parte perjudicada por el cambio impredecible de circunstancias de excusarse de cumplir su prestación, se crean incentivos para renegociar el precio. A través de la renegociación las partes llegarán a un resultado eficiente, evitando a la vez los posibles errores que la Corte pueda cometer al reajustar el precio. Por el contrario la posibilidad de error de los tribunales, implícita en la teoría de la **excesiva onerosidad**, crearía incertidumbre y la incertidumbre falsas expectativas que harían a su vez más difícil un nuevo

acuerdo entre las partes.

De otra parte, cuando los costos de transacción son elevados, no se puede confiar en los mecanismos de mercado para solucionar el problema. Dado este supuesto la intervención de la Corte para reajustar el precio y la facultad de la parte que no solicita el reajuste para pedir que se resuelva el contrato pueden conducirnos a un resultado adecuado. Esto siempre y cuando no existan errores significativos en la decisión judicial que nos lleven a una solución ineficiente.

En resumen, cuando se pueda confiar más en el mercado que en la capacidad de las Cortes para reajustar el precio, es preferible una regla como la del *common law*. Por el contrario, cuando podamos confiar más en la capacidad de las Cortes para reajustar el precio que en el mercado, como consecuencia de los costos de transacción, la regla de la **excesiva onerosidad** parece la opción más recomendable. Ante esta disyuntiva: ¿qué regla debemos elegir?

En nuestra opinión la regla más adecuada para este tipo de problemas es la del *common law*. Ello porque normalmente, dadas las circunstancias que rodean los casos mencionados, no existen razones fundadas para pensar que los costos de transacción son elevados. No olvidemos que las partes ya han celebrado previamente un contrato: aquel al que las circunstancias imprevisibles han tomado en comercialmente impracticable o en excesivamente oneroso. Ello porque las partes ya se conocen y tiene información sobre quiénes son y sobre las prestaciones involucradas. Como vimos, uno de los componentes más importantes de los costos de transacción son los costos de información que en el caso bajo comentario son relativamente bajos si consideramos que las partes ya se conocen y negociaron previamente un contrato que llegaron a perfeccionar.

Por el contrario no existen razones fundadas para pensar que las Cortes pueden ser órganos lo suficientemente preparados para llevar a cabo reajustes de precio exactos según el cambio de la estructura de costos del contrato. La dificultad de calcular los costos de ejecución de un contrato (que involucra elementos difíciles de calcular como por ejemplo los costos marginales de producción) hace que desconfiemos de las Cortes para cumplir dicho fin. Imaginemos sino el caso de una devaluación traumática e impredecible de la moneda acompañada de una aguda **recesión** del mercado inmobiliario. Pue-

14. Es decir transferir el bien a un uso valorizado en US\$ 27,000 a un costo de US\$ 28,000.

de darse el caso de que la caída del valor de la moneda vaya acompañada de una caída del valor de los inmuebles que haga difícil calcular cuál es el valor real de las prestaciones involucradas.

Dentro de esta perspectiva -la confianza en que los costos de transacción para la renegociación suelen ser reducidos mientras que la posibilidad de un error judicial en el reajuste del precio es elevada- nos inclinamos por aquella regla que incentiva a que los mecanismos de mercado entren en acción y limita la intervención de los tribunales al mínimo indispensable.

8. Conclusión

La intención del presente artículo ha sido desmistificar la idea de que lo imprevisible justifica en sí mismo la modificación de los términos de un contrato. Instituciones como la **impracticabilidad comercial**, la **excesiva onerosidad** u otras que se apoyan en el carácter impredecible de un evento para permitir que un contrato no se ejecute según los términos en él pactados, persiguen funciones económicas y sociales perfectamente identificables. No es pues que lo impredecible esté rodeado de un aura mágica que se convierte en una justificación en sí misma para no cumplir o para modificar un contrato. Todo en el Derecho debe tener una explicación y sólo hemos buscado la explicación en este caso.

Sin duda instituciones como la **impracticabilidad comercial** o la **excesiva onerosidad** pueden crear incentivos para una correcta asignación de los riesgos contractuales entre las partes. Así un **standard de previsibilidad** razonable llevará a que las partes se informen mutuamente sobre las contingencias que pueden afectar la ejecución posterior del contrato. Esto es especialmente importante cuando la capacidad de previsión entre las partes es asimétrica.

Pero incluso en aquellos supuestos en que ninguna de las dos partes puede prever una contingencia a un costo razonable, estas instituciones deben cumplir el rol de permitir, luego de ocurrida la contin-

gencia, que los beneficios del contrato se conserven si éste sigue siendo eficiente o que simplemente éste no se ejecute si sus efectos serían económicamente inadecuados.

Se busca pues conseguir contratos óptimos en cuanto al nivel de previsión de futuras contingencias, así como mecanismos que garanticen la ejecución de aquellos contratos que sigan siendo eficientes a pesar de las contingencias ocurridas. No todo desequilibrio justifica privar de efectos al contrato.

Como hemos podido ver en el presente artículo los problemas mencionados nos conducen a una discusión sin duda ideológica y que en los últimos tiempos ha tomado especial relevancia. ¿Debemos confiar en el mercado como el mejor mecanismo para resolver todos los problemas? ¿O es que acaso debemos confiar más en el Estado (en el presente caso en las Cortes) para conducirnos a la solución más adecuada?. En general en lo que concierne a los intereses de las partes son éstas las que están en mejor aptitud para saber qué les conviene y qué no les conviene. No olvidemos que las Cortes son siempre terceros extraños a la relación contractual. Así no dudáramos de la providencia de los jueces y de su capacidad profesional, no podemos dudar de que están en una posición inferior respecto de las partes para establecer qué es lo más conveniente. Ello no necesariamente es una crítica al Poder Judicial, sino una constatación respecto a los problemas que tiene éste para obtener la información relevante para las decisiones que tiene que tomar.

Así este artículo nos sirve como excusa para plantear una hipótesis aplicable no sólo al supuesto analizado, sino en general a todas las instituciones jurídicas vinculadas a la autonomía privada. En aquellos supuestos donde los costos de transacción son reducidos son las partes las que deben resolver los problemas que se susciten y la mejor regla legal será aquella que minimice la participación de los tribunales a lo indispensable, pues los errores judiciales pueden conducir a un incremento de los costos de transacción.

La Medida Cautelar Innovativa “Embozada”

Jorge W. Peyrano

Juez de la Cámara de Rosario (Argentina)

“Negar la verdad es un adulterio del corazón.”

San Agustín

¿Quién puede cuestionar la “verdad” de la cita -tomada (nada menos) de la Patrística- que sirve de copete? ¿Quién podría cuestionar la exactitud de esa sentencia tan hermosa -aunque de fuente menos prestigiosa que la anterior- que dice que “nunca es triste la verdad, pero lo que no tiene es remedio”? Y lo que no tiene “remedio” es el deber moral que pesa sobre todos consistente en que, de una vez por todas, seamos sinceros y nos ajustemos a la realidad que nos circunda, imponiéndonos su presencia insoslayable. Pero vayamos a lo que, presumimos, resultará más interesante al lector de una publicación de las características de la que contiene este hilván de sentimientos y razonamientos.

Por diferentes motivos, el razonamiento jurídico tiene, a veces, que seguir “camino torcidos”. Es decir que, en ciertas ocasiones, se encuentra en la necesidad de “cerrar los ojos” ante lo evidente y así, por ejemplo, abstenerse de formular la calificación jurídica pertinente por no estar todavía maduro el entorno social para aceptarla y consumirla. No se crea que por lo expresado estamos afirmando que le echamos la culpa, exclusivamente, a los estrados judiciales por retrasarse en la recepción de novedades doctrinales. Nada de eso. También el legislador (que casi siempre llega después de lo conveniente) retrasa más de la cuenta la bienvenida a instituciones jurídicas deseables. Vayan como ejemplos - ¡y hay tantos!- lo ocurrido con las astreintes y con la

prohibición de innovar, aplicadas, reiteradamente por los jueces mucho antes que el legislador tuviera a bien incorporarlas a los cuerpos codificados.

Pero, a lo que convoca el epígrafe es a denunciar no tanto el “retraso” en aceptar la medida cautelar innovativa, sino más bien a poner sobre el tapete que se la aplica, más -eso sí- un tanto “vergonzantemente” puesto que no se la denomina por su *nomen juris*. Y lo señalado, se da tanto en el plano jurisprudencial como en el legislativo y en el doctrinal.

Antes -claro- conviene recordar qué es la medida cautelar innovativa, puesto que, al fin y al cabo, es su defensa la que nos convoca. A esta altura ya suena un poco a obvio repetir su descripción, diciendo que es una medida cautelar excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, medida que se traduce en la injerencia de oficio en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a Derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor. Adviértase la calidad excepcional de esta medida cautelar. Es que la misma -a diferencia de la mayoría de las otras- no afecta la libre disponibilidad de bienes por parte de los justiciables (vgr. embargo, prohibición de contratar, inhibición, etc.) ni tampoco impera que se mantenga el

status existente al momento de la traba de la *litis*. Va más lejos, ordenando, sin que medie sentencia firme de mérito, que alguien haga o deje de hacer algo, en sentido contrario al representado por la situación existente¹. Como también consignamos que el tiempo no ha transcurrido en vano desde su primera aparición doctrinal allá por 1975², a punto tal que la susodicha descripción ya podría ser objeto de alguna “cosmética” para dar a entender que ha desaparecido (en los hechos) uno de los recaudos que primigeniamente se exigiera para su despacho favorable³.

Ahora sí, comenzaremos por allegar una muestra de “embozamiento” jurisprudencial. Se trataba de un caso en el cual una empresa de transporte público de pasajeros, por un error de imprenta, había consignado en los pasajes que emite, entre otros números telefónicos que le pertenecen el correspondiente al domicilio particular del actor. Esta circunstancia ocasionaba innumerables molestias personales y familiares, por el permanente requerimiento de horarios y detalles de los viajes. Como medida cautelar, se dispuso testar en la papelería de la demandada el número telefónico del accionante, así como también ordenar la publicación en los cinco diarios de mayor circulación en el país, de los números correctos. Este es un claro ejemplo de que el anticipo cautelar adelanta la solución misma a adoptarse en la sentencia⁴. Una lectura somera de la totalidad del fallo en cuestión (ajustado y atinado, aparentemente) permite - sin dificultades- colegir que la medida cautelar innominada emitida no era, en verdad, otra cosa que una diligencia innovativa. Ahora bien: dicho decisorio data de 1988 (casi ocho años después que la medida innovativa recibiera su espaldarazo científico en el X Congreso Nacional de

Derecho Procesal celebrado en Salta), cuando ya por entonces la cautelar innovativa era “doctrina recibida”⁵. ¿Puede siquiera pensarse por un momento que los distinguidos magistrados intervinientes desconocían su existencia? Sin embargo, se optó por lo más seguro: aplicar las concomitancias de la doctrina pero no usar su *name juris*. Generalmente no es aconsejable “elevantronos a los principios y cadalsos a sus consecuencias”, por más que -lo descontamos- el tribunal interviniente haya tenido sus buenas razones para proceder como lo hiciera, movido, quizás, por ese espíritu judicial tan poco proclive a echar mano a aquello que no cuenta con el respaldo de un texto legal. Decíamos que generalmente no es aconsejable la inconsecuencia en materia jurídica. Pruebas al canto: imagine el lector el impulso que hubiera recibido la doctrina de la medida cautelar innovativa si hubiera sido llamada por su nombre en el paradigmático caso citado y, por más, de boca de tan prestigiosos jueces.

En el nivel legislativo, podemos decir que también ha habido “embozamiento”, aunque hasta cierto punto excusable puesto que, en general, cuando se han incorporado legalmente instituciones o figuras que sin recibir el *nomen juris* de medidas innovativas son tales, las mismas databan de épocas anteriores a la irrupción de la susodicha doctrina. Ya tuvimos ocasión de estudiar diversos supuestos (englobados bajo el título “casuística legal”), respecto de los cuales apuntamos lo siguiente: “En varios ámbitos jurídicos existen supuestos en cuyo mérito el legislador ha implementado diligencias innovativas. Por supuesto que al sancionar las mencionadas normas, no se preocupó por buscar en su naturaleza jurídica. Pero lo cierto es que, sin proponérselo, sembró el ordenamiento nacional de numerosas encar-

1. PEYRANO, JORGE W. *Medida cautelar innovativa*, Bs. As. 1981, Editorial Depalma, pág. 21.

2. PEYRANO, JORGE W. *Procedimiento civil y comercial*, Rosario 1991. Editorial Juris, Tomo I, pág. 46.

3. *Ibidem*, página 46: “Quizás, a la altura de los tiempos que corren, dicha descripción podría sufrir algún leve retoque productivo, vgr., de la circunstancia consistente en que la praxis tribunalicia ha hecho desaparecer la exigencia de que ocurra el cuarto recaudo (perjuicio irreparable) que se reclamaba como requisito propio y característico para el despacho de la innovativa”.

4. La Ley 1988-D, página 12.

5. Vida, por ejemplo, *Concordancias explicadas del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe*, (publicado en 1987), de ADOLFO ALVARADO VELLOSO, Editorial Rubinzal Culzoni, página 170, donde se lee lo siguiente: “De haber cambiado el estado de cosas en el ínterin y siendo necesario volver a la situación de hecho anterior, proceda la medida innovativa”.

6. PEYRANO, JORGE W. *Medida cautelar innovativa*, página 41.

7. Artículo 1071 bis Código Civil: “El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo a las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación”.

8. Artículo 2499 Código Civil: “... Quien toma que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares”.

naduras legales de la medida innovativa”⁶. Así, por ejemplo los artículos 1071 *bis* Código Civil⁷, 2499 Código Civil⁸, 2580 Código Civil⁹ y 252 de la ley 19.550¹⁰, entre otros.

Lo que sí puede calificarse en cierto modo, de “embozamiento” es la actitud asumida por los autores intelectuales de proyectos y aún de leyes procesales civiles más recientes que pese a tener ante sus ojos la realidad de la medida innovativa, prefirieron ignorarla bajo el disfraz de la medida innominada o bastardearla, supliéndola mediante el otorgamiento de un funcionamiento irregular a la prohibición de innovar. Nos contaron que en oportunidad de proyectarse la reforma de un muy antiguo Código Procesal Civil provincial, uno de los integrantes de la comisión propuso la incorporación de la medida cautelar innovativa, mereciendo por respuesta que su sistematizador se había abjurado de la misma, y que, además, tal incorporación resultaba demasiado arriesgada. No podemos dar fe de la exactitud de la versión, pero de alguna manera gráfica el misoneísmo que aqueja a buena parte de nuestro mundillo jurídico, tan poco propenso a ensayar algo nuevo a pesar de los reclamos de la hora.

Finalmente, le toca el turno a la doctrina. En honor a la verdad, debemos admitir que la doctrina nacional he llamado, en general, a las cosas por sus nombres, en la materia. Así es que no sólo no faltan estudios dedicados a la medida innovativa, sino que habitualmente ésta ha sido denominada de tal guisa. Forman excepción los casos en los cuales voces disertadas pero aisladas se han alzado contra la viabilidad de la referida figura cautelar o la han cuestionado elípticamente sosteniendo la procedencia de una prohibición de innovar con efectos retroactivos, y afirmando que esta última figura resulta suficiente para cubrir al vacío cautelar¹¹ que pretende llenar la diligencia innovativa. Constituye esto último una inaceptable forma de “embozamiento”.

Hoy tenemos la satisfacción de comprobar que una de las susodichas voces distinguidas que inclinaban su voto en pro del mencionado “emboza-

miento”¹² ha vuelto sobre sus pasos y parece reconocer la necesaria autonomía que debe predicarse respecto de la diligencia innovativa. Digamos lo que en la actualidad sostiene sobre el particular, por lo menos ante determinadas situaciones: “Desde esta óptica, el contenido de la medida precautoria debería detenerse allí donde su materialización conlleva la concesión del objeto mismo de la demanda de mérito, porque se comprometería la propia materia debatida en la causa de conocimiento afectándose precisamente el objeto del pleito, con menoscabo de garantías constitucionales como la defensa y la igualdad. Sin embargo, con esto no siempre alcanza para abarcar la multiplicidad de supuestos que la vida presenta. Hay ocasiones en que sólo otorgando anticipadamente lo que es sustancia de la *litis*, se está haciendo rendir al servicio su máxima eficacia, mediante una decisión rápida que preserve aún provisoriamente al valor justicia y evita perjuicios irreparables¹³. También admite que: “La finalidad precautoria no siempre es meramente conservativa. La realidad revela la existencia de situaciones que, de subsistir, ocasionarían un daño irreparable al demandante, lo que requiere más que mantener el status que, lisa y llanamente alterarlo... En segundo término, recordemos que si bien en la mayoría de los casos corrientes la actividad preventiva tiene lugar de un modo conservatorio, (asegurando los medios para el cumplimiento oportuno de la sentencia), en ocasiones también puede llegar a alcanzar un rol más acentuado, si así fuere exigido según las particularidades. Concretamente, haciendo coincidir al contenido de la medida cautelar con el contenido mismo de la sentencia final a la que se aspira. En este territorio del derecho a la intimidad es donde con mayor nitidez esa coincidencia se advierte como posible. En este sentido, más que acordar preferencia a la indemnización de los perjuicios, hay que arbitrar medidas que cancelen las injerencias, las intromisiones o que neutralicen los ataques a la intimidad.

No se crea que la satisfacción a la que aludimos más arriba es la consecuencia de que se nos haya “concedido la razón” a que provenga de que tal con-

9. Artículos 2500 del Código Civil: “La acción posesoria en tal caso tiene el objeto de que la obra se suspenda durante el juicio, y que a su terminación se mande deshacer lo hecho”.

10. Artículo 252 de la ley 19.550: “...el juez puede suspender a pedido de parte, si existieren motivos graves y no mediare perjuicio para terceros, la ejecución de la resolución impugnada, previa garantía suficiente para responder por los daños que dicha medida pudiera causar a la sociedad”.

11. GOTTHEIL, JULIO. *Un vacío en nuestros remedios procesales*, en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, tomo I, Año I, n° 2.

12. DE LAZZARI, EDUARDO N. *Medidas cautelares*, Tomo I, Bs. As., 1984, Editorial Platense, conf. páginas 584 y 585.

13. DE LAZZARI, EDUARDO N. *Protección cautelar del derecho a la intimidad*, en J.A., 1990-I, páginas 906 y 907.

cesión ha sido hecha por un disertador y serio jurista. Más bien, nuestra complacencia es la expresión de nuestro ánimo reconfortado al comprobar que tanta brega está cosechando algunos frutos. De todos

modos, esto recién empieza. Hacemos votos, pues, para que finiquite el "embozamiento" que, en todos los niveles, todavía soporta la medida cautelar innovativa.

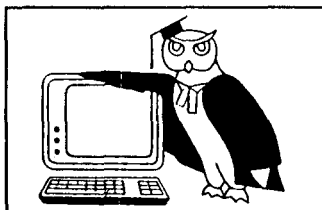
GRUPO SERFIN

SERVICIOS FINANCIEROS INTEGRADOS S.A.

CONSORCIO MINERO S.A. - CORMIN

INDUSTRIAL SELVA S.A. - INDUSEL

SERVICIOS DE INGENIERIA INTEGRADOS S.A.



MultiLex Soft

"El Fichero Legal"

MULTILEX, el Sistema Computarizado que contiene un banco de datos de toda la legislación peruana clasificada en más de 1,200 temas, a través de una completa organización de sumillas, modificaciones, concordancias y referencias. MULTILEX-PRINT, sistema manual de fácil acceso, puede ser utilizado en su escritorio sin necesidad de mecanismo alguno.

MULTILEX, informes en Kikijana 338 Lima - 30 - Telf./Fax: 742615 - 744525

¿Es Posible Reaccionar en Legítima Defensa Frente al Ejercicio Irregular de la Actividad Sindical?

Notas sobre los límites de esta eximente en el Derecho Español

Wilfredo Sanguinetti Raymond ¹

Catedrático de Derecho del Trabajo de la
Universidad de Salamanca (España)

1. Premisa

A través de la legítima defensa se hace referencia a determinadas situaciones-límite, en las que el ordenamiento jurídico considera justificado repeler una agresión ilegítima contra la propia esfera de bienes o derechos, aún a costa de inferir un daño a la del agresor². La razón por la cual se admite en estos casos la realización de conductas que, de mediar otro contextos, serían consideradas inequívocamente antijurídicas es doble: se trata, de un lado, de permitir al agredido proteger sus derechos del ataque; y, del otro, de posibilitar el restablecimiento del orden jurídico y del Derecho en general, afectados a través de la agresión³.

Aunque esta figura tiene como espacio principal de actuación el Derecho Penal, dentro del cual opera como causa de exclusión de la antijuricidad de las

conductas típicas realizadas dentro de sus presupuestos, se trata en realidad de una eximente capaz de operar con semejantes efectos justificantes en relación a todas las demás hipótesis de ilícito previstas por las distintas disciplinas jurídicas⁴. Esto incluye, en opinión de la doctrina, no sólo los ilícitos civil o administrativo, sino incluso al peculiar supuesto creado por el artículo 13 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical con la finalidad de reprimir los actos contrarios a la libertad sindical, consagrada por el artículo 28.1 de la Constitución Española: las "conductas antisindicales". De este modo, frente a un comportamiento dañoso proveniente de un sujeto sindical, cabría la posibilidad de que el afectado reaccione en legítima defensa contra éste, sin que tal proceder pueda ser tachado de antisindical⁵.

En este sentido, ha de tenerse en cuenta que las causas de justificación -de las que forma parte la

1. Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho del Trabajo de las Facultades de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Salamanca.
2. Como señala J. M. RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte General*, Madrid, Graf. Carasa, 9ª ed., 1983, pág. 555, "la situación de legítima defensa presupone que en el momento en que se produce el ataque injusto el individuo se halla abandonado a sus propias fuerzas, y que reacciona contra el injusto agresor. La otra alternativa consistiría en soportar la agresión injusta. En el fondo, pues, de toda legítima defensa late una situación de necesidad: el sujeto ha de sufrir un mal o inferirlo".
3. Sobre los fundamentos de la legítima defensa Vid., por todos, M. COBOS DEL ROSAL y T. S. VIVES ANTON, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Tirant lo blanch, 2ª ed., 1987, págs. 343 - 344.
4. Con carácter general, Vid. L. DIEZ PICAZO y A. GULLON, *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, Ed. Tecnos, 4ª ed., 1984, Vol. 2, pág. 633.
5. Cfr. F. DURAN LOPEZ, *La acción sindical en la empresa: su protección legal*, Bolonia, Real Colegio de España, 1976, pág. 204; y J. CASTINEIRA FERNANDEZ, "La tutela de la libertad sindical", Ed. Tecnos, 1986, pág. 361. En la doctrina italiana, R. SCOGNAMIGLIO, *Considerazioni sull'art. 28 dello Statuto dei Lavoratori*, Riv. Giuridica del Lavoro, 1971, I, págs. 178 - 179.

legítima defensa- convierten en lícita la conducta de quien obra a su amparo a la luz del conjunto del ordenamiento jurídico, impidiendo, por ello, que a su autor pueda imponérsele por su realización, no sólo una pena, sino cualquier otra sanción, ya sea ésta de carácter civil, administrativo o laboral⁶. El hecho que el artículo 13 de la Ley considere antisindical todo comportamiento que lesione los derechos de libertad sindical de cualquier trabajador o sindicato⁷, no debe, pues, inducir a confusión. A través de esta previsión la norma no busca incriminar cualquier acto que, de cualquier modo, ocasione daño a un sujeto sindical, sino exclusivamente aquellas conductas que causen un perjuicio al libre ejercicio de los derechos protegidos que pueda ser considerado contrario a Derecho, ilícito o antijurídico. Si bien es claro que, siendo la libertad sindical un derecho constitucionalmente protegido, todo comportamiento que impida o limite el ejercicio de alguno de los derechos que la componen ha de ser considerado, en principio, antijurídico, no cabe duda que semejante calificación no podrá sostenerse cuando el autor del impedimento o limitación actúa en defensa de su persona o bienes, repeliendo una agresión de fuente sindical⁸.

Empero, admitida la validez de la legítima defensa en este ámbito, surgen inmediatamente no pocas interrogantes en relación a los supuestos y las condiciones en que ésta resultaría aplicable. Así, cabría preguntarse, en primer lugar, si cualquier actuación dañosa de un trabajador o sindicato -la huelga y las demás medidas de conflicto colectivo por hipótesis lo son- es capaz de legitimar una reacción defensiva. Igualmente, si en todos los casos, exclusión hecha de las circunstancias, será válido responder directamente a la agresión con otra agresión. Finalmente, una vez admitida la necesidad de la defensa, si el

afectado -y, en especial, el empleador, que se halla en una especial posición de poder en relación a los sujetos sindicales- está autorizado para llevar a cabo cualquier ataque contra los derechos de éstos con el fin de conjurar el peligro.

Naturalmente, no son éstas cuestiones que la Ley resuelva directamente. Sin embargo, de la respuesta que a ellas se dé depende que la legítima defensa se sitúe dentro de sus justos alcances, o pueda ser utilizada como un factor más de desequilibrio en las relaciones sindicales, en clara contravención de los fines de garantía de la libertad y la actividad sindical propugnados por la propia Ley. Por esta razón, en las páginas que siguen se tratará de examinar cuáles son los alcances y los límites de la eximente de la legítima defensa, en lo que a su aplicación al ámbito de las conductas antisindicales se refiere.

2. Requisitos de la Legítima Defensa

Para valorar la incidencia que puede tener la legítima defensa en este campo debe partirse del examen de los requisitos que son necesarios para su configuración. En este sentido, ante la ausencia de una regulación específica de la institución por parte de las demás disciplinas jurídicas, es preciso remitirse al tratamiento que de ésta hace el Código Penal en su artículo 8.4.

Del contenido de este artículo se desprende que, para apreciar la eximente de legítima defensa, se requiere que concurren tres condiciones:

a) Una "agresión ilegítima", entendida en sentido amplio, no sólo como "acometimiento" o acto de fuerza material, sino también como ataque antijurídico-

6. Vid., G. RODRIGUEZ MOURULLO, *Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuricidad*, en AA.VV., *Estudios Penales. Libro Homenaje al Profesor J. Anton Oneca*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982, págs. 509 - 522.

7. Aunque la Ley no incluye expresamente una definición de lo que son las conductas antisindicales, la misma se desprende del contenido de dicho artículo, donde se señala que "**cualquier trabajador o sindicato que considere lesionados los derechos de libertad sindical, por actuación del empleador, asociación patronal, administraciones públicas, o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada**, podrá recabar la tutela del derecho ante la jurisdicción competente a través del proceso de protección jurisdiccional de los derechos de la persona".

8. Debe tenerse en cuenta aquí que, a través del elemento "lesión", la norma remite a un juicio de valor sobre la conducta del sujeto, que puede ser descompuesto en dos momentos: la constatación de que se ha causado un perjuicio al libre ejercicio de los derechos protegidos; y el establecimiento de que el mismo es contrario a Derecho (antijurídico). Lo primero sucederá si la acción origina una efectiva disminución del *quantum* de libertad sindical que el ordenamiento jurídico garantiza a los sujetos protegidos; en tanto que lo segundo ocurrirá siempre que no exista una norma que, en atención a la protección de otros bienes dignos de tutela, justifique su realización (como sucede, precisamente, en el caso de la legítima defensa). Sobre el tema, Vid. S. DEL REY GUANTER, *La conducta antisindical: principios generales a la luz de la Ley Orgánica de Libertad Sindical*, Relaciones Laborales, 1987, T.I., págs. 251 - 254; y, ampliamente, W. SANGUINETI RAYMOND, *Lesión de la libertad sindical y comportamientos antisindicales. Estudio de la estructura y el contenido del juicio de antisindicalidad*, Universidad de Salamanca, Tesis Doctoral, 1991, págs. 335-597.

co a un bien protegido por el Derecho. Naturalmente, la agresión ha de ser actual, puesto que sólo entonces es posible evitar o aminorar la lesión del bien mediante una reacción defensiva.

b) "Necesidad racional del medio empleado" para impedir o repeler el ataque; requisito éste que presupone la concurrencia de dos condiciones: necesidad de la defensa misma y racionalidad del medio utilizado para realizarla. La primera de estas exigencias sólo puede entenderse cumplida cuando la defensa es contemporánea a la agresión y constituye la única vía para hacerle frente. Por su parte, la segunda exige que, tanto la especie como la medida de los medios empleados, guarden proporción con la entidad del ataque, debiéndose en todo caso optar, de entre las diversas formas de defensa posibles, por la que permita enfrentar el embate causando el menor daño al contrincante.

c) "Falta de provocación suficiente por parte del defensor", al que no le está permitido actuar de forma temeraria o, peor aún, suscitar el ataque para luego valerse de la eximente como pretexto para lesionar la integridad o los derechos del atacante. Claro que, por provocación "suficiente" debe entenderse sólo la que aparezca normalmente como apta para dar lugar a una reacción agresiva, y no cualquier incitación de la que ésta no pueda previsiblemente desprenderse⁹.

3. El Requisito de la Preexistencia de una "Agresión Ilegítima".

Esta exigencia permite centrar, desde un inicio, el ámbito dentro del cual puede resultar operativa la legítima defensa tratándose de las relaciones colectivas de trabajo. Esto se debe a que su presencia

conduce a excluir de plano la posibilidad de recurrir a esta eximente para oponerse a la realización de actividades que constituyan manifestaciones del ejercicio lícito de la libertad sindical. En estos casos, aunque la conducta haya ocasionado algún perjuicio -la huelga constituye aquí el supuesto paradigmático-, es claro que no será posible considerarla constitutiva de un ataque antijurídico a la esfera de derechos del afectado, ya que se trata de la expresión de un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico, cuyas consecuencias negativas, de existir, han de ser soportadas¹⁰.

De esto se deduce que la operatividad de la legítima defensa ha de quedar aquí circunscrita a los casos en que la actuación de los trabajadores o las organizaciones sindicales no se encuentre amparada por la libertad de sindicación, bien por ser absolutamente extraña a este derecho, o bien por haber sido desarrollada excediendo los límites de su ejercicio legítimo, ya que estas hipótesis son las únicas en las cuales puede resultar factible que se produzca una agresión ilegítima a los derechos de un tercero¹¹.

Lo anterior no significa, naturalmente, que todo comportamiento no enmarcable dentro del tratamiento normativo de la libertad sindical deba ser considerado automáticamente como una agresión ilegítima capaz de dar pie a una reacción defensiva. Para que ello suceda es imprescindible que su puesta en práctica lesione (o ponga en peligro inminente de lesión) un bien protegido por el Derecho, puesto que, en caso contrario, no habría realmente ataque alguno del cual defenderse¹². De esto se desprende que no estarán amparadas por esta eximente aquellas supuestas acciones "de defensa" que se hayan adoptado frente a conductas que, aunque formal-

9. Sobre los requisitos de la legítima defensa, Vid. M. COBOS DEL ROSAL y T. S. VIVES ANTON, *Derecho ...*, cit., págs. 344-377; y F. MUÑOZ CONDE, *Teoría General del Delito*, Valencia, Tirant lo blanch, 1990, págs. 98 - 100.

10. Advierten que no existe agresión ilegítima cuando se ejercita un derecho: J. ANTON ONECA, *Derecho Penal*, Madrid, Ed. Akal, 2ª ed., 1986, pág. 273; y F. MUÑOZ CONDE, *Teoría ...*, cit., pág. 98. En el caso de los derechos de libertad sindical existe, no obstante, una peculiaridad que debe ser puesta de relieve: los perjuicios causados no son en algunos casos una consecuencia colateral de su ejercicio, sino el efecto que con él se persigue alcanzar. Así sucede, como se acaba de indicar, con el derecho de huelga, que constituye, en palabra de F. DURAN LOPEZ, *Derecho de huelga y legalización del conflicto de clases*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1967, pág. 100, "un derecho cuya esencia consiste precisamente en la producción de un daño". En la base del reconocimiento como derecho de un comportamiento que "por sí sólo resulta antijurídico" se halla, como asevera J. L. GOÑI SEIN, *La responsabilidad civil del sindicato por huelga*, Rev. Española de Derecho del Trabajo, 1990, núm. 43, pág. 419, la consideración de ésta como "el vehículo a través del cual puede realizarse una de las funciones esenciales del Estado Social y Democrático de Derecho, cual es que la igualdad del individuo y de los grupos (...) sean reales y efectivas".

11. De modo semejante, R. SCONAMIGLIO, *Considerazioni ...*, cit., pág. 178, limita la legítima defensa a los casos en que "la agitación de los trabajadores y la misma actividad sindical asume el tono de una conducta ilícita".

12. En este sentido, F. MUÑOZ CONDE, *Teoría ...*, cit., pág. 98, señala que la antijuricidad del ataque "no debe ser puramente formal, sino material; es decir, debe darse una efectiva puesta en peligro de bienes jurídicos defensibles, que con la agresión estén en verdadero riesgo inminente de ser lesionados".

mente no están cubiertas por legalidad, no sean materialmente antijurídicas, por no ocasionar a los derechos del presunto "defensor" ningún perjuicio apreciable. Así, si las mismas afectan algún derecho sindical, deberán ser reputadas constitutivas de una conducta antisindical.

De la delimitación que se ha hecho de lo que debe entenderse por agresión ilegítima, es posible deducir que el ámbito en el que esta clase de actos pueden producirse es, fundamentalmente, el de las medidas de conflicto colectivo, dentro del cual los trabajadores y sus organizaciones se hallan en la disposición de llevar a cabo una variedad de actuaciones cuyo común denominador es estar dirigidas a "ejercer una presión respecto de la contraparte para inducirla a hacer o no hacer algo", y para determinar de este modo "un diferente ajuste" de las relaciones entre ambas¹³. La experiencia demuestra que es en este marco donde con mayor facilidad pueden deslizarse, al calor de un creciente antagonismo entre las partes, medidas de fuerza (contra el empleador, las autoridades, otros trabajadores o incluso terceros) no amparadas por la libertad sindical o alguno de los derechos de conflicto que ella comprende, susceptibles de configurar un ataque antijurídico del cual puede resultar legítimo defenderse.

Así sucede, en especial, en los casos en que el mecanismo elegido para apuntalar las reivindicaciones sindicales posee un indiscutible carácter delictivo: actos de sabotaje, que impiden o entorpecen el desarrollo normal del trabajo, destruyendo o inu-

tilizando la maquinaria, los **stocks** o los útiles de trabajo¹⁴, capaces de dar forma a un delito de daños (artículo 557 a 563 *bis* del Código Penal) o de incendio y otros estragos (artículos 547 a 556 del Código Penal); formación de piquetes violentos o intimidantes, dirigidos a forzar a los trabajadores para que se adhieran a una huelga o participen en ciertas acciones de protesta, cuya actuación puede dar lugar a un delito de coacciones (artículo 496, párrafos 2º y 3º, del Código Penal)¹⁵; publicación en los "tablones de anuncios" de comunicados sindicales injuriosos, aptos para configurar un delito de injurias (artículos 457, 458 y 459 del Código Penal)¹⁶, etc.

La misma situación puede presentarse, sin embargo, cuando la conducta conflictiva, aún sin constituir un delito, rebasa los límites del ejercicio legítimo de la libertad sindical, lesionando derechos u ocasionando daños a terceros: huelgas ilegales, colocadas al margen del ordenamiento jurídico del artículo 11 del Real Decreto-Ley 17/1977, de Relaciones de Trabajo; huelgas "abusivas" o "desproporcionadas", entendiendo por tales aquéllas en que "el daño sea grave y haya sido buscado por los huelguistas más allá de lo que es razonablemente requerido por la propia actividad conflictiva y por las exigencias inherentes a la presión que la huelga necesariamente implica" (Sentencia del Tribunal Constitucional 72/1982, de 2 de diciembre de 1982, fundamento 4), declaradas ilícitas por el artículo 7.2 del citado Decreto; o, en general, según el mismo, "cualquier otra forma de alteración colectiva del régimen de trabajo distinta a la huelga", conceptuada a su vez como "cesación de la prestación de

13. G. Giugni, *Derecho Sindical*, trad. cast. de la 5ª ed. italiana a cargo de J. VIDAL SORIA y J. MONTALVO CORREA, Madrid, IELSS, 1983, pág. 217.

14. Aunque esta acciones son más bien características de los orígenes del movimiento obrero (ludismo, antimaquinismo), no puede descartarse que, en un clima de crispación, puedan adoptarse medidas semejantes. Así, la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 20 de septiembre de 1980 relata como "en un ambiente de intensa actividad de los piquetes y de enfrentamientos personales, se llegó a (la) rotura de cristales, incendio y destrucción de planos y material de oficina, además de la colocación en la puerta común, por la que acceden la demandada y otra empresas en los terrenos de la Central nuclear de Cofrentes, de unas botellas de acetileno con la amenaza de hacerlas explotar".

15. No obstante, en estos casos debe tenerse en cuenta que, como advierte L. ARROYO ZAPATERO. Madrid, Ed. Praxis, 1990, pág. 223, "el conflicto laboral es un espacio natural de coacción o de debilidad de la capacidad de autodeterminación existente en otros ámbitos de la vida social y, en consecuencia, un mayor grado de energía en las conductas de persuasión puede resultar socialmente adecuado". Asimismo, según este autor, op. ult. cit., pág. 224, ha de valorarse también "la posibilidad de que la conducta violenta o intimidante resulte justificada por verificarse en defensa legítima del derecho de huelga. El presupuesto de la ilegitimidad de la agresión se daría en los casos en los que el empresario contrata trabajadores ajenos a la empresa para sustituir a los huelguistas". Es esta misma dirección, la Sentencia del Tribunal Constitucional 120.1983, del 15 de diciembre, señala que "el lícito ejercicio de un derecho constitucional como es el de huelga puede ser defendido frente a los comportamientos ilegítimos que intenten perturbarlo" (f. 4).

16. A. VALLEBONA, *La defensione da parte del datore di comunicati sindacali difamatori: comportamento antisindicale o legittima difesa?*, Riv. di Diritto del Lavoro, 1991, II, págs. 27-28.

17. Por ejemplo, impedir "el normal proceso de producción al no permitir la salida de la fábrica del producto elaborado" (Sentencia del Tribunal Central de Trabajo del 14 de marzo de 1983).

servicios por los trabajadores afectados y sin ocupación por los mismos del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias" por su apartado 1¹⁷.

4. La "Necesidad Racional del Medio Empleado" para la Defensa

El amplio campo de aplicación que, de este modo, sería capaz de asumir la legítima defensa dentro de las relaciones sindicales, se ve, sin embargo, reducido en gran medida por el segundo de los requisitos exigidos por el Código Penal para su configuración: la "necesidad racional del medio empleado" para impedir el embate, entendido en el doble sentido, ya apuntado, de necesidad de la defensa misma y racionalidad del mecanismo utilizado para llevarla a cabo.

La exigencia de que la defensa sea necesaria se halla en estrecha correlación con la naturaleza y fines de la institución, que se concibe como *ultima ratio* para la preservación de los bienes jurídicos. De acuerdo con ella, la reacción defensiva sólo será lícita cuando constituya la única vía a través de la cual resulte factible al agredido evitar el ataque anti-jurídico y sus consecuencias. Así, si están a su alcance otros mecanismos que le permitan conseguir dicho resultado sin responder a la agresión con otra agresión, deberá recurrir a ellos, y no al instrumento que se comenta. Si opta por esto último, la réplica, por innecesaria, habrá de ser considerada como un acto antijurídico, al cual no alcanza la justificación de haber sido realizado al amparo de la legítima defensa.

Como no es difícil de advertir, esto conduce a negar la aplicación de la eximente en todos los casos en que el ordenamiento procura ya al afectado, por otras vías, medios suficientes para enfrentar la agresión. Este sería el caso, especialmente, de las huelgas ilegales o abusivas, respecto de las cuales

resulta sumamente difícil admitir que el empresario pueda válidamente apelar a la legítima defensa, dada la amplia gama de recursos de los que dispone para protegerse de los perjuicios que estas medidas puedan ocasionarle.

En efecto, ante una huelga no amparada legalmente, el titular de la empresa puede, además de imponer *a posteriori* sanciones disciplinarias a los trabajadores que hayan participado activamente en ella, adoptar cualquiera de las siguientes medidas: a) no abonar salarios a los huelguistas; b) sustituir a los huelguistas por otros trabajadores no huelguistas de la misma empresa, valiéndose de alguna de las siguientes modalidades: cambio y/o aumento de funciones, cambio de horario y/o aumento de jornada o de rendimiento y/o cambio de centro de trabajo, con desplazamiento o no de la localidad, con el previo consentimiento de los mismos, claro está¹⁸; c) pagar "primas de asistencia" a los que continúen trabajando¹⁹; d) sustituir a los huelguistas por trabajadores ajenos a la empresa (esquirols)²⁰; e) rechazar la prestación irregular que se le ofrezca, cuando se trate de modalidades huelguísticas que no supongan una cesación de la actividad laboral (huelgas de trabajo lento, defectuoso, etc.)²¹; y f) decretar el cierre del centro de trabajo, siempre que "el volumen de la inasistencia o irregularidades en el trabajo impidan gravemente el proceso normal de producción" (artículo 12.1.c del Real Decreto-Ley 17/1977)²². Es claro que estas medidas son capaces de permitir al empleador una adecuada tutela de sus derechos e intereses, convirtiendo así, las más de las veces, en superfluo el eventual recurso a la legítima defensa.

Más factible resulta aceptar la posibilidad de acciones de legítima defensa tratándose de conductas tales como la realización de actos de violencia sobre las personas (coacciones, lesiones) o las cosas (daños, sabotaje) por parte de piquetes agresivos o intimidantes; ocupaciones ilegales del centro

18. T. SALA FRANCO, *Problemas jurídicos del trabajador no huelguista*, Actualidad Laboral, 1984, núm. 2, págs. 107 - 108. Aunque no es clara la posibilidad de recurrir a esta clase de medidas cuando la huelga es legal, "en caso contrario, al no tener que respetar el ejercicio de derecho alguno, se mantendría por el empresario sin ningún lugar a dudas la totalidad de su poder de dirección y organización empresarial".

19. T. SALA FRANCO e I. ALBIOL MONTESINOS, *Derecho Sindical*, Valencia, Iruant lo blanch, 1989, pág. 558.

20. Cfr. F. DURAN LOPEZ, *La nueva regulación de la huelga y el cierre patronal*, Rev. de Política Social, 1977, núm. 115, pág. 74; J. GARCIA BLASCO, *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*, Barcelona, Bosh, 1983, pág. 306; T. SALA FRANCO, *El esquirolaje externo*, Actualidad Laboral, 1984, núm. 3, pág. 164; M. E. CASAS BAHAMONDE, *Las huelgas atípicas en el ordenamiento jurídico español (o huelgas marginadas del tipo de derecho, constitucional y legal, de huelga)*, Rev. Española de Derecho del Trabajo, 1985, núm. 24, pág. 530; M. ALONSO OLEA y M. E. CASAS BAHAMONDE, *Derecho del Trabajo*, Madrid, Univ. Complutense, 12ª ed., 1991, pág. 931; y T. SALA FRANCO e I. ALBIOL MONTESINOS, *Derecho...*, cit., pág. 512.

21. J. L. GOÑI SEIN, *La responsabilidad...*, cit., pág. 445.

de trabajo que supongan “notorio peligro de violación de otros derechos o de producción de desórdenes” (Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, del 8 de abril, fundamento 17), etc. En estos casos, empero, la reacción defensiva sólo podrá ser considerada necesaria si el peligro creado, además de ser cierto, grave e inminente, no puede ser enervado razonablemente mediante el uso de otros mecanismos legales menos gravosos, como pueden ser el requerimiento de auxilio a la fuerza pública o, nuevamente, el cierre patronal, que se halla previsto, precisamente, para hacer frente a situaciones de “notorio peligro de violencia para las personas o de daños graves para las cosas” y de “ocupación ilegal del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias, o de peligro cierto de ésta se produzca” (artículo 12.1 del Real Decreto-Ley 17/1977, apartados a y b).

Una vez reconocida la necesidad de la defensa, es necesario examinar todavía la “racionalidad” de los medios empleados para realizarla, pues tampoco el agredido está facultado para recurrir a cualquier instrumento para proteger sus derechos y causar cualquier daño a su adversario²³. Como se ha indicado ya, esta exigencia sólo puede entenderse satisfecha cuando se cumplan dos condiciones: a) que exista proporcionalidad entre la entidad de la defensa y la del ataque; y b) que se haya optado por el medio de defensa que permita repeler o impedir la agresión con el menor perjuicio para el atacante. Naturalmente, la concurrencia de ambos requisitos únicamente podrá ser determinada en función de las circunstancias que rodean cada caso concreto: la

inminencia y gravedad de la agresión, los medios de defensa a disposición de la víctima, etc.

5. La “Falta de Provocación Suficiente” por Parte del Defensor

A través de este requisito se busca evitar que la eximente pueda ser utilizada como excusa para inferir daños a quien previamente se ha incitado a cometer la agresión. Los supuestos en que se pueden producir situaciones de este tipo se vinculan, en el ámbito de las relaciones sindicales, principalmente con la posible actuación en situaciones de gran conflictividad de “agentes provocadores”, cuya función consiste en incitar a los trabajadores para que realicen acciones ilícitas, que puedan justificar su posterior represión²⁴. En aplicación de esta previsión, la consecuencia de la participación en el conflicto de esta clase de agentes será, precisamente, la opuesta: impedir a quien se valga de ellos justificar sus actuaciones al amparo de la legítima defensa.

6. A Modo de Conclusión

De lo dicho hasta aquí se desprende que, si bien no es posible negar con carácter general que la eximente de la legítima defensa pueda resultar aplicable al campo de las conductas antisindicales, impidiendo que los perjuicios a los derechos sindicales causados dentro de sus presupuestos puedan ser considerados constitutivos de una de estas prácticas ilícitas, se trata de una hipótesis absolutamente excepcional, que no es capaz de alterar la normal dinámica de las relaciones sindicales ni introducir dis-

22. Sobre los alcances de esta causa de cierre, la Sentencia del Tribunal Central del Trabajo de 15 de noviembre de 1984 indica que no basta con “que tal proceso se vea impedido, ya que si así fuera en toda clase de huelgas sería lícita la respuesta del cierre patronal (...), sino que es preciso que se produzcan unos perjuicios suplementarios o adicionales a los resultantes de toda huelga”. En estos casos es claro que el cierre asume los rasgos de un acto defensivo y no de retorsión. No obstante, ese carácter se mantendrá sólo en la medida en que se prolongue por “el tiempo indispensable para asegurar la reanudación de la actividad de la empresa, o para la remoción de las causas que lo motivaron” (artículo 13.2 del Real Decreto-Ley 17/1977). Si persiste más allá, dejará de estar justificado y se convertirá en una conducta coactiva, de cuya antisindicalidad no será posible dudar, aunque la huelga que lo preceda no sea legal.
23. No puede aceptarse aquí la opinión de V. SIMI, “Art. 28. Repressione della condotta antisindacale”, en AA.VV., *Commentario dello Statuto dei Lavoratori, diretto da U. Prosperetti*, Milano, Giuffrè Ed., 1975, pág. 937, conforme a la cual “el derecho del sindicato al comportamiento correcto del empleador se detiene cuando la actividad sindical se concreta en una acción no legítima”. Llevada a sus últimas consecuencias, esta tesis conduciría a legitimar cualquier reacción defensiva, por desproporcionada que ésta fuese. Es este sentido, debe tenerse en cuenta que, como advierten M. COBOS DEL ROSAL y T. S. VIVES ANTON, *Derecho ...*, cit., pág. 61, ni aún en los casos en que el sujeto ha actuado ilícitamente es posible afirmar de modo absoluto que el mismo se sitúa absolutamente al margen del Derecho, de forma que el conjunto de los derechos que le son reconocidos pierdan la condición de bienes jurídicos y puedan ser conculcados libremente y sin restricciones.
24. A la posibilidad de que el empleador se valga de estos agentes para generar una situación de violencia sobre las personas o daños sobre las cosas (artículo 12.1.a del Real Decreto-Ley 17/1977), que le permita recurrir al cierre patronal, se refieren F. DURAN LOPEZ, *La nueva regulación ...*, cit., págs. 77 - 78; y M. RUIZ CASTILLO, *El cierre patronal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en AA.VV., *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la década de los 80*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1983, pág. 150.

torsiones en el ejercicio de los instrumentos de autotutela puestos a disposición de los trabajadores y sus organizaciones con el fin de permitirles una adecuada defensa y promoción de sus intereses económicos y sociales.

Por lo pronto, su aplicación se restringe a los supuestos de excepción en que el medio empleado para apuntalar las reivindicaciones sindicales, rebasando el marco dentro del cual el ordenamiento jurídico ofrece su protección al fenómeno sindical, se instala decididamente en el terreno de la "patología" de las colectivas de trabajo, bien por ser absolutamente extraño al ejercicio de alguna de las manifestaciones del Derecho, o bien por haber discurrido excediendo los límites de su ejercicio legítimo. Es más, incluso tratándose de estos supuestos, no será posible asilarse en la eximente en los siguientes casos: a) cuando el ordenamiento jurídico procure ya al afectado medios idóneos para afrontar la agresión; b) cuando el peligro pueda ser enervado mediante otros mecanismos menos gravosos; c) cuando se aprecie un exceso manifiesto en la elección del mecanismo defensivo, o en la magnitud de la reacción que a través de él se haya puesto en práctica; y d) cuando el embate haya sido provocado por el propio afectado.

Claro está, las conclusiones expuestas tienen como presupuesto la existencia de un efectivo reco-

nocimiento y tutela de los derechos sindicales y las medidas de presión colectiva (especialmente del derecho de huelgas), que fomente su eficacia y permita que el conflicto de intereses subyacente a las relaciones laborales se canalice dentro de los márgenes del ordenamiento jurídico, sin discurrir fuera de él. Por ello, el planteamiento de la cuestión no puede ser idéntico en aquellos sistemas -como el actualmente imperante en el Perú y en otros países de América Latina- en los que, a un amplio reconocimiento a nivel constitucional de los derechos del conflicto, se contraponen una legislación de marcado corte intervencionista y una práctica administrativa claramente restrictiva, que restringen hasta límites intolerables la operatividad y eficacia de estos derechos, convirtiendo prácticamente a toda medida de conflicto en un acto ilegal²⁵. En estos casos, es claro que la legislación es, ella misma, "el principal gran acto antisindical"²⁶, por lo que, postular a su amparo la aplicación no discriminada de medidas de defensa puede dar lugar a resultados contraproducentes, incompatibles con la garantía constitucional del fenómeno sindical y de los instrumentos de autotutela que le son indispensables para el alcance de sus fines. En éste, pues, como en otros casos, el trásvase de las conclusiones extraídas de un sistema a otro no puede ser hecho mecánicamente, sin apreciar las peculiaridades de cada uno, y ponderar cuidadosamente las consecuencias que de ello pudieran desprenderse.

25. Cfr. E. DE LA JARA BASOMBRIÓ, *La huelga en el Perú: ¿es un derecho constitucional*, en AA.VV., Trabajo y Constitución, Lima, Cultural Cuzco, 1989, pág. 301: "en el Perú, aún en el ámbito de la relación laboral entre el empleador y trabajadores no procede legalmente la huelga ni antes, ni durante, ni después de usarse la vía legal de reclamos; y como de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico (...) toda reivindicación tiene una vía legal de reclamo, cabe volverse a preguntar, ¿en qué casos entonces, procedería la huelga? La respuesta es simple y hasta jocosa: en ningún caso" (el subrayado es mío).

26. Aunque no referida a ningún ordenamiento en concreto, la frase es de O. ERMIDA URIARTE, *La protección contra los actos antisindicales*, Montevideo, FCU, 1987, pág. 44.

En 1992 ARGOS S.A. - Sociedad Agente de Bolsa - se consolidó como la empresa # 1 del Perú, en este importante sector de la economía y finanzas nacionales en el que participan otras veintisiete sociedades similares.

Igualmente, en 1992 ARGOS S.A. fue líder en privatización a través de la efectiva intermediación que ejerció en la adquisición de importantes paquetes accionarios de empresas estatales, en la Bolsa de Valores de Lima.

Ambos hechos, sumados a la indeclinable decisión de prestar el mejor servicio, nos consolida como líderes en esta actividad. Y todo ello fue posible merced a la confianza del público, a las medidas económicas que estimulan la actividad bursátil, y al decidido concurso de todos y cada uno de nuestros funcionarios y empleados.

Mención aparte y específica merecen cada uno de nuestros Clientes, quienes al depositar en nosotros su confianza han hecho posible que seamos # 1.

A todos, muchas gracias!

Seguimos trabajando con fe en el futuro del Perú.

ARGOS S.A.
SOCIEDAD AGENTE DE BOLSA

Somos un Nombre de Capital Importancia Para Usted

Jr. Carabaya 420 2do. Piso Lima 1 - Perú Teléfonos 28-1304, 30-2095, 31-5448, 31-5242 Fax: 30-2096

Notas sobre la Historia de los “Critical Legal Studies” en los Estados Unidos*

Duncan Kennedy
Profesor Principal
Harvard Law School

Duncan Kennedy es, desde 1976, profesor principal de la escuela de Derecho de la Universidad de Harvard. Kennedy, quien tiene a su cargo tan disímiles cátedras como las de Responsabilidad Civil, Historia del Derecho o Derechos de Propiedad, es particularmente célebre en los E.E.U.U. por ser el creador de la ampliamente difundida corriente jurídica de los Critical Legal Studies -Estudios Legales Críticos-.

Los Critical Legal Studies, aún cuando su origen data del año 1977, continúan hoy fomentando la discusión legal y siendo importantes instrumentos de observación y crítica del sistema americano. Ubicados dentro de una tendencia de izquierda los CLS encuentran en Harvard su principal centro de creación y en los profesores Kennedy y Roberto Mangabeira Unger a sus más incisivos difusores.

En sus comienzos, hacia 1977, el *Critical Legal Studies* (CLS) se constituyó como una institución a la vez política e intelectual, en el “campo académico” [Bourdieu] de las facultades de Derecho, iniciada y periódicamente renovada por los profesores y los estudiantes. Los temas políticos de la intervención son heterogéneos pero todos de inclinación izquierdista. Los temas intelectuales son de tendencia “continental”, con la excepción importante del realismo jurídico americano. [Livingston, Schlegel, Gordon 1982, Binder, Tushnet 1991] (Los artículos citados abajo son parte integrante del desarrollo americano de los CLS. Sobre la salida de los CLS en Canadá, ver [Macklem]).

La intervención presentó las siguientes formas: (1) la formación de “facciones de izquierda” en una serie de Facultades; (2) la publicación en las revistas académicas de una nueva literatura jurídica; (3) la organización de “colonias de vacaciones” o algu-

nas decenas de participantes que discuten sus investigaciones y leen juntos los “clásicos”; (4) la realización de grandes conferencias donde varias centenas de personas asisten a una multiplicidad de presentaciones de todas formas; (5) la constitución de una “red” nacional que apoya esas actividades.

Respecto al plano intelectual, el trabajo más importante de los primeros años consiste en elaborar una crítica interna de la razón jurídica “estilo americano” de los años '70. Esta crítica, producida por una veintena de autores, y sin semejanza al equivalente europeo, se distingue por un ataque detallado de campos jurídicos tales como los contratos [C. Dalton 1985, Mensch, Gordon 1987], el Derecho de la Competencia [Freeman 1978, Derecho Laboral [Klare 1978, Stone], el Derecho del Bienestar [Simon], el Derecho Penal [Kelman 1981], el Derecho de Familia [Olsen 1983], el Derecho de los Gobiernos

* El presente artículo fue escrito originalmente en francés. La traducción ha sido realizada por Thémis - Revista de Derecho.

locales [G. Frug 1980], Derecho Internacional [Da. Kennedy 1986], etc., y metodologías legitimantes que utilizan los juristas para sostener y desarrollar sus áreas, como el positivismo liberal [Unger 1975], la teoría liberal de los derechos de la persona [Singer, Gabel, 1977], el análisis económico del Derecho [Kelman 1987], el funcionalismo sociológico [Gordon 1984, Trubek], el interpretivismo constitucional [Tushnet 1988, Hutchinson & Peter, Bakan], etc.

La aspiración de la crítica es la de descubrir el sentido político de la práctica diaria de los jueces y juristas, que construyen todo el Derecho representándolo como su instrumento. Algunos conceptos y palabras claves son "brechas, conflictos y ambigüedades, indeterminación, contradicción, mediación, legitimación del *statu quo* (pero no del "capitalismo")", estructuración jurídica de la base material (y así pues la imposibilidad de "determinación en la instancia final)". La actitud es ambivalente en consideración del Derecho. De un lado, se insiste sobre su autonomía relativa y sobre su valor en cuanto dominio de lucha cultural y política; de otro, se empeña en demostrar su incoherencia, sus contradicciones internas, sus complicidades. [Du. Kennedy 1979, Katz, Klare 1979, Tushnet 1982]. Al mismo tiempo que se toma en serio la noción neomarxista que plantea que lo jurídico es igual a lo ideológico, se subleva contra las categorías familiares y contra el tono del discurso izquierdista americano de la época, sobre todo contra su moralismo simplista. [Gabel & Harris, Olsen 1990, Du. Kennedy 1976, Unger 1986, Da. Kennedy 1985].

La crítica de los CLS enfoca "el interior" del Derecho, el dominio de las reglas detalladas, los argumentos banales, las prácticas familiares de la producción académica y judicial. Las críticas enseñan, además, de preferencia, las materias elementales, y ponen atención frecuentemente en sus escritos a cuestiones técnicas que preocupan a las corrientes dominantes. Esto es precisamente lo que les permite **tener un efecto** en las Facultades (apréciese, en contraste, la marginación de los CLS en Europa).

Con muy pocas excepciones [Abel], esto no constituye aquí un problema ni de Filosofía, ni de Sociología del Derecho, aunque se valga sin pudor de los textos clásicos de dichas disciplinas, de modo ecléctico, y aunque se les pretenda dejar de lado canibalizándolas. Esta inversión de jerarquías disciplinares convencionales acarrea muchos malentendidos, en parte porque sus motivaciones culturales y políticas son ininteligibles o repugnantes para la mayoría de filósofos y sociólogos de profesión. Su análo-

go europeo se encuentra, tal vez, en la "crítica cultural" (e.g. Gramsci, Nietzsche, Benjamin), cuyas pretensiones filosóficas siempre han engañado o irritado a los profesionales. En contraste, los estudios históricos y semióticos proliferaron. [Horwitz 1977, 1992, Vandeveld, Nockleby, Steinfeld, Peritz, y ver bibliografías en Du. Kennedy 1991].

Las críticas de esta época comprenden varias iniciativas sindicales, dentro de las facultades de Derecho. La gran mayoría se opone (1) al carácter reaccionario de la pedagogía de sus colegas, (2) a los procedimientos y criterios limitantes del acceso de mujeres y minorías raciales al medio universitario, (3) al reforzamiento por la enseñanza de jerarquías sociales y en particular profesionales; y (4) a la exclusión de asuntos de justicia económica, social, racial y sexual de los programas de estudios, exclusión que aparenta favorecer el *statu quo*. [Pickard, Feinman & Feldman, M.J. Frug 1985, Du. Kennedy 1982].

De 1977 a 1983 (aproximadamente), el movimiento se extendió rápidamente por la adición de profesores ya establecidos y por el reclutamiento de estudiantes (sobre todo en el Harvard Law School) dedicados a la carrera académica, sin reacción notable de las corrientes dominantes de las facultades de Derecho. Sin embargo, la intervención alcanza, con una eficacia sorprendente para los participantes, a desestabilizar los meta-discursos corrientes en las facultades, tal es el caso de la ortodoxia centrista [comparar Dworkin 1977 y Dworkin 1986] o el movimiento Derecho y Sociedad [comparar Seron & Munger y Sarat].

Eventualmente, los guardianes de la orden intelectual se deciden a "rechazar la ola roja", [Johnson, Schwartz, Carrington]. Varios investigadores se ven obligados a rehusar las postas académicas a causa de su asociación con los CLS. [G. Frug 1987]. Durante ese mismo período, los CLS, percibidos como escuela "extremista" pero "seria" en la gama de tendencias teóricas, se institucionalizan. Sus adherentes ya establecidos comenzaron a beneficiarse, al mismo tiempo que ellos portaban los estigmas. Se construye un mito de la Edad de Oro del movimiento, que se acomoda a la disipación de las esperanzas de redención, y se reencuentra, al interior de los CLS, en plena política familiar. Los artículos que son temas de los CLS sobrepasan en nombre a los artículos que "hacen" CLS.

La red es entonces el paraje de un debate entre "racionalistas" e "irracionalistas". Los racionalistas heredan las tradiciones "científicas" de la iz-

quierda, sobre todo del marxismo, de la sociología de Weber y Durkheim, y de la historiografía pragmática americana. Ellos buscan, si no las leyes de la historia, al menos sus "grandes tendencias". Por el término "política" ellos entienden, si no la lucha de clases, al menos el juego de fuerzas económicas y sociales a nivel de la Nación. Su ideal es una fusión del saber dentro de la acción política sobre un modelo más europeo que americano. [Horwitz 1977, Unger 1976, 1986, Holt].

Los irracionales practican un nuevo método de análisis doctrinal fuertemente influenciado por el estructuralismo, pero al mismo tiempo se ubican dentro de las genealogías de la pre-guardia cultural, tal como los bohemios, beatniks, hippies y situacionistas, así como aquellas de los marxismos de oposición, del anarco-sindicalismo, del existencialismo, del feminismo radical, etc. La voluntad de desestabilización da primacía en fundar una escuela sobre la base de premisas coherentes y una jerarquía interna. Ellos aceptan los límites de una política de Facultad, y desconfían de las pretensiones de grandeza en las aspiraciones a la cientificidad y al poder de la inteligencia izquierdista. [Gabel & Kennedy, Freeman 1981, Kelman 1984, C. Dalton 1983].

El artículo aquí descrito de Rick Abel sobre CLS es un documento típicamente racionalista del período de transición entre la primera y segunda fase de su intervención.

El presente artículo es un producto típico de la tendencia Irracionalista responsable de esta transición. La base material de la transición es el rápido crecimiento del número de mujeres y miembros de minorías raciales entre la población estudiantil en derecho, y en seguida su crecimiento al interior del cuerpo de profesores.

La segunda fase comienza hacia 1983 con el "rights debate" (debate sobre los derechos de la persona). A partir de allí surge la corriente dominante del CLS, el modo de empleo del concepto "derechos de la persona" en las teorías liberales y progresistas sería incoherente y alienante [Gabel & Kennedy, Gabel 1984, Tushnet 1984, Olsen 1984, Paul]. A través del debate, tres grupos pusieron en duda, en la misma forma, la validez de esta crítica que estima la importancia de "salvar" o de "reconstruir" un programa basado en los derechos de la persona y la tendencia del CLS a ignorar las cuestiones que les conciernen. Los grupos reunidos: (1) los abogados y abogadas activistas de izquierda que se interesan en cuestiones teóricas [Sparer, Lynd], (2)

las profesoras feministas que desean adelantar el feminismo liberal [Schneider 1986a, Minow 1987], (3) los miembros de minorías raciales que formulan una base teórica para una ola de noticias de acción militante contra el racismo [Williams, Delgado, Crenshaw 1988].

Al mismo tiempo que provocan este "rights debate", las mujeres blancas y los miembros de minorías raciales someten a la "red" CLS a una crítica rigurosa que apunta a los rezagos de jerarquías sexuales y raciales que afectan su vida interna. [Menkel-Medow, Goldfarb; H. Dalton, Bracamonte].

En estos días (1992), CLS se encuentra en su tercera fase, caracterizada por: (1) La aparición en escena de una nueva generación de adeptos que se interesan en los debates europeos sobre el post-modernismo y el post-estructuralismo, y en la teoría literaria americana post-modernista, feminista y anti-racista [D. Kennedy 1985, Peller 1985, Boyle, Schlag, Balkin, Thomas 1992, Ashe, Coombe, Berman 1988, 1992]. (2) El paso de la fuente de energía e innovación de CLS a una nueva perspectiva: una intersección de CLS con el feminismo radical [Schneider 1986b, West, Keller, White, Du. Kennedy 1992], el "critical race theory" [Austin 1988, 1989, Cook, Crenshaw 1991, Torres, Peller 1990], y las teorías críticas de la orientación sexual [Danielson, Thomas], y del "post-colonialismo." [Abu-Odeh, Engle]. (3) La división y difusión de la antigua "red" de la cual una minoría importante rechaza a la vez el post-modernismo y la preocupación de "others" (otros de presencia multicultural) que prefieren a la vida, a veces demasiado contenciosa de la "red", el desarrollo de sus ideas en las revistas académicas. (4) La concentración de energía de facciones de izquierda sobre las cuestiones de contratación y promoción de profesores, en la esperanza de cambiar las prácticas cambiando el personal, y el cuasi-abandono de la estrategia de confrontación cultural. (5) La emergencia de un debate sobre la posibilidad de coexistencia de actitudes hiper-críticas del antiguo CLS, de Derrida y de Foucault, con las aspiraciones programáticas de activistas multiculturales, debate que revive aquel sostenido entre racionalistas e irracionales. [M.J. Frug 1992, Minow 1992]. (6) La partición conciente y deliberada del poder en la organización de activistas de la "red", semejante a la conferencia de abril de 1992 en Boston organizada por los "crit networks" (red de redes) que reúne CLS, "fem-crits" y "race-crits," y que da nacimiento a una nueva "red" de lesbianas y gays.

Si arribáramos a la conclusión que la "red" CLS cesa de existir como entidad distinta del movimiento

general de la izquierda en las facultades de Derecho, ¿cómo haríamos el balance de sus quince años de actividad? Aquí una respuesta preliminar del punto de vista de un "antiguo militante": El CLS no elaboró un nuevo programa político, y no influyó ni la vida política americana, ni la vida interna de la abogacía. No transformó la enseñanza del Derecho, a pesar que estableció enclaves o experiencias en esa dirección. Pero fue un factor importante (quizá determinante) en la formación de una izquierda jurídica institucionalizada, nuevo fenómeno en los Estados Unidos, que surgió en un momento en que tentativas semejantes en otras disciplinas fracasaban, y en un ambiente político más desfavorable. Ella dotó a este movimiento de una nueva crítica interna de la razón jurídica, de una orientación teórica/irónica/avanzada, y de una política interna de coalición multicultural. "No un mapa, pero quizá una brújula."

BIBLIOGRAFIA

RICHARD ABEL, *Why does the A.B.A. Promulgate Ethical Rules?* Tex. L. Rev. 639 (1981);

LAMA ABU-ODEH, *Post-Colonial Feminism and the Veil: Considering the Differences*, 26 New Eng. L. Rev. (1992);

MARIE ASHE, *Zig-Zag Stitching and the Seamless Web: Thoughts on Reproduction and the Law*, 13 Nova L. Rev. 355 (1989);

REGINA AUSTIN, *Employer Abuse, Worker Resistance, and the Tort of Intentional Infliction of Emotional Distress*, 41 Stan. L. Rev. 1 (1988);

REGINA AUSTIN, *Sapphire Bound!*, 1989 Wis. L. Rev. 539 (1989);

JOEL BALKAN, *Constitutional Arguments: Interpretation and Legitimacy in Canadian Constitutional Thought*, 27 Osgood Hall L.J. 123 (1989);

JACK BALKIN, *The Footnote*, 83 Nw. U.L. Rev. 275 (1988);

NATHANIEL BERMAN, *Sovereignty in Abeyance: Self-Determination and International Law*, 7 Wis. Int'l L.J. 51 (1988);

NATHANIEL BERMAN, *Modernism, Nationalism, and the Rhetoric of Reconstruction*, Yale J. Law & Humanities 351 (1992);

GUYORA BINDER, *On Critical Legal Studies and Guerrilla Warfare*, 76 Geo. L.J. 1 (1987);

PIERRE BOURDIER, *Homo Academicus* (Paris: Editions de Minuit, 1984);

JAMES BOYLE, *The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought*, 133 U. Pa. L. Rev. 685 (1985);

JOSE BRACAMONTE, *Foreward: Minority Critiques of the Critical Studies Movement*, 22 Harv. CR-CL L. Rev. 297 (1987);

PAUL CARRINGTON, *Of Law and the River*, 34 J. Legal Educ. 222 (1984);

RUTH COLKER, *Anti-Subordination Above All: Sex, Race, and Equal Protection*, 61 N.Y.U. L. Rev. 1003 (1986);

ANTHONY COOK, *Beyond Critical Legal Studies: The Reconstructive Theology of Dr. Martin Luther King, Jr.*, 103 Harv. L. Rev. 985 (1990);

ROSEMARY COMBE, *Room for Manoeuver: Toward a Theory of Practice in Critical Legal Studies*, 14 Law & Soc. Inquiry 69 (1989);

KIMBERLE CRENSHAW, *Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law*, 101 Harv. L. Rev. 1331 (1988);

KIMBERLE CRENSHAW, *Mapping the Margins: Identity Politics, Intersectionality and Violence Against Women*, 43 Stan. L. Rev. 1241 (1991);

CLARE DALTON, *An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine*, 94 Yale L.J. 999 (1985);

CLARE DALTON, *Book Review*, 6 Harv. Wom. L.J. 229 (1983) (Reviewing *The Politics of Law: A Progressive Critique* (D. Kairys ed. 1982);

HARLON DALTON, *The Clouded Prism*, 22 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 435 (1987);

DAN DANIELSON, *Representing Identities: Legal Treatment of Pregnancy and Homosexuality*, 26 New Wng. L. Rev. (1992);

RICHARD DELGADO, *The Ethereal Scholar: Does Critical Legal Studies Have What Minorities Want?*, 22 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 301 (1987);

RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously* (Cambridge: Harvard Univ. Press, 1977);

RONALD DWORKIN, *Law's Empire* (Cambridge: Belknap Press, 1988);

KAREN ENGLE, *International Human Rights and Feminism: When Discourses meet*, 13 Mich.J. Int'l L. 517 (1992);

JAY FEINMAN and MARK FELDMAN, *Pedagogy and Politics*, 73 Geo. L.J. 875 (1985);

ALLAN FREEMAN, *Legitimizing Racial Discrimination Through Antidiscrimination Law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine*, 62 Minn. L. Rev. 1049 (1976);

ALLAN FREEMAN, "Truth and Mystification in Legal Scholarship," 90 Yale L.J. 1229 (1981);

GERALD FRUG, *The City as a Legal Concept*, 93 Harv. L. Rev. 1057 (1980);

GERALD FRUG, *Book Review*, 22 Harv. CR-CLL. Rev. 685 (1987) (reviewing E. Schrecker, *No Ivory Tower: McCarthyism and the Universities*), (1986);

MARY JOE FRUG, *A Postmodern Feminist Legal Manifesto (an unfinished draft)*, 105 Harv. L. Rev. 1045 (1992);

MARY JOE FRUG, *Re-Reading Contracts: A Feminist Analysis of a Contracts Casebook*, 34 Am. U.L. Rev. 1065 (1985) (reviewing J. Dawson, W. Harvey and S. Herderson, *Cases and Comment on Contracts* (4th ed., 1982);

PETER GABEL, *The Phenomenology of Rights-Consciousness and the Pact of the Withdrawn Selves*, 62 Tex. L. Rev. 1563 (1984);

PETER GABEL, *Book Review*, 91 Harv. L. Rev. 302 (1977) (reviewing R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977);

PETER GABEL and PAUL HARRIS, *Building Power and Breaking Images: Critical Legal Theory and the Practice of Law*, N.Y.U. Rev L & Soc Change 359 (1982-1983);

PETER GABEL and DUNCAN KENNEDY, *Roll Over Beethoven*, 36 Stan. L. Rev. 1 (1984);

PHYLLIS GOLDFARB, *From the Worlds of 'Others' and Feminist Responses to Critical Legal Studies*, 26 New Eng. L. Rev. 683 (1992);

ROBERT GORDON, *New Developments in Legal Theory*, "In *The Politics of Law: A Progressive Critique*, 281 (D. Kairys ed.) (New York: Pantheon Books, 1982);

ROBERT GORDON, *Critical Legal Histories*, 36 Stan. L. Rev. 57 (1984);

ROBERT GORDON, *Unfreezing Legal Reality: Critical Approaches to Law*, 15 Fla. State L. Rev. 195 (1987);

WYTHE HOLT, *Tilt*, 52 Geo. Wash. L. Rev. 281 (1984);

MORTON HORWITZ, *The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy* (Oxford: Oxford Univ. Press, 1992);

ALLAN HUTCHINSON and ANDREW PETTER, *Private Rights/ Public Wrongs: The Liberal Lie of the Charter*, 38 U. Toronto L.J. 278 (1988);

PHILLIP JOHNSON, *Do You Sincerely Want to be Radical?*, 36 Stan. L. Rev. 247 (1984);

AL KATZ, *Studies in Boundary Theory: Three Essays in Adjudication and Politics*, 28 Buffalo L. Rev. 383 (1979);

SUSAN KELLER, *Powerless to Please: Candida Royalle's Pornography for Women*, 26 New Eng. L. Rev. (1992);

MARK KELMAN, *A Guide to Critical Legal Studies* (Cambridge: Harvard Univ. Press, 1987);

MARK KELMAN, *Interpretive Construction in the Substantive Criminal Law*, 33 Stan. L. Rev. 591 (1981);

MARK KELMAN, *Trashing*, 36 Stan. L. Rev. 293 (1984);

DAVID KENNEDY, *Spring Break*, 63 Tex. L. Rev. 1377 (1985);

DAVID KENNEDY, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 Harv. L. Rev. 1685 (1976);

DUNCAN KENNEDY, *The Structure of Blackstone's Commentaries*, 28 Buffalo L. Rev. 205 (1979);

DUNCAN KENNEDY, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy*, 32 J. Legal Educ. 591 (1982);

DUNCAN KENNEDY, *Psycho-Social CLS: A Comment on the Cardozo Symposium*, 9 Cardozo L. Rev. 1013 (1985);

DUNCAN KENNEDY, *Sexual Abuse, Sexy Dressing and Eroticization of Domination*, 26 New Eng. L. Rev. (1992);

KARL KLARE, *Judicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness, 1937-1941*, 62 Minn. L. Rev. 265 (1976);

KARL KLARE, *Law-Making as Praxis*, *Telos*, Summer 1979, 123;

DEBORAH LIVINGSTON, *Round and Round the Bramble Bush: From Legal Realism to Critical Legal Scholarship*, 95 Harv. L. Rev. 1669 (1982);

STAUGHTON LYND, *Communal Rights*, 62 Tex. L. Rev. 1417 (1984);

PATRICK MACKLEM, *Book Review*, U. Toronto L.J. 114 (1991) (reviewing A. Hutchinson, *Dwelling or the Threshold Critical Essays in Modern Legal Thought* (1953);

CARRIE MENKEL-MEADOW, *Feminist Legal Theory, Critical Legal Studies, and Legal Education or The Feminists Go to Law School*, 38 J. Legal Educ. 61 (1988);

ELIZABETH MENSCH, *Book Review*, 33 Stan. L. Rev. 753 (1981) (reviewing P. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (1979));

MARTHA MINOW, *Incomplete Correspondence: An Unsent Letter to Mary Joe Frug*, 105 Harv. L. Rev. 1096 (1992)

JOHN NOCKLABY, *Tortious Interference with Contractual Relations in the Nineteenth Century: The Transformation of Property, Contract and Tort*, 93 Harv. L. Rev. 1510 (1980);

FRANCES OLSEN, *The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform*, 96 Harv. L. Rev. 1497 (1983);

FRANCES OLSEN, *Statutory Rape: A Feminist Critique of Rights Analysis*, 63 Tex. L. Rev. 387 (1984);

FRANCES OLSEN, *The Sex of Law*, "in *The Politics of Law: A Progressive Critique*, (D. Kairys ed., New York: Pantheon Books. rev. ed. 1990);

JEREMY PAULI, *Book Review*, 88 Mich. L. Rev. 1622 (1990) (reviewing J. Waldron *The Right To Private Property* (1988));

GARY PELLER, *The Metaphysics of American Law*, 73 Calif. L. Rev. 1152 (1985);

GARY PELLER, *Race Consciousness*, 1990 Duke L.J. 758 (1990);

RUDOLPH PERITZ, *The 'Rule of Reason' in Antitrust: Property Logic in Restraint of Competition*, 40 *Hastings L. Rev.* 285 (1989);

TONI PICKARD, *Experience as Teacher: Discovering the Politics of Law Teaching*, 33 *U. Toronto L.J.* 279 (1983);

AUSTIN SARAT, *Legal Effectiveness and Social Studies of Law: On the Unfortunate Persistence of a Research Tradition*, 9 *Legal Stud. Forum* 23 (1985);

PIERRE SCHIAG, *Normative and Nowhere To Go*, 43 *Stan. L. Rev.* 167 (1990);

JOHN SCHIEGEL, *Notes Toward an Intimate, Opinionated, and Affectionate History of the Conference on Critical Legal Studies*, 36 *Stan. L. Rev.* 391 (1984);

ELIZABETH SCHNEIDER, *The Dialectic of Rights and Politics: Perspectives from the Women's Movement*, 61 *N.Y.U. L. Rev.* 589 (1986) ["1986a"];

ELIZABETH SCHNEIDER, *Describing and Changing: Women's Self-Defense Work and the Problem of Expert Testimony on Battering*, 9 *Wom. Rts. L. Rev.* 195 (1986) ["1986b"];

LOUIS SCHWARTZ, *With Gun and Camera Through Dark-est CLS-Land*, 36 *Stan. L. Rev.* 247 (1984);

CARROLL SERON and FRANK MUNGER, *Critical Legal Studies versus Critical Legal Theory: A Comment on Method*, 6 *Law & Pol'y* 257 (1984);

WILLIAM SIMON, *Legality, Bureaucracy, and Class in the Welfare System*, 92 *Yale L.J.* 1198 (1983);

JOSEPH SINGER, *The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld*, 1982 *Wis. L. Rev.* 975 (1982);

EDWARD SPARER, *Fundamental Human Rights, Legal Entitlements, and the Social Struggle: A Friendly Critique of the Critical Legal Studies Movement*, 36 *Stan. L. Rev.* 509 (1984);

ROBERT STEINFELD, *The Disappearance of Indentured Servitude and the Invention of Free Labour in the United States* (Chapel Hill: Univ. of North Carolina Press, 1991);

KATHERINE STONE, *The Post-War Paradigm in American Labor Law*, 90 *Yale L.J.* 1509 (1981);

KENDALL THOMAS, *Rouge et Noire' Re-read: A Popular Constitutional History of the Angelo Herndon Case*, *S. Cal. L. Rev.* (1992) ["1992a"];

KENDALL THOMAS, *Beyond the Privacy Principle*, 92 *Colum. L. Rev.* 501 (1992) ["1992b"];

GERALD TORRES, *Local Knowledge, Local Color: Critical Legal Studies and the Law of Race Relations*, 25 *San Diego L. Rev.* 1043 (1988);

DAVID TRUBEK, *Where the Action is: Critical Legal studies and Empiricism*, 36 *Stan. L. Rev.* 575 (1984);

MARK TUSHNET, *Red, White and Blue: A Critical Analysis of Constitution Law* (Cambridge: Harvard Univ. Press, 1988);

MARK TUSHNET, *An Essay on Rights*, 62 *Tex. L. Rev.* 1363 (1984);

MARK TUSHNET, *Critical Legal Studies: A Political History*, 100 *Yale L.J.* 1515 (1991);

MARK TUSHNET, *Book Review*, 68 *Cornell L. Rev.* 281 (1983) (Reviewing L. Tribe, *Marxism and the Law* (1982));

ROBERTO UNGER, *Knowledge and Politics* (New York: Free Press, 1975);

ROBERTO UNGER, *Law in Modern society: Toward a Criticism of Social Theory* (New York: Free Press, 1976);

ROBERTO UNGER, *The Critical Legal Studies Movement* (Cambridge: Harvard Univ. Press, 1986);

KENNETH VANDEVELDE, *The New Property of the Nineteenth Century: The Development of the Modern Concept of Property*, 29 *Buffalo L. Rev.* 325 (1980);

ROBIN WEST, *Jurisprudence and Gender*, 55 *U. Chi. L. Rev.* 1 (1988);

LUCIE WHITE, *Subordination, Rethorical Survival Skills, and Sunday Shoes: Notes on the Hearing of Mrs. G.*, 38 *Buffalo L. Rev.* 1 (1990);

PATRICIA WILLIAMS, *The Alchemy of Race and Rights* (Cambridge: Harvard Univ. Press, 1991).

La Legislación Desindexatoria en la Argentina:

Virtualidad de los Intereses como Mecanismo Alternativo de Ajuste

Atilio Aníbal Alterini
Profesor titular de Obligaciones
Civiles y Comerciales en las
Universidades de Buenos Aires
y de Belgrano (República Argentina)

En diversos países, la pérdida del valor adquisitivo de la moneda y las situaciones inflacionarias han determinado que diversos juristas elaboren diferentes teorías a propósito de este tema. En tal sentido, el principal cuestionamiento que ha puesto en alerta la doctrina, ha sido el de los cambios producidos en las prestaciones monetarias por efectos de la inflación o devaluación.

Por ello, no es extraño encontrar que en diversos países, las soluciones legales diseñadas para afrontar las distorsiones señaladas anteriormente sean diferentes y hasta contradictorias.

Así, la realidad nos ha mostrado que en algunos casos, se han propuesto soluciones monetarias "valoristas", tratando de mantener un poderío económico determinado, mientras que otras soluciones han sido "nominalistas", con objetivos igualmente anti-inflacionarios.

En el presente trabajo, el Dr. Atilio Aníbal Alterini nos expone un caso concreto de legislación desindexatoria, a propósito de la Ley argentina N° 23.928 así como una interesante imaginativa alternativa de ajuste de obligaciones.

1. La Legislación Desindexatoria en la Argentina

En la Argentina rige, desde el 1 de abril de 1991, la ley 23.928, que establece la convertibilidad de la moneda nacional con el dólar estadounidense, y procura la desindexación de la economía, ateniéndose a los postulados clásicos del nominalismo.

La segunda parte del art. 7 de esa ley -con relación a las obligaciones "de dar una suma determinada de australes" a que se refiere su primera parte- dispone: "En ningún caso se admitirá la actualiza-

ción monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con posterioridad al 1 del mes de abril de 1991, en que entra en vigencia la convertibilidad del austral". Agrega, concordantemente: "Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y serán inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contravinieren lo dispuesto".

El art. 10, a su vez, establece con alguna reiteración: "Deróganse, con efecto a partir del 1 del mes de abril de 1991, todas las normas legales o regla-

mentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. Esta derogación se aplicará aún a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional -inclusive convenios colectivos de trabajo- de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de australes que corresponda pagar, sino hasta el día 1 de abril de 1991, en que entra en vigencia la convertibilidad del austral”.

El decreto reglamentario 529/91, en su art.1, prevé que a partir de la fecha indicada las deudas reajustables “quedarán convertidas a australes nominales en la relación uno a uno”.

La ley se declara de orden público, y proclama asimismo que “ninguna persona puede tener en su contra derechos irrevocablemente adquiridos” (art. 13).

2. La Prohibición de Mecanismos de Actualización de Deudas.

Clásicamente se entendió que la relación comercial de equilibrio, propia de los contratos bilaterales, debía existir al momento de la celebración del acto. Se trata del designado como **sinalagma genético**.

Pero el criterio moderno pone en el primer plano al **sinalagma funcional**: exige el equilibrio inicial, pero requiere que también subsista al tiempo de ejecución de las obligaciones recíprocas. La doctrina de la imprevisión (art. 1198, Cód. Civ., según ley 17.711)¹ deriva de esa idea, como manifestación particular de otra más extensa y fundante²

El **sinalagma funcional** puede ser afectado por la descalificación genérica de los mecanismos legales y convencionales de **repotenciación de deudas** - que resulta de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928, y del art. 1 del decreto 529/91 -, no bien la inflación subsista en algún nivel, aunque sea bajo en términos relativos³.

Dicha descalificación, en los hechos, significa que la ley llega hasta a prohibir que la prestación sea equivalente a la contraprestación. Con ello, en lo jurídico, se pone a contrapelo de la realidad comercial, y desconoce la esencia de la autonomía de la voluntad, así como las garantías constitucionales que amparan al derecho de propiedad; y en lo económico, trasgrede exigencias elementales de cambio, y reglas insoslayables del mercado. Se ha dicho, críticamente, que “la prohibición generalizada de los mecanismos de repotenciación de las obligaciones dinerarias es irrazonable e inviable”⁴.

La ley, claro está, no ha prohibido que haya inflación: no podría haberlo hecho útilmente, y la

1. Sobre la cuestión, ver MOLINA, JUAN CARLOS, *Abuso del derecho, lesión e imprevisión en la reforma del Código Civil*, Buenos Aires, 1969; MOSSET ITURRASPE, JORGE *Justicia contractual*, Buenos Aires, 1978; MORELLO, AUGUSTO M. y TROCCOLI, ANTONIO, *La revisión del contrato*, La Plata, 1977; LLAMABIAS, JORGE JOAQUIN, *Estudio de la reforma del Código Civil, Ley 17.711*, Buenos Aires, 1969; COSIELLO, JUAN JOSE, *La teoría de la imprevisión*, en L.L., to. 131, pág. 1491; MASNATTA, HECTOR, *La excesiva onerosidad sobreviniente y el contrato*, en E.D., to. 23, pág. 875; BORDA, GUILLERMO A., *La reforma de 1968 al Código Civil*, Buenos Aires, 1971, pág. 249; GARRIDO, ROQUE y ANDORNO, LUIS, *Reformas al Código civil. Ley 17.711 comentada*, Buenos Aires, 1968, to. I, pág. 162; QUINTEROS, FEDERICO A., *Reformas introducidas por la ley 17.711 en el Derecho de los contratos*, en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 1968, No. 4, pág. 419; ALTERINI, ATILIO ANIBALI, *El reajuste del precio en la compraventa inmobiliaria: Una adecuada aplicación del impedimento para obrar abusivamente*, en L.L., to. 1978-C, pág. 42, y en *Cuestiones modernas de responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1988, pág. 93; *La responsabilidad en la reforma civil* Buenos Aires, 1970, No. 52, pág. 46; etcétera.
2. La doctrina nacional moderna considera que la teoría de la imprevisión “constituye sólo una hipótesis particular” de otra “de aplicación general”: la teoría de la **bases del negocio jurídico** (“IV Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal”, Junín, 1990, Comisión No. 3, Rec. 12; conc. “Jornadas de Derecho Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa”, Santa Rosa, 1991, Comisión No. 3, Rec. 4, ap. c; “Talleres Preparatorios de las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, Paraná, 1991, Comisión No.1, coordinada por FELIX A. TRIGO REPRESAS). Concordantemente, las “XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, Buenos Aires, 1991, Comisión No. 3, en cuanto a la frustración del fin del contrato, y en cuestión vinculada con la teoría de las bases del negocio jurídico, consideraron que cuando se malogra su motivo determinante -conocido o aceptado por las partes- se resta interés o utilidad a su subsistencia.
3. Medida por el índice de precios al consumidor del INDEC, en abril de 1991, llegó al 5,5 %; en mayo, al 2,8 %; en junio, al 3,1 %; en julio, al 2,6 %; en agosto, al 1,3 %; y así sucesivamente, acumulándose -con el transcurso del tiempo- un significativo porcentaje de inflación.

inflación cero es una quimera. Por lo tanto, resulta menester acudir a los mecanismos que permitan convivir jurídicamente con la depreciación monetaria. Estos mecanismos están efectivamente disponibles, y sólo es preciso emplearlos técnica e inteligentemente.

3. Categorías de Deudas Pagaderas en Dinero.

Antes que todo es preciso distinguir el **objeto de la obligación** (lo que el deudor debe) del **objeto del pago** (lo que el deudor paga), porque es frecuente que el deudor pague un monto de dinero para cancelar una deuda que no consiste en ese monto.

Veamos⁵:

a) El deudor de una "suma determinada" de dinero cumple pagando esa "suma determinada" de australes. Es la hipótesis -en realidad, la única- abarcada por el art. 7 de la ley 23.928.

b) En otros casos la deuda no es de una "suma determinada", sino de una cantidad meramente **determinable** de dinero; al nacimiento de la obligación sólo se conocen las bases necesarias para la

determinación del monto final, pero dicho monto todavía no es líquido, porque se ignora el **quantum debeatur** (nota al art. 819, Cód. Civ.).

Tal sucede: i) cuando el deudor debe una suma **ajustable** de dinero, caso en el cual paga una cantidad **ajustada**, cuya evaluación resulta de la incidencia de los parámetros de actualización correspondiente⁶; ii) cuando el deudor debe un **valor**⁷, que es cancelado por el monto actual representativo de la porción patrimonial (el bien o la utilidad) respectiva.⁸

En todas las hipótesis se trata de la aplicación lisa y llana del principio de identidad del pago que consagra el art. 740 del Código Civil. El deudor está precisado a pagar **lo mismo** a que está obligado (conf. art. 725), trátase de la "suma determinada" de dinero, de la suma **ajustable**, o del **valor** debidos. En esta última situación el pago con dinero resulta de su propio poder cancelatorio: el responsable por el destrozo de un guardabarros puede ser constreñido a reponerlo en especie, o a una "indemnización en dinero" (art. 1083, Cód. Civil)⁹; la obligación alimentaria consiste en "la satisfacción de las necesidades"

4. PAOLANTONIO, MARTIN ESTEBAN, "Inviabile retorno al nominalismo", en L.L., to. 1991-C, pág. 992, ap. VI; conf. BANCHIO, ENRIQUE CARLOS, "Nominalismo y obligaciones de valor en la ley de convertibilidad", en MOISSET de ESPANES, LUIS (Coordinador), *Convertibilidad del austral*, 3a. serie, Buenos Aires, 1991, pág. 93, ap. 2.8. En términos económicos, la prohibición carece de sentido en un marco de estabilidad (STURZENEGGER, ADOLFO, en Mesa redonda del Seminario sobre la reforma económica del Plan Cavallo. Aspectos económicos, Universidad Notarial Argentina, Buenos Aires, 09/04/91, aunque se reconozca que con ella el legislador persiguió un "efecto psicológico y social" ("1as. Jornadas Riocuartenses de Derecho Económico. Emergencia económica y convertibilidad del austral", Río Cuarto, 1991, Declaración IV-b).
5. Sobre estas categorías, presentadas en cuadro, v. FILIPPINI, ANIBAL, *Ley de convertibilidad: ¿Es posible pactar alquileres en dólares?*, en L.L., to. 1991-C, pág. 1049, No. 6.
6. La deuda "es meramente **evaluada** y no **revalorizada** al día del pago por la referencia a un índice", y mediante la aplicación de éste "se constituye la verdadera **moneda del contrato**": PIERRE FRANCOIS, GEORGES L., *La notion de dette de valeur en Droit Civil. Essai d'une théorie*, Paris, 1975, No 123, ap. II, pág. 107.
7. Sobre el distingo **in obligatione** e **in solutione**, que define a la deuda de **valor**, v. ALTERINI, ATILIO ANIBAL, Las deudas de valor no están alcanzadas por la ley 23.928 de convertibilidad del austral", en L.L., to. 1991-B, pág. 1048; *Desindexación. El retorno al nominalismo*, Buenos Aires, 1991, No. 3, pág. 14, y No. 61, pág. 127.
8. Conf. "XXVIII Jornada Notarial Bonaerense" (Mar del Plata, 1991), Tema II, Rec. II-a; CASIELLO, JUAN JOSE *¿El fin de la indexación?*, en L.L., to. 1991-B, pág. 1039, No. 2.1.5, y *Ley de convertibilidad y desindexación*, en MOISSET de ESPANES, Luis (Coordinador), *ob. cit.* 1a. serie, Buenos Aires, 1991, pág. 73, ap. 2.1.5; COMPAGNUCCI de CASO, RUBEN H., *A propósito de la ley de 'convertibilidad del austral*, en L.L., to. 1991-C, pág., 991 No. 10; MOISSET de ESPANES, LUIS, *Aspectos económicos y jurídicos de la ley de convertibilidad*, en *ob. cit.*, 1a. serie, pág. 37; BANCHIO, *ob. cit.*, ap. 3.7; ALTERINI, ATILIO ANIBAL, "Las deudas de valor..." *cit.*; *Desindexación...*, *cit.*, No. 62, pág. 129; v. TRIGO REPRESAS, FELIX A., "Congelamiento y 'desindexación' de deudas en la ley de convertibilidad del austral", en L.L., to. 1991-C, pág. 1969, ap. V-b, y "Nominalismo y prohibición de actualizar deudas y desindexación en la ley 23.928", en MOISSET de ESPANES (coordinador), *ob. cit.*, 2a. serie, pág. 219, ap. 7.1; WAYAR, ERNESTO C., *La convertibilidad del austral y las obligaciones de dar dinero*, *ibid.*, 1a. serie, pág. 201, pág. 5-d; CONDORELLI, Epifanio J.L., "Reflexiones en torno al art. 8 de la ley 23.928", *ibid.*, 2a. serie, pág. 83, ap. 3; LORENZETTI, RICARDO, *La Ley monetaria y la doctrina: el precipitado de la interpretación*, *ibid.*, 3a. serie, pág. 141, ap. 7; RIVERA, JULIO CESAR, *Ley de convertibilidad del austral. Efectos sobre el régimen de la moneda*, en La Revista del Foro de Cuyo, to. 1, Mendoza, 1991, pág. 7, ap. 7.4. "Aplicar el principio nominalista cuando se está contratando sobre un valor es un contrasentido; el nominalismo sólo es aplicable a lo que tiene un valor nominal: la moneda" (FERRERE-LAMAISSON h., DANIEL, *El dinero en la teoría jurídica*, Montevideo, 1974, pág. 48).

del alimentario (art. 267, Cód. Civ., según ley 23.264), que pueden ser cubiertas en especie o en dinero.¹⁰

4. Medios de Ajuste Directos e Indirectos

Cuando el descarrío inflacionario de mediados de la década de los setentas puso en cuestión en el primer plano de debate¹¹, fueron señalados los distintos caminos que podían ser seguidos para ajustar los montos dinerarios.¹²

Ellos son **directos o indirectos**. Entre los primeros fueron ubicados los medios de indexación establecidos en la ley, o pactados por las partes. Entre los segundos, que actúan por vía refleja, la tasa del interés incidida por la inflación, la liquidación del crédito sobre la base de un valor referente¹³, los casos en los que resultan relevantes los "standards" básicos del sistema¹⁴, y los de dolo o de culpa grave del deudor.¹⁵

Los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 prohíben únicamente los medios de ajuste **directos**, esto es, los que actualizan la deuda "a través de un mecanismo apto por el cual -derechamente- se la introduce en el campo del valorismo y se la sensibiliza a los "repotenciación de deudas", como la "actualización monetaria", la "indexación por precios", o la "variación de costos", a que se refieren literal e inequívocamente ambos artículos. Distintas son las vías **indirectas**, que no operan para producir la "repotenciación" de una "suma determinada" histórica, sino que concretan cierta expresión en moneda actual.¹⁶

Propongo analizar de qué manera son utilizables los intereses como mecanismo **indirecto** para el reajuste de las deudas dinerarias propiamente dichas.

5. Cláusulas de Ajuste e Intereses

Los intereses y las cláusulas de ajuste se asemejan en cuanto a la expresión matemática y a los efectos aritméticos. En ambos casos, a mayor capital, mayor es la ecuación final resultante; y el resultado aritmético coincide, tanto cuando el capital es actualizado por índices, como cuando se le aplican intereses capitalizables (**anatocismo**).¹⁷

Pero presentan varias diferencias:

a) Los intereses conciernen a un lucro. Los índices, a mantener un determinado poder adquisitivo.

b) Las tasas de interés son conocidas al ser establecida la relación jurídica. Los índices no.

c) Las tasas de interés son discrecionales. Los índices derivan de procedimientos matemáticos.

d) Las tasas de interés tienen como límite la teoría de la usura. Los índices, lo que determina la realidad económica.

e) La fijación de una tasa arrastra el riesgo de error, en más o en menos, respecto de la incidencia inflacionaria. Los índices, en cambio, la reflejan con precisión.

f) Los intereses son debidos **a prorrata temporis**, y resultan mayores cuanto mayor sea el plazo de aplicación. Los índices no guardan relación, puesto que pueden escaparse súbitamente, o aún disminuir.

g) La actualización no genera impuestos a las ganancias (art. 20, inc. z, ley 20.628, t.o. en 1986 y sus modificaciones; pero comp. con art. 97, inc. a); los intereses sí (art. 45, inc. a, ley cit.).

9. El costo que debe afrontar el responsable es, en ambos casos, el actual de reposición, sea que adquiera el guardabarros y lo haga instalar por sí, sea que pague lo necesario para que la víctima lo adquiera y lo haga instalar.

10. Salvo que el alimentario rehúse la prestación en especie: Cam. Apel. Rosario, Juris 9-174. Sobre las virtualidades de la ley 23.928 en esta cuestión, v. CORDOBA, MARCOS M., "La ley 23.928 y la inalterabilidad de la equivalencia en la prestación alimentaria", en L.L., to. 1991-C, pág. 996, texto y notas 5 a 7.

11. Sobre la correlación entre esa inflación coyuntural y el cambio de los criterios de aplicación de la teoría de las deudas dinerarias, véase ALTERINI, ATILIO ANIBAL - LOPEZ CABANA, ROBERTO M., "Soluciones jurídicas para el problema inflacionario", en L.L., to. 1986-D, pág. 984, y en *Cuestiones modernas...*, cit., pág. 207, ap. 7.

12. Véase LOPEZ CABANA, ROBERTO M., "La indexación de las deudas dinerarias. Estado actual y prospectiva, en J.A., to. 1976-III, pág. 794.

13. Es el caso del "monto del proceso", conforme al art. 23 de la ley 21.839 de honorarios de abogados y procuradores.

14. Regla de buena fe (art. 1198, 1a. parte, Cód. Civ., según ley 17.711), descalificación del abuso del derecho (art. 1071, Cód. Civ., según ley 17.711), teoría de la imprevisión (art. 1198, 2a. parte, Cód. Civ., según ley 17.711).

15. V. ALTERINI, ATILIO ANIBAL, *Desindexación...*, cit., Nos 52 y 53, págs. 113 y 116.

16. LOPEZ CABANA, ob. cit., ap. IV.

17. Sobre esto, v. ALTERINI, ATILIO ANIBAL, *Desindexación...*, cit., No 36, pág. 86.

En el caso de la deuda dineraria (no ajustable) la importancia de los intereses es sumamente significativa, en cuanto tienden a "compensar el deterioro del signo monetario".¹⁸ Por eso, el complejo sistema indexatorio resulta inútil cuando las partes están en situación de "prever exactamente el quantum de la depreciación monetaria que se producirá en el futuro", y de "estipular una tasa de interés que contemple ese hecho futuro".¹⁹

6. El Sistema de la Ley 23.928.

a) **El rigor nominalista.** No es dudoso que "los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 importan el retorno al nominalismo"²⁰, y que dicha ley "ha sancionado un régimen nominalista rígido, que tiene por finalidad erradicar todas las cláusulas de estabilización".²¹

Ello, por cierto, no significa que ese propósito haya sido conseguido, o sea plenamente alcanzable. Pero, aun dentro de la ortodoxia nominalista, los intereses constituyen un mecanismo idóneo para ajustar el saldo final de la ecuación económica.²²

Una deuda, claro está, no siempre es apta para llevar intereses. Pero, cuando éstos proceden -sean los retributivos, los lucrativos, los moratorios o los punitivos²³-, dan la llave para captar en su tasa la depreciación de la moneda.

b) **la tasa variable.** Conforme al art. 623 *in fine* del Código Civil (según ley 23.928), son expresamente autorizados los intereses a tasa variable, esto es, de acuerdo con "la evolución periódica de la tasa de interés de plaza". Con aquella designación, ya había sido prevista por el Proyecto de Código Unico sancionado por el Parlamento como ley 24.032, la cual fue vetada íntegramente por el Poder Ejecutivo mediante decreto 2719/91 (art. 2248, inc. 1o.). Se

considera que "posibilita la apertura del crédito en nuevos sectores"²⁴, y su validez ha sido reconocida expresamente²⁵.

Técnicamente, tasa variable es la susceptible de ser modificada tomando como referencia la evolución de otros indicadores representativos (tasas o índices)²⁶.

La ley 23.928, sólo contempla la evolución de la **tasa de interés de plaza**. No obstante, esta tasa de interés de plaza concierne, de alguna manera, a los índices inflacionarios, puesto que habitualmente contiene una "previsión por depreciación de la moneda"²⁷.

c) **Anatocismo.** Al modificar el art. 623 del Código Civil, la ley 23.928 ha conferido mayores potestades a la autonomía de la voluntad, pues autoriza el anatocismo, o capitalización de intereses. Se trata del denominado **interés compuesto**, que supone la reinversión periódica del capital más los intereses devengados hasta entonces.

El anatocismo sólo procedía, antes de la actual reforma, en algunas escasas situaciones especiales, expresamente previstas: para el mandatario, el gestor de negocios y el fiador, con respecto a los intereses retributivos anexos a su crédito por capital (arts. 1950, 2298 y 2030, Cód. Civ.); para el mutuo mercantil (art. 569, Cód. Comercio), la cuenta corriente mercantil (art. 788, Cód. Comercio) y la bancaria (art. 795, Cód. Comercio).

El nuevo texto del art. 623 del Código Civil dispone: "No se deben intereses de los intereses, sino por convención expresa que autorice su acumulación al capital con la periodicidad que acuerden las partes; o cuando liquidada la deuda judicialmente con los

18. VILLEGAS CARLOS G. - SCHUJMAN, MARIO S., *Intereses y tasas*, Buenos Aires, 1990, pág. 111. Conf. VITOLO, DANIELROQUE, *Ley de convertibilidad 23.928 y sus efectos sobre las relaciones jurídicas*, Buenos Aires, 1991, pág. 71.

19. EGUES, ALBERTO J., *Régimen jurídico financiero de la indexación*, Buenos Aires, 1983, pág. 35.

20. "XXVIII Jornada Notarial Bonarense", cit., Tema II, Rec. II-a.

21. "1as. Jornadas Sudatlánticas de Derecho Civil y Comercial" (En homenaje al Profesor doctor ADOLFO PLINER), Bahía Blanca, 1991, Comisión No. 2, Rec. I.

22. Las "1as Jornadas Riocuartenses de Derecho Económico", cit., asignaron al interés el carácter de "única pauta de ajuste" en el sistema vigente (Declaración V).

23. Sobre estas categorías, v. ALTERINI, ATILIO ANIBAL, *Responsabilidad civil*, 3a. ed., Buenos Aires, 1987, No 361 y sít., pág. 283 y sít.

24. BENELBAZ, HECTOR ANGEL, *La nueva ley de convertibilidad del austral. Aspectos jurídicos trascendentales*, en E.D., ej. del 21/05/91, pág. 1, ap. IV.

25. Las "1as Jornadas Sudatlánticas de Derecho Civil y Comercial", cit., declararon que "son válidas las cláusulas de interés a tasa variable concertadas en obligaciones en moneda de curso legal y moneda extranjera" (Comisión No.2, Rec. III-2).

26. VILLEGAS - SCHUJMAN, ob. cit., pág. 102, entienden viable que la tasa variable sea establecida con referencia a índices.

27. VILLEGAS - SCHUJMAN, ob. cit., pág. 103.

intereses, el juez mandase pagar la suma que resultare y el deudor fuese moroso en hacerlo. Serán válidos los acuerdos de capitalización de intereses que se basen sobre la evolución periódica de la tasa de interés de plaza”.

La autorización del anatocismo venía siendo reclamada²⁸, en términos diametralmente diversos de los que orientaron la solución negativa clásica²⁹. Modernamente se ha entendido que la prohibición de capitalizar intereses “es una regla ‘inmoral’, en el sentido de que induce un comportamiento social disvalioso”.³⁰

El nuevo texto legal tiene antecedente en el ya mencionado Proyecto de Código Unico de 1987.³¹

d) **El contenido económico de la sentencia.** Tanto el art. 8 de la ley 23.928, como el art. 8 del decreto reglamentario 529/91, sin eufemismo alguno, pasaron por alto los efectos de la cosa juzgada y congelaron al 1 de abril la ecuación económica

resultante de sentencias: a partir de entonces no cabrían “nuevos ajustes”.

Esto constituía un claro despropósito: en general, por avasallar la cosa juzgada³², y en particular, por desconocer la esencia de las obligaciones de valor. En términos macroeconómicos, el congelamiento de las sentencias es innecesario para el éxito de un plan de estabilidad.³³

Prontamente, en materia laboral, se resolvió que, sin perjuicio de la prohibición de actualizar los créditos a partir del 1 de abril de 1991, debía aplicárseles “la tasa de interés que resulte del promedio mensual de la tasa activa aplicada por el Banco de la Nación Argentina para operaciones corrientes de descuento de documentos comerciales”³⁴. Esta tasa sustituye a la del interés puro³⁵, correspondiente a créditos indexados.

Después, el art. 10 del decreto reglamentario 941/91 modificó el criterio de la ley y de su primera

28. V. ESTEVEZ BRASA, TERESA M., *Los riesgos del anatocismo*, en L.L., to. 1976-D, pág. 889; BONFANTI, MARIO A., *En tema de intereses*, en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 17, 1984, pág. 855, ap. 3; MACIEL, HUGO D., *Capitalización e intereses*, en L.L., to 1988-C, pág. 156; PALACIO, LINO E., *Hacia el fin del anatocismo*, en L.L., to. 1989-B, pág. 784. La regla del art. 623 del Cód. Civ. fue relativizada por la CSJN (L.L., 1982-C-82).
29. La teoría negativa clásica aún tiene algunos sostenedores: LOPEZ de ZAVALIA, FERNANDO, en Mesa redonda sobre *Ley de convertibilidad del austral*. Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, Buenos Aires, 09/05/91; WAYAR, ERNESTO C. ob.cit., ap. 9. Sobre debate en la Cámara de Diputados, MOISSET de ESPANES, LUIS, *La ley de convertibilidad. Su estudio en el Congreso de la Nación* (2a. parte), en ob. cit., 3a. serie, pág. 9, ap. 9.4.
30. VILLEGAS - SCHUJMAN, ob. cit., pág. 157; en pág. 156 destacan que el incumplimiento del deudor de capital e intereses “puede obligar al acreedor a obtener dicha suma total de un prestamista que, indudablemente, le cobrará intereses sobre el total del préstamo”. Conf. VITOLO, ob. cit., pág. 68. RICHARD, EFRAIN HUGO, *Intereses. Un examen sobre su naturaleza, con particular énfasis en las tasas equivalentes, el anatocismo y como variable de ajuste* en MOISSET de ESPANES (Coordinador), ob. cit., 1a. serie, pág. 121, ap. 3.4. señala que la admisión del anatocismo adecua a una sociedad en las que son privilegiados “los financiamientos o negocios financieros”.
31. El texto del mencionado Proyecto de Código Unico de 1987 es: “Se deben intereses sobre intereses: a) Si se ha convenido la acumulación de los intereses al capital. b) Si se ha demandado judicialmente el cobro del capital. La acumulación de los intereses ocurrirá en la fecha de interposición de la demanda. c) En los demás casos previstos por las leyes”. La fórmula del Proyecto resulta indudablemente superior a la adoptada por la ley 23.928, a la cual se le ha asignado “cierta ligereza” (BONFANTI, MARIO A., CARTELL, ANTONIO J., y PINTO, CARLOS A., “Ciertas reflexiones acerca de la ley No 23.928 de convertibilidad del austral”, en E.D., ej. del 21/06/91, pág. 1, ap. V), y una estructura que “es de lamentar” (CASIELLO, “ley de convertibilidad...” cit., ap. 2.2.2. Por lo pronto, la exigencia para la capitalización de intereses, cuando hay reclamo judicial, de que la deuda sea liquidada, y el juez ordene su pago, es incomprensible en un sistema que la autoriza; antes podía tener justificación en cuanto la idea de la ley era prohibir ese anatocismo o, por lo menos, acotarlo. El art. 569 del Código de Comercio da lugar a la capitalización desde la interposición de la demanda, y tal fue la solución del Proyecto de Código Unico. En otro orden de ideas, la intimación de pago de una liquidación puede ser problemática porque, para un opinión, no es viable sino en el proceso de conocimiento pleno (no en el ejecutivo) (MARICONDE, OSCAR D., *El régimen jurídico de los intereses*, Córdoba, 1980, pág. 132). El art. 504 del Código Procesal autoriza la intimación de pago del monto liquidado, pero -en el juicio ejecutivo- su art. 561 hace menester la previa traba de embargo; consiguientemente, el deudor no debería intereses capitalizados si no hubiera podido ser embargado.
32. BUSTAMANTE ALSINA, JÓRGE, *Reflexiones en torno de la ley 23.928 llamada de convertibilidad del austral*, en E.D., ej. del 25/04/91, pág. 1, texto y notas 2 y 3; CONDORELLI, ob. cit., ap. 6; v. COMPAGNUCCI de CASO, ob.cit., No 7; MOISSET de ESPANES, “La ley de convertibilidad...” cit., en ob.cit., ap. 10.
33. Opinión unánime de los destacados economistas doctores ADOLFO STURZENEGGER, HECTOR GAMBAROTTA y DAVID EXPOSITO, en Mesa redonda del 09/04/91, Universidad Notarial Argentina, cit.

reglamentación: dispuso que “en oportunidad de determinar el monto de la condena en australes convertibles, el juez podrá indicar la tasa de interés que regirá a partir del 1 de abril de 1991, de modo de mantener incólume el contenido económico de la sentencia”. Esta norma genera las siguientes reflexiones:

i) La clave es “mantener incólume el contenido económico de la sentencia”³⁶. La captación de la depreciación por la tasa de interés resulta idónea para que, en la ecuación final (capital más intereses), cuando menos subsista intacto el poder adquisitivo del dinero adeudado, y “los alcances de la cosa juzgada de una sentencia que haya dispuesto antes del 1 de abril de 1991 su reajuste ulterior por índices de actualización, quedan respetados a través del régimen de intereses permitido por la normativa vigente en cuanto mantenga incólume el contenido económico de la sentencia”.³⁷

ii) El verbo “podrá” denota una investidura que se asigna al juez. No se trata de que fije una tasa de interés adecuada, o no lo haga, a su mero arbitrio.³⁸

iii) Aunque la ley resulte modificada por el decreto reglamentario, éste debe ser bienvenido en tanto

sus disposiciones ajustan el sistema a exigencias constitucionales de intangibilidad de la cosa juzgada.³⁹

iv) En todo caso, la solución adecua al art. 511 del Código Procesal.⁴⁰

e) **Las sentencias referidas a deudas de valor.** Sabemos que el sistema nominalista de la ley 23.928 no abarca a las obligaciones de valor.

No obstante, si las comprendiera, los intereses podrían servir para liquidar definitivamente el **quid** que constituye su objeto en una medida acorde con lo debido:

El momento de la liquidación en dinero de la deuda de valor dividió las opiniones. El criterio clásico consideró que la deuda quedaba cristalizada al tiempo de la sentencia, sobre cuyo capital, a partir de entonces, se aplicaban intereses⁴¹. Sin embargo, la tesitura dominante entendió que el **valor** debía ser fijado al tiempo de pago⁴². Es fácil advertir que, para la primera solución, el valor del bien referente es sólo computable hasta el momento de la sentencia, luego de la cual los intereses corrientes se incorporan a la deuda liquidada; en tanto, para la segunda, las variaciones de aquel valor siguen

34. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Resolución No.6 del 10 de abril de 1991; la remisión a la tasa del descuento condice con el art. 565 del Código de Comercio. Conf. REVIRIEGO, JOSE M., *Apostillas laborales a la ley 23.928 y su decreto reglamentario No 529/91*, en Zeus, ej. del 24/05/91, pág. 2.

35. Se trata del expurgado de las **escorias** que se le adicionan, entre ellas “el monto que corresponde al coeficiente de pérdida del valor adquisitivo de la moneda”: MOLINARIO, ALBERTO D., *Del interés lucrativo contractual y cuestiones conexas*, en E.D., to. 43, pág. 1155; DURAZONA y VEDIA, AGUSTIN y QUINTANA TERAN, JUAN C., *La depreciación de la moneda y los intereses*, en J.A., to. 7-1970, pág. 340.

36. Conf. “1as. Jornadas Sudatlánticas”, cit., Comisión No. 2, Rec. III-1. Aunque “bajo la denominación engañosa de **interés** habrá en realidad **ajuste** o, al menos, **recomposición** del capital”: VITOLO, ob. cit., pág. 165; conf. RICHARD, ob. cit., ap. 13; MOISSET de ESPANES, ob. cit., aps. 6.2 y 9.4.

37. “1as. Jornadas Sudatlánticas”, cit., Comisión No. 2, Rec. IV.

38. La cuestión resulta semejante a la planteada por el art. 656 del Cód. Civ. (texto según ley 17.711) en materia de cláusula penal: v. KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, *La cláusula penal*, Buenos Aires, 1981, No. 76, pág. 101; ALTERINI, ATILIO, *La inmutabilidad relativa de la cláusula penal*, en Revista del notariado, año LXXII, No. 712, Buenos Aires, julio/agosto de 1970, pág. 983, No 11.

39. Es el criterio sostenido en ALTERINI, ATILIO, *Desindexación...*, cit., No. 10, pág. 33. Conf. YOUNG, FEDERICO, A., *Reflexiones sobre la ley de convertibilidad, nominalismo, desagio y anatocismo*, en L.L., to. 1991-C, pág. 1034, ap. IV.

40. V. ALTERINI, ATILIO, *Desindexación...*, cit., No. 22, pág. 53, donde -antes de ser dictado el decreto 941/91- se propuso hacer uso de la citada norma del Cód. Procesal, en cuanto autoriza al juez, en la etapa de liquidación, a adecuar la sentencia “dentro de los límites de ésta”.

41. LLAMBIAS, JORGE J., *Tratado de Derecho Civil. obligaciones*, to. II, Buenos Aires, 1970, No 186, pág. 178.

42. LEZANA, JULIO I., “El momento de la apreciación del daño y los intereses”, en J.A., to. 1952-III, pág. 10, sec. doc.; BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Indexación de deudas de dinero*, en L.L., to. 1975-D, pág. 480; CARRANZA, JORGE A., *En materia de intereses se hace camino al andar*, en J.A., to. 1976-II, pág. 74; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, *Intereses y obligación alimentaria*, en J.A., to. 1976-III, pág. 646, No. IV; TRIGO REPRESAS, FELIX A., *Obligaciones de dinero y depreciación monetaria*, 2a. ed., La Plata, 1978, pág. 187; CSJN, 19/05/87, “Borrar v. Castro”; 23/05/89, “Alancay v. Romero”. Conf. para adeudas laborales: art. 276, ley 20.744 (sgún ley 21.297); deudas previsionales: art. 1, ley 21.235; deudas fiscales: art. 1, ley 21.281; saldos impagos en las quiebras: arts 1 y 2, ley 21.488; honorarios de abogados y procuradores: arts 22 y 67, ley 21.839.

incidiendo posteriormente, hasta la oportunidad en que el deudor satisface al acreedor mediante el pago.

Si se retorna a aquella concepción clásica, el ajuste del "contenido económico" de las sentencias mediante los intereses puede regir también a las que versan sobre obligaciones de valor. Es lo que se ha decidido en materia de deudas laborales, de valor, o sujetas a mecanismos de indexación ahora descalificados.⁴³

7. Tasas Positivas.

Se entiende por tasa **positiva** del interés a la que excede de la correspondiente a la depreciación monetaria. La paradójica expresión tasa **negativa**, por lo contrario, denota a la que no cubre siquiera a esa depreciación.

Hasta la segunda mitad de la década de los setentas las tasas solieron ser negativas: el Estado, como gobernante de la oferta bancaria de crédito, fijaba tasas inferiores a los niveles de inflación, de manera que el acreedor, que cobraba capital e intereses, no llegaba sin embargo a recuperar una cantidad de moneda equivalente en poder adquisitivo a la que le era adeudada. Fue por eso que, en atención a que el art. 622 del Código Civil no fijaba la tasa de interés legal, ni señalaba a los jueces el criterio aplicable en defecto de convención, que se sostuvo que correspondía atenerse a la tasa del interés real en plaza, con independencia de la tasa establecida oficialmente para el sistema bancario.⁴⁴

La situación, en términos generales, aparece revertida, puesto que ahora las tasas de interés corriente en plaza suelen ser positivas. De cualquier manera, el criterio actual es que corresponde aplicar "una tasa positiva, de modo de mantener incólume

el contenido económico de la contratación y de la sentencia".⁴⁵

8. Tasas Efectivas

Se entiende por intereses a tasa **efectiva** -por oposición a los intereses a tasa nominal- a los que, una vez devengados, se suman al capital, para seguir generando intereses sobre el total. Se trata del **interés compuesto**, o del **anatocismo**, en cuanto los intereses devengados son capitalizados para la determinación final de la deuda.

Es cierto que la mezquina redacción del nuevo art. 623 del Código Civil (según ley 23.928)⁴⁶ podría erigirse en obstáculo para esa capitalización. No obstante, aun con el texto del Código Civil, se llegó a admitir la capitalización de intereses desde la liquidación, sin necesidad de la específica intimación de pago que requiere⁴⁷; y, por lo demás, se entiende que "las llamadas tasas efectivas" conciben con la requerida inalterabilidad del contenido económico de la relación obligacional.⁴⁸

9. Tasas Pasivas y Activas.

Es primordial no perder de vista que los intereses sirven tanto para reajustar el capital como para resarcir al acreedor (arts. 508 y 622, Cód. Civ.)⁴⁹. La **tasa pasiva** (la que paga un banco al ahorrista) se vincula con el lucro cesante del acreedor insatisfecho, la **activa** (la que cobra un banco al tomador de crédito), con su daño emergente; los intereses pueden representar la reparación de uno o de otro⁵⁰, pero la **tasa activa**, que se relaciona con el **costo del dinero**, resulta más adecuada al daño emergente sufrido por el acreedor cuando, a raíz del incumplimiento de su deudor, se vio precisado a obtener en préstamo lo que se le debía⁵¹. Sin embargo el art. 10 del decreto reglamentario 941/91 se remite a "la tasa

43. V. supra, No. 5-d, texto y nota 34.

44. ALTERINI, ATILIO, *Responsabilidad civil*, 1a. ed., Buenos Aires, 1970, No 380, pág. 294; LOPEZ CABANA, ob. cit., ap VII-A, 2 y fallos que cita; RAMIREZ, JORGE O., *Depreciación de la moneda. Tasas de interés variable para superar la distinción deudas de valor - deudas de dinero*, en J.A., to. Doctrina 1974, pág. 362, aps. III y IV; BARBERO, OMAR U., *Desvalorización de la moneda. Deudas dinerarias. Intereses*, en J.A., to. 29-1975, pág. 268, aps. II y III, y fallos que cita en nota 3.

45. "1as. Jornadas Sudatlánticas", cit., Comisión No. 2, Rec. III-1.

46. V. supra, No. 5-c.

47. Cám. Nac. Com., Sala E, L.L. 1988-C-56.

48. "1as. Jornadas Sudatlánticas", cit., Comisión No. 2, Rec III-1.

49. Sobre las diferencias entre reajuste e indemnización, v. CSJN, 08/04/86, "Feldman y Cía. Inmobiliaria Metropolitana Interior". y Cám. Nac. Civil, Sala C, L.L. 1976-B-290. V. supra, No. 5-d, texto y nota 36.

50. ALTERINI, ATILIO, *Responsabilidad civil*, cit., No 368, pág. 285

51. Cám. Nac. Com., Sala E, L.L. 1988-C-157; 1988-D-506; PEREZ CROCCO, CARLOS A., *La tasa de interés y la ley 23.928*, en MOISSET de ESPANES (Coordinador), ob. cit. 2a serie, pág. 143, ap. 3.4.

de interés pasiva promedio, que los jueces podrán disponer se aplique a los fines previstos en el art. 622 del Código Civil".⁵²

En otro orden de ideas, la tasa del **descuento**, que asume el art. 565 del Código de Comercio para el contrato de mutuo mercantil, suele no ser representativa del costo del dinero en plaza.⁵³

10. Abogados y Jueces.

Se proclama que "la respuesta de los operadores jurídicos, en la hora actual, debe armonizar lo jurídico con lo económico"⁵⁴. Pero, en situaciones críticas como las reiteradas emergencias padecidas, la Economía ha ido llevando por delante al Derecho. Ahora, y nuevamente, las exigencias perentorias de estabilidad monetaria han conmovido esencias del sistema jurídico.

En los varios encuentros de juristas que se han expedido sobre el nuevo sistema en el breve lapso de su vigencia, la estabilidad ha sido un objetivo común, por lo cual, como criterio de fondo, se estima que el ajuste mediante el interés "debe ser aplicado, tanto por las partes cuanto por los jueces, con la indispensable cuota de razonabilidad", a fin de evitar que "se convierta en un factor distorsionante dentro del marco legal que procura alcanzar la estabilidad económica y financiera"⁵⁵. Otros conceptos están en decantación: se expresa preocupación por que la tasa aplicada "no supere con exceso la tasa pasiva promedio del Banco Central"⁵⁶; con respecto a la tasa variable, se sugiere que "debe estar relacionada

con la operatoria de la moneda del contrato"⁵⁷, y que su "límite se encuentra en la jurisprudencia tradicional respecto de las tasas usurarias".⁵⁸

En todo caso, queda claro que corresponde aplicar una tasa **positiva**, y que generalmente será adecuado el empleo de la tasa **efectiva** y no de la nominal⁵⁹. Las normas legales no dan una directiva unívoca: el art. 10 del decreto 959/91 capta la tasa efectiva⁶⁰, pero también se atiende a una tasa fija del 12% anual para operaciones del sistema financiero y para títulos públicos.

En fin. Para dar soluciones adecuadas en tiempos críticos son menester "jueces enérgicos y conscientes de su responsabilidad"⁶¹, y concierne a ésta asumir que "todas las fórmulas sólo son líneas directrices generales y no deben aplicarse esquemáticamente, sino sólo teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias del caso concreto".⁶²

Pero, para que el juez esté en situación de dictar una resolución justa, la pretensión adquiere relevancia especial, y el rol del abogado toma singular protagonismo. Va de suyo que, sin pretensión, la respuesta judicial adolece la falta de una propuesta que induzca su sentido, por lo cual es menester que sean formulados los razonamientos suficientes: por ejemplo, seguramente el juez aplicará la tasa pasiva promedio a que se refiere el mencionado art. 10 del decreto 941/91, a menos que se lo convenza de que es inadecuada.

Para ello es preciso que el abogado provea "información técnica suficiente"⁶³, a fin de que -por la

52. Ha sido advertido, sin embargo, que "la tasa pasiva está por debajo de la pauta inflacionaria", y que en todo caso, mediante ella "el deudor, incumplidor y moroso, se estaría deshaciendo de la obligación al costo más bajo": WILDE, ZULEMA, *Los intereses judiciales en las obligaciones dinerarias*, ponencia para las "1as. Jornadas Sudatlánticas", *cits.*

53. "El llamado 'interés de plaza' no debe confundirse con la tasa bancaria de descuento ordinario": BRIZZIO, CLAUDIA R., *La ley de convertibilidad y las sentencias firmes*, ponencia para las "1as. Jornadas Sudatlánticas", *cits.*

54. "IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil", San Juan, 1989, Comisión No. 4, Rec. 3.

55. "1as. Jornadas Riocuartenses de Derecho Económico", *cits.*, Declaración V.

56. "XXVIII Jornada Notarial Bonaerense", *cit.*, Tema II, Rec. IV.

57. "XXVIII Jornada Notarial Bonaerense", *cit.*, Tema II, Rec. IV.

58. "1as. Jornadas Sudatlánticas", *cits.*, Comisión No. 2, Rec. III-2. A tal fin es suficiente "realizar los cálculos necesarios y ponderar las condiciones del mercado": YOUNG, *ob. cit.*, ap. XII.

59. "1as. Jornadas Sudatlánticas", *cits.*, Comisión No. 2, Rec. III-1. V. *supra*, No. 7.

60. Conc. Comunicaciones "A" 1827 y "A" 1828 del Banco Central de la República Argentina, del 25/04/91, y sus referencias a la tasa efectiva de los depósitos en caja de ahorro común.

61. HEDEMANN, J.W. *Derecho de obligaciones*, trad. J. Santos Briz, Madrid, 1958, pág. 151. Además es preciso que asuman "en conciencia a la realidad económica": SALERNO, MARCELO URBANO, *Consideraciones sobre la reforma monetaria*, en L.L., to. 1991-C, pág. 970, ap. III-1.

62. ENNECCERUS, LUDWIG - LEHMANN, HEINRICH, *Derecho de obligaciones*, trad. B. Pérez Gonzáles y J. Alguer, vol. I, Barcelona, 1954, pág. 213.

63. "1as. Jornadas Sudatlánticas", *cits.*, Comisión No. 2, Rec. III-1.

64. CSJN, L.L. 1976-C-72; 1976-D-241; "Fallos" 301:580; 302:1345.

vía de los intereses- el acreedor obtenga el ajuste del capital y el resarcimiento a que tenga derecho. La incolumidad del poder adquisitivo de la prestación, conforme a sostenida jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, involucra a la noción esencial de justicia⁶⁴, se vincula con "criterios económicos objetivos de ponderación de la realidad"⁶⁵, y no queda confinada a la mera "alusión al

prudente criterio judicial" en tanto "a discrecionalidad pueda convertirse en arbitrariedad".⁶⁶

La tarea del abogado, naturalmente, debe ser ejercida en el caso, y en concreto. Las meras abstracciones, aunque estén dotadas de belleza argumental, suelen ser irrelevantes para la obtención de soluciones justas.

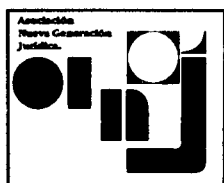


INDUSTRIA CARTONERA Y PAPELERA S.A.

LOTE 26 MANZANA "M" - LOTIZACION INDUSTRIAL STA. ROSA
(Antes del Puente Circunvalación) ATE - VITARTE

FAX: 74-1590 ☎ 74-1172 - 74-2817

- CAJAS DE CARTON CORRUGADO, SIMPLES Y DOBLES
- CAJAS TROQUELADAS
- CAJAS PARAFINADAS
- CAJAS POLLITO B/B.
- BOBINAS PARA EMBALAJE



Asociación Nueva Generación Jurídica Revista Novum Ius

FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS POLITICAS
UNIVERSIDAD DE PANAMA
3er. PISO
APDO. 1694
BALBOA, ANCON

CON OCASION DE NUESTRA VISITA A LA HERMANA REPUBLICA DEL PERU, REPRESENTANDO A LA ASOCIACION NUEVA GENERACION JURIDICA Y SU REVISTA NOVUM IUS.

MARCO A. AUSTIN - PRESIDENTE
CARLOS E. DE ICAZA RUIZ - DIRECTOR DE REVISTA
FRANCISCO GARZON - CONSEJO EDITORIAL
ANDRES WONG PIMENTEL - CONSEJO EDITORIAL

EXTENDEMOS LA MAS SINCERA DE LAS FELICITACIONES A LA REVISTA THEMIS POR LA PUBLICACION DE SU EJEMPLAR N° 25 Y LOS EXHORTAMOS A QUE CONTINUEN EN SU FRUCTIFERA LABOR DE DIFUSION DEL DERECHO.

65. CSJN, L.L., 1985-C-777, No. 8.

66. CSJN, L.L., 1985-C-733, NO. 1748; 1985-C-734, Nos. 1749/50; 1985-D669/670, Nos. 338/339.

Acerca del Proyecto Constitucional de la Corte Suprema

César San Martín Castro

Profesor de Derecho Penal y Derecho
Procesal Penal de la Pontificia
Universidad Católica del Perú.

I. La actual Corte Suprema, cuya mayoría de integrantes son provisionales, publicó en el Diario Oficial "El Peruano", el 18 de febrero último, un proyecto de Reforma Constitucional que contiene 31 artículos, divididos en 2 títulos.

El título primero, titulado "El Poder Judicial", está subdividido en 7 capítulos. Allí se abordan temáticamente las siguientes instituciones: principios de la función jurisdiccional y derechos en el proceso, estructura y administración del Poder Judicial, control constitucional y administrativo, función legiferante del Poder Judicial, nombramiento y ascenso de jueces, requisitos para ser juez e incompatibilidades, prohibiciones y garantías de los jueces. El título segundo corresponde al Consejo Nacional de la Magistratura y a los Consejos Distritales.

II. Lo particularmente interesante del Proyecto es su título primero, cuya factura es básicamente correcta y su concepción más democrática que el modelo de la actual Constitución.

Merece destacarse:

1. El reconocimiento del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, que engloba al derecho de defensa. Según la doctrina y jurisprudencia españolas, pues

el Proyecto se inspira en el art. 24, primera parte, de su Constitución, este derecho fundamental comprende el derecho a la acción o de acceso a la jurisdicción, y la interdicción consiguiente de que por vía legislativa o judicial se impida el acceso a los tribunales, el derecho a un proceso debido o razonable con todas las garantías, y el derecho a ejecutar lo juzgado o de eficacia de la sentencia, esto es, que las decisiones judiciales se cumplan efectivamente y que las autoridades y ciudadanos en general están obligados a prestar colaboración y obedecer las órdenes que imparta el poder judicial (1).

2. El listado generoso de un conjunto de derechos de las personas sometidas a proceso (nombre más técnico y correcto conceptualmente que el de garantías de la de garantías de la administración de justicia).

3. La consagración de los principios institucionales de unidad de la jurisdicción, exclusividad judicial, independencia judicial e independencia económica.

4. La ratificación del principio de unidad, al sancionarse la atribución de control jurisdiccional de las decisiones del fuero militar.

1. Cfr. GONZALES PEREZ, Jesús. *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*. Ed. Civitas. Madrid, 1984. pp. 43-44.

5. Control judicial de los regímenes de excepción bajo los principios de causalidad y proporcionalidad, siguiendo las propuestas de la jurisprudencia y doctrina argentinas.(2)

6. La consideración del entorno cultural de los justiciables en materia de interpretación y aplicación de la ley, aunque habría que avanzar mucho más bajo las pautas de la Constitución colombiana, en particular del artículo 246. Dicha norma, señala, primero, que las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes de la República; y, segundo que la ley establecerá las formas de coordinación de esa jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

III. No obstante ello, existen serias omisiones y defectos de concepción que es del caso resaltar. Son los siguientes:

1. Si bien el art. 2.1. del proyecto acepta el Principio de Unidad Jurisdiccional, en el numeral tercero se hace mención a los denominados "Fueros Especiales". Salvo el Militar, cuya competencia es del caso delimitar restrictivamente, por imperio del principio asumido y por que el Poder Judicial se ha reservado para sí el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, no cabe aceptar esa válvula que permitiría -como ha sido en el pasado- la minusvaloración competencial de la justicia ordinaria.

¿Se piensa, acaso, volver al modelo de los Fueros Agrarios y Laboral? Lo laboral y lo agrario son órdenes jurisdiccionales especializados; las materias que abordan tienen, por ello, sus principios y particularidades científicas, pero en modo alguno entran en contradicción con el Principio de Unidad Jurisdiccional, que es de carácter institucional(3).

2. Es saludable el reconocimiento del Principio de Legalidad Penal, pero falta sancionar expresamente el Principio de Culpabilidad, reclamado en la Ciencia Penal como el otro pilar inmovible de un régimen punitivo democrático(4).

3. La invalidez de las pruebas obtenidas por amenaza o violencia es un supuesto sumamente restrictivo; conforme a lo más depurado de la jurisprudencia y teoría procesal, la invalidez de las pruebas se extiende a toda obtención de pruebas que viole los derechos fundamentales(5).

4. Es censurable que se impida el cuestionamiento en sede judicial - o al menos de control constitucional - de las decisiones del Jurado Electoral y del Consejo de la Magistratura.

La seguridad jurídica en nada se alteraría permitiendo dicho acceso, tanto bajo modalidades *sui generis* de amparo directo ante el Supremo Tribunal -análogo al caso del amparo electoral español- cuanto por la interposición de acciones contencioso-administrativas contra las resoluciones administrativas del Órgano de Gobierno del Poder Judicial.

5. Es peligroso legitimar la legislación de emergencia permitiendo modelos normativos excepcionales, a cuyo amparo se han reproducido leyes que han oscurecido nuestro panorama democrático y justificado el abuso de poder y la violación de los Derechos Humanos.

6. No se ha reconocido el principio del juez legal o natural y la garantía de vinculación del juez al ordenamiento jurídico. Ambas instituciones son básicas para asegurar el derecho de las personas y ratificar que a los jueces les está atribuida la función de tutela del ordenamiento jurídico, lo que justifica en último término el conjunto de las demás garantías que se reconocen al juez(6).

7. Tampoco se ha constitucionalizado las garantías de inamovilidad judicial e irreductibilidad de los sueldos judiciales. Ambas garantías, conjuntamente con la existencia de la Ley Orgánica para todo lo referente al ordenamiento judicial (artículo 15), impiden que se produzcan cambios inopinados y políticamente dirigidos contra la judicatura, que se someta a los jueces afectando su economía familiar y que se decreta la inestabilidad de los cargos frente a posibles ofensivas de los otros poderes públicos disgustados por determinados fallos o actitudes de los jueces(7).

2. Cfr. SAGUES, NESTOR PEDRO. *Habeas Corpus*. Ed. Astrea. 2da edición. Bs. Aires, 1988. p. 250.

3. Cfr. TEROL BECERRA, MANUEL. *El Consejo General del Poder Judicial*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1989. pp. 45-47.

4. Cfr. JESCHECK, HANS-HEINRICH. *Derecho Penal-Parte General*. Volumen I. Ed. Bosch, 1978. p. 30.

5. Cfr. ORTELLS RAMOS, MANUEL. *Derecho Jurisdiccional*. T. III. José María Bosch Editor. Barcelona, 1991. p. 318.

6. Cfr. RESQUEJO PAGES, JUAN LUIS. *Judicial*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1984. p. 129.

7. Cfr. FIX ZAMUDIO, HECTOR. *Constitución Política Comentada*. Ed. UNAM. México, 1985. p. 221.

8. Es particularmente grave que no se fije una edad máxima para la función judicial ni se defina expresamente lo vitalicio o temporal del cargo judicial. Lo primero evitaría la manipulación de la carrera judicial; la definición por lo vitalicio permitiría, de otro lado, la institucionalización de la carrera judicial y de la Escuela Judicial, así como un margen de mayor protección del juez frente a la coyuntura política.

IV. El capítulo II trata sobre el gobierno de la judicatura y el Principio de Independencia Económica. El modelo por el que se opta a nivel de gobierno interno es el clásico corporativo matizado con determinada intervención de las instancias judiciales de carrera, bajo una supremacía de los Vocales Supremos. La independencia económica se circunscribe al 2% de los gastos corrientes para el Gobierno Central, aunque determina que el proyecto de presupuesto elaborado por el Poder Judicial se incluye **sin modificaciones** en el Proyecto General del Sector Público y que el representante del Poder Judicial interviene con voz, pero sin voto en el debate parlamentario.

La regulación de la función de gobierno del Poder Judicial es un tema central del constitucionalismo contemporáneo. El órgano de gobierno judicial es visto, en primer lugar, como una garantía para los propios jueces, al mantenerlos fuera del alcance de otros centros de poder y en condiciones de hacer posible su sometimiento a Ley (8); asimismo, en armonía con el modelo democrático de Estado, la conducción y gestión del mismo debe partir de mecanismos ampliamente participativos de todos los estamentos judiciales y de los otros sectores vinculados al quehacer de la administración de justicia, como los Colegios de Abogados y las Facultades de Derecho.

Dejar la conducción de este importante poder del Estado sólo a un sector de la Magistratura: la Corte Suprema, reforzaría el principio jerárquico en desmedro de la autonomía judicial y de un entendimiento consensual de los actos de poder.

Hoy en día se afirma que la diferencia entre los diversos integrantes de la judicatura es meramente competencial y que las "categorías judiciales" se justifican sólo a partir de la división del trabajo judicial, del Principio de la Pluralidad de instancias y de la necesidad de unificar la jurisprudencia para hacer efectivo el valor de la seguridad jurídica.

Un órgano, como los existentes en Francia, Italia, España y en parte en Colombia, fundado en la perspectiva instrumental de la eficacia, facilita la vinculación de la justicia a la sociedad -lo que no se da si sólo descansamos el gobierno de la justicia en la cúpula judicial- (9) y permite radicar en él funciones decisorias, tales como la disciplina, la selección y nombramiento de magistrados, sin temor a caer en el nepotismo judicial y en la creación de castas ideológicamente conservadoras y profesionalmente mediocres, dependientes del poder político en el vértice de la carrera judicial.

V. El capítulo III se refiere al control constitucional y administrativo. Hace mención a la existencia de una Sala Constitucional para conocer los procesos constitucionales de *Habeas Corpus*, de Amparo y, suponemos, de Acción Popular. La jurisdicción contenciosa-administrativa es reconocida expresamente y queda radicada en el Poder Judicial. Finalmente, se sanciona el Principio de Supremacía Normativa y la obligación de preferencia de la Constitución sobre la ley, y de ésta sobre toda norma inferior.

Existen claras omisiones en este capítulo. No se menciona la Acción de Inconstitucionalidad, ni los efectos que produciría un fallo que estime la norma legal violatoria del precepto constitucional. Tampoco se pronuncia respecto a otro tipo de acciones constitucionales, como sería el *Habeas Data*, ni sobre los mecanismos jurídicos-internos para viabilizar la jurisdicción internacional.

De las declaraciones del líder de la mayoría parlamentaria y del Proyecto del Colegio de Abogados, aparece que la opción es por encargar la jurisdicción constitucional a la propia Corte Suprema, a través de una Sala Especializada, siguiendo los modelos salvadoreño y costarricense. Este modelo intermedio debe matizarse, dando a la Sala Jurisdiccional un status especial y una composición que opte definitivamente por jueces *sui generis*, vinculados al mundo del Derecho Constitucional.

Otra sensible omisión estriba en el rol que debe jugar el Supremo Tribunal en el ordenamiento jurídico. Sus fallos ¿serían obligatorios?; la doctrina legal ¿ocuparía el carácter de auténtica Fuente de Derecho?; la casación ¿sería la misión específica de la Corte Suprema?

8. Cfr. ANDRES IBÁÑEZ, PERFECTO. *El Poder Judicial*. Ed. Tecnos. Madrid, 1986. p. 66.

9. Cfr. XIOL RIOS, JUAN ANTONIO. *El Poder Judicial y su Consejo General en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1986. p. 11.

VI. El capítulo IV reconoce, en primer lugar, el derecho de iniciativa legislativa del Poder Judicial; en segundo lugar, el de proponer la derogación de leyes inconstitucionales; en tercer lugar, el de dictar mediante Decretos Legislativos normas procesales de competencia de los Tribunales, normas de organización y gobierno judicial y normas que garanticen el derecho de defensa.

No está reconocida expresamente la facultad de reglamentar las leyes vinculadas al ordenamiento judicial, aunque es obvio que desde la lógica del Proyecto puede y debe hacerlo. De otro lado, si bien se permite la intervención de un Magistrado Supremo en el debate parlamentario de los proyectos de ley presentados por el Poder Judicial, a efectos de reforzar la presencia de la judicatura en el proceso legislativo convendría asumir dos instituciones ya reconocidas en el derecho comparado:

- a) el informe previo a todos los proyectos de ley que no tengan origen judicial y que guarden relación con las materias propias de la Administración de Justicia;
- b) la necesidad de participación judicial en los debates parlamentarios de dichos proyectos y, en caso de oposición, la exigencia de voto especialmente calificado para su aprobación.

VII. Los nombramientos y ascensos judiciales se encargan al Consejo Nacional de la Magistratura y, sin decirlo, en el artículo 18 se consagra la institución de la carrera judicial, a cuyo efecto y para reforzar su excelencia, se plantea crear la Academia de la Magistratura como órgano de capacitación, selección y formación de jueces y fiscales, cuyos cursos deberán ser aprobados por el postulante a un cargo judicial.

La concepción del proyecto, no compartida por nosotros, es que el Gobierno del Poder Judicial esté circunscrito a la Sala Plena de la Corte Suprema y al Consejo de Gobierno del Poder Judicial, mientras que el Consejo Nacional de la Magistratura se encargue: de modo primordial, de los nombramientos judiciales. Consideramos más viable hacer de este Consejo el verdadero órgano de poder de la Magistratura con consejeros de procedencia mixta y composición popular

Por otro lado, se ha estimado oportuno constitucionalizar la Escuela Judicial, en cuanto órgano académico del Poder Judicial, lo cual permitirá evitar una excesiva discrecionalidad en los nombramientos y garantizar el Principio de la Eficiencia como criterio razonable de ingreso y promoción en la magistratura (10). Lo contradictorio de este modelo es que se incorpora a los fiscales, pese a que ellos pertenecen a un órgano constitucional autónomo, como es el Ministerio Público. Consecuentemente, mal haría el Poder Judicial en asumir su formación y especialización.

Es por ello que en España, el Centro de Estudios Judiciales, al igual que nuestro Centro de Altos Estudios en Administración de Justicia, pertenece al Ministerio de Justicia como una institución pública autónoma, asumiendo -en el primer nivel de preparación- la realización de las oposiciones y el primer curso, así como la colaboración con el Poder Judicial y la Fiscalía en los cursos de segunda especialización y de actualización jurídica. A un organismo de estas características le corresponde, además, adiestrar profesionalmente al personal auxiliar de la administración de justicia, al cuerpo médico-forense y a los efectivos de la policía judicial.

VIII. En resguardo del Principio de Imparcialidad Judicial (11), el proyecto sanciona la incompatibilidad del ejercicio de toda actividad, exceptuando la docencia, la representación diplomática, la representación en comisiones de reforma legislativa, la integración de delegaciones oficiales del Perú en Congresos y Conferencias Internacionales, así como las funciones de árbitro en tribunales arbitrales o de abogado en defensa del país. La defensa en causa propia es asumida restrictivamente, otorgándosele un carácter excepcional.

Es interesante destacar, amén de haberse ampliado razonablemente las excepciones a la incompatibilidad, el que no figure la prohibición de integrar partidos políticos, de sindicalizarse y de declararse en huelga. En el derecho comparado latinoamericano se reconoce pacíficamente la interdicción a toda actividad político-partidaria, lo cual es compatible con el modelo de juez-funcionario y de justicia técnica que es propio del Derecho Escrito o Romano Canónico.

10. Cfr. LEDESMA, ANGEL ESTHER. *Estudios de Derecho Procesal*. Ed. Tiravet lo Blanch. Valencia, 1990. p. 206.

11. En virtud del Principio de Imparcialidad Judicial el ordenamiento jurídico es el único criterio del juicio y el juez no puede guiarse por ningún otro interés que el hacer prevalecer el Derecho. Cfr. DE OTTO, IGNACIO. *Estudios sobre el Poder Judicial*. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid, 1989. p. 63.

Pocos países consagran constitucionalmente la prohibición de sindicalización y de ejercer el derecho de huelga, pero en la mayoría de sus leyes se consagran tales limitaciones. Empero, en Europa se estima por un creciente sector de la magistratura que tal prohibición colinda con el ejercicio de los derechos fundamentales de los jueces, más aún si integran una carrera funcional y a menudo entran en conflicto con los demás poderes públicos, que les recorran o no promueven sus derechos sociales y no les proporcionan seguridad y otros complementos indispensables para el debido ejercicio de la jurisdicción.

Los jueces desde hace algunas décadas han optado por asociarse profesionalmente, lo que ha dado lugar al fenómeno conocido como "asociacionismo judicial", que por cierto desde dentro ha impulsado el debate y cuestionamiento del propio Poder Judicial, movilizándolo a la opinión pública y a la propia magistratura en defensa de sus derechos, en el respeto a la independencia judicial y en la debida valoración del Poder Judicial como institución creada para hacer efectivo el imperio de la ley.

IX. En torno al Título II del Proyecto sobre el Consejo Nacional de la Magistratura cabe puntualizar las tres características estructurales y funcionales con que ha sido concebido por la Corte Suprema:

1. A diferencia de lo previsto en la Constitución de 1979, las funciones del Consejo Nacional de la Magistratura son de nombramiento de jueces y fiscales y no meramente de proposición.

2. Se extienden sus funciones a la ratificación de jueces y fiscales, al control y supervisión, conjuntamente con la Corte Suprema, de la Academia de la Magistratura, y a la creación y administración de un sistema de evaluación técnico y permanente para los jueces y fiscales.

3. Los consejeros son de procedencia mixta y se amplía su nombramiento al término improrrogable de seis años. También se modifica su estructura en relación al régimen anterior, fijándose en nueve el número de Consejeros procedentes de la Corte Suprema, del Ministerio Público, del Colegio de Abogados de Lima (votación directa en este sólo caso), de los demás colegios de abogados y de las universidades -tanto nacionales como privadas- del país.

La presidencia la ejercerá el delegado de la Corte Suprema y no el propio Fiscal de la Nación, además ningún vocal o fiscal Supremo en actividad puede integrar el Consejo y la mayoría absoluta está integrada por delegados provenientes de la magistra-

tura y bajo una preferencia por los jubilados o cesantes como los más idóneos para nombrar y evaluar a los jueces y fiscales.

X. A la luz de lo descrito en el punto anterior consideramos necesario concluir que la concepción corporativa y predominantemente jerárquica o piramidal se ha impuesto definitivamente en el Proyecto: Tanto la Corte Suprema, como el Fiscal de la Nación o la Junta de Fiscales Supremos designan a los delegados judiciales. No se concibe la intervención de las otras instancias ni que se designe un consejero fuera del círculo de ex-jueces o ex-fiscales.

Es saludable que una institución alejada de los poderes Ejecutivo y Legislativo intervenga en el nombramiento y promoción de magistrados, y que esta función cuente con la necesaria intermediación de la Escuela Judicial. Sin embargo, es preciso que se consigne expresamente que la selección, sin perjuicio del requisito de estudios judiciales, se verifique por oposición o concurso, con lo que se evitaría la excesiva discrecionalidad en los nombramientos y ascensos y se postularía el Principio de Capacidad y Excelencia en el cuerpo judicial.

XI. No está muy claro lo relativo a la función disciplinaria y su diferencia con la evaluación y ratificación general de magistrados. Se entiende que la primera, para los casos de mala conducta funcional, está reservada al propio Poder Judicial; y que la segunda, para los casos de inidoneidad funcional o profesional, queda en manos del Consejo Nacional de la Magistratura.

Consideramos que esta división es artificial y perjudica un manejo integral de la carrera judicial. Los controles y mecanismos de evaluación permanente del desempeño funcional de los magistrados forman parte del quehacer de la propia administración autónoma de la justicia. Por ello el modelo debe cambiar.

La carrera judicial y el gobierno del Poder Judicial deben estar en manos -insistimos- de un Consejo de procedencia mixta y conformación plural, que tenga entre sus funciones decisorias lo relacionado con la disciplina y el control de idoneidad profesional de los jueces, para lo cual, como es lógico, debe existir en la ley tanto tipos disciplinarios cuanto tipos de inidoneidad profesional claramente diferenciados y sujetos a procedimientos de inspección, control y evaluación específicos.

Nuestra historia judicial, en lo referente a las demandas y las ratificaciones judiciales ha estado

teñida de graves injusticias y, por cierto, ha reflejado el grado de autoritarismo y arbitrariedad del aparato judicial. Los procedimientos masivos, sin causales de despido previamente estipuladas ni bases mínimas para ejercer el derecho de defensa, han reforzado mecanismos informales de presión de la "superioridad" frente al resto de la magistratura y diluido el Principio de Autonomía Judicial. El ejercicio de esta facultad excepcional, como es público y notorio, no ha contribuido a quebrar las bases de reproducción de la corrupción y de la ineficiencia judicial y, lo que es más grave desde un punto de vista institucional, ha posibilitado el envilecimiento de la carrera judicial y la pérdida de credibilidad social de la judicatura.

Reeditar ahora tal mecanismo demuestra lo poco que se ha avanzado en democratizar la justicia y una ausencia de procedimientos integrales de control e inspección de tribunales. También refleja, a nuestro juicio, un desconocimiento de los alcances políticos e institucionales que puede conseguir el desarrollo de un sistema idóneo de seguimiento del desempeño funcional de cada magistrado y la implantación de modelos de gestión administrativa científicamente concebidos, que conduzcan a conocer el estado de cada oficina judicial, las causas que generan el retraso de los expedientes, la calidad jurídica de los fallos y el índice de producción y productividad del juez y de sus auxiliares.

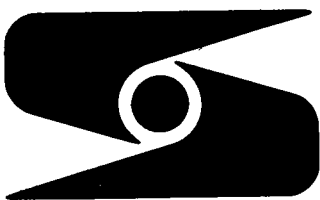
PLANCHAS S.A.



Rodolfo Beltrán 879

Central Telefónica 31-9574
..... 31-9070

Fax: 315848



SURCO

MANUFACTURERA DE PAPELES Y CARTONES S.A.

1. FORMULARIOS CONTINUOS

- Impresos y pre-impresos
- Boletas de pago
- Cheques personalizados
- Impresos en general

2. CUADERNOS

- Escolares
- Espirales

3. PAPEL FOTOCOPIA

"Calidad Surco"

4. CAJAS DE CORRUGADO

El Derecho Matrimonial a través de la Literatura

JOSE M. CASTAN VAZQUEZ ¹

Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad de Comillas, Madrid (España)

I. PROPOSITO DE ESTA NOTA

El estudio del Derecho a través de la Literatura constituye un campo sugestivo y no demasiado cultivado en España. Su extensión, desde luego, es muy grande, ya que todas las ramas jurídicas han tenido su reflejo en las Letras. Por ello los trabajos de esta naturaleza deben acortar inicialmente su ámbito, reduciéndolo a límites precisos. El que aquí ofrezco contempla concretamente una sola y fundamental institución del Derecho de Familia: el matrimonio. Mi intención se limita a sacar a la luz algunos de los infinitos textos literarios que han recogido cuestiones de Derecho Matrimonial. Los espigué en los dos géneros que especialmente reflejan la vida: el teatro y la novela.

El teatro y la vida están inquebrantablemente unidos. Ortega puso en relieve "el hecho de que la farsa resulte ser consustancial a la vida humana" ². Los civilistas recuerdan la vinculación de la voz *persona* al teatro, por designar ese sustantivo la máscara que en escena empleaban los actores. De hecho el teatro ha sido en todo tiempo un testimonio de la realidad social. En el presente lo es más, si

cabe, porque como observa Uscatescu, "la mayor parte del teatro de hoy es un teatro de implicaciones políticas y sociales" ³.

La novela, por su parte, se sitúa también en la vida social de un lugar y una época ⁴. En la escuela realista especialmente, el novelista, como escribe Andrés Amorós, "es un observador y un testigo" ⁵. El Derecho, que según afirma Legaz, "es forma de la vida social" ⁶, se asoma frecuentemente a la novela. El matrimonio concretamente, lo ha hecho con frecuencia. Veamos en teatro y novela algunos testimonios de los problemas jurídicos del matrimonio desde la fase preparatoria hasta el momento de la disolución.

II. ALGUNOS TEMAS DEL DERECHO MATRIMONIAL EN LA LITERATURA

1. Los Contratos Previos al Matrimonio

Un contrato o convención de considerable importancia histórica y aún actual es el llamado en España "capitulaciones matrimoniales" y en otros países simplemente "contrato de matrimonio". Es

1. El Profesor Doctor José María Castán Vázquez es Vocal de la Comisión General de Codificación, Profesor de la Universidad Pontificia de Comillas - Madrid, y miembro de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Ha pertenecido al Cuerpo de Letrados del Ministerio de Justicia. Es autor de diversos libros y ha publicado numerosos ensayos en revistas españolas y extranjeras.
2. J. ORTEGA Y GASSET, *Idea del teatro*, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1958, página 51.
3. G. USCATESCU, *Teatro occidental contemporáneo*, Ed. Guadarrama, Madrid, 1968, pág. 46.
4. A veces lo social es lo prevalente en una novela: "Desde el naturalismo hasta nuestros días -dice Silva Melero- apenas habrá un autor de verdadero mérito que no se haya sentido tentado por lo social. V. SILVA MELERO, *La cuestión social en la poesía española del siglo XIX*, Oviedo, 1956, pág. 9.)
5. A. AMORÓS, *Introducción a la novela contemporánea*, Ed. Anaya, Salamanca, 1971, pág. 38.
6. L. LEGAZ LACAMBRA, *Socialización, Administración, Desarrollo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971, pág. 113.

natural que los escritores lo hayan incorporado a veces a sus obras. Pero ha sido sobre todo un genial novelista francés, Balzac, quien a través de varias de las novelas que integran *La comedia humana* nos ha dado una sugestiva y seguramente fiel descripción de la práctica de esos contratos en la Francia de su tiempo. El otorgamiento o los efectos de aquéllos se narran en novelas como *La Rabouilleuse*, *Eugenia Grandet*, *Les Paysans* o *Le Père Goriot*. Pero hay incluso una novela balzaciana, *Le contrat de mariage*, que está absolutamente centrada en uno de estos contratos. En ella, en efecto, el núcleo del tema son unas capitulaciones -las otorgadas por novios Paul de Manerville y Natalie Evangelista- y todo lo demás gira en torno a ellas, como antecedente o consecuencia del contrato mismo. La parte principal de la narración la llenan las negociaciones entre los notarios de ambas partes y la firma del documento ⁷. Allí se advierte el profundo conocimiento que Balzac tenía de la vida notarial y del recién promulgado Código de Napoleón. Conocimiento que no debe sorprender, ya que el gran escritor era licenciado en Derecho y había practicado como oficial en el despacho del procurador Mer-ville y en la notaría de Passez.

Otro posible contrato previo al matrimonio es el llamado "corretaje matrimonial", en el que un tercero realiza una curiosa función de mediación entre personas que desean casarse. La figura tiene viejos antecedentes, pues fue conocida en Roma, si bien desapareció del Derecho positivo europeo y hoy tiene un cierto resurgimiento en la doctrina y la jurisprudencia de Europa e Iberoamérica ⁸. En todo caso, la mediación matrimonial ha sido y es una realidad en muchos países. En el nuestro, Cervantes aludió a ella en *El casamiento engañoso*, donde el Alférez Campuzano, al contar sus cuitas, relata que doña Estefanía de Caicedo, en la conversación en que le ofreció su mano, le dijo: "Si vuesa merced gustase de aceptar la prenda que se le ofrece, sujeta a todo aquello que vuestra merced ordenase sin andar en venta, que es lo mismo andar en lenguas

de casamenteros, y no hay ninguno tan bueno para concertar el todo como las mismas partes..." ⁹. Pero ha sido notoriamente un escritor ruso, Nicolás V. Gógol, quien especialmente se ha ocupado de la mediación matrimonial, tomándola como tema esencial de su comedia *El casamiento*. En ésta nos presenta una profesional de tales corretajes, conocida por "la Casamentera", que proporciona a determinada joven seis pretendientes ¹⁰, aunque la boda no se concierte con ninguno de ellos por culpa de un entremetido que se interfiere en el corretaje como aficionado, con perjuicio de la casamentera profesional ¹¹.

Los contratos de constitución de dote aparecen también descritos o aludidos en fuentes literarias. Sabido es que la dote ha perdido en nuestro tiempo su importancia al caer en desuso; en Italia la reciente e importante reforma del Derecho de familia llevada a cabo en 1975 ha llegado a suprimir paladinamente la institución, y no sería raro que en nuestra patria el legislador hiciera en fecha próxima lo mismo. Pero históricamente la dote tuvo mayor importancia en la realidad social y se comprende que los escritores se refiriesen a ella. La vemos así aludida, por ejemplo, en el *Poema del Cid*, donde se menciona también el "axovar" y las arras, La palabras "arras" y "dote" ya juntas, ya separas, servían -como en su magistral estudio jurídico del *Poema* ha observado Hinojosa- para designar la donación que hacía el marido a la mujer con motivo del matrimonio ¹². Los Infantes, así, dotan en el *Poema* a sus mujeres, señalándoles por "arras" tierras de Carrión.

"Leuar las hemos a nuestras tierras de Carrión
Meter las hemos en las villas
Que les diemos por arras e por onores
Verán uestras fijas lo que auemos nos
Los fijos que ouieremos en que auran partición" ¹³.

El "axuvar" en el Derecho castellano lo constituían los bienes que los padres de la esposa daban a ésta al contraer matrimonio. El *Poema del Cid* ofrece -

7. Me he referido con alguna extensión a esta novela en mi trabajo *Las capitulaciones matrimoniales en las novelas de Balzac*, en el libro *Homenaje a Francisco Pala*, Instituto Fernando el Católico, Zaragoza, 1974, págs. 35-55.

8. Vid. G. GARCIA CANTERO, *Notas sobre la licitud de la mediación matrimonial en Anuario de Derecho civil*, enero-marzo, 1963, pág. 33 y sigs., y G. A. BORDA, *Tratado de Derecho civil argentino (Familia)*, 4ª ed., Ed. Perrot, Buenos Aires, 1969, páginas 74-76.

9. M. DE CERVANTES SAAVEDRA, *El casamiento engañoso*, ed. anotada de Francisco Rodríguez Marín, Madrid, 1918, pág. 25.

10. Vid. N. V. GOGOL, *El casamiento*, en el vol. *Teatro completo*, Ed. Schapire, Buenos Aires, 1955, pág. 146 y ss.

11. Vid. N. V. GOGOL, op. cit., pág. 183.

12. Vid. E. de Hinojosa, "El Derecho en el Poema del Cid", en el libro *Homenaje a Menéndez Pelayo*, Madrid, 1899, tomo I, pág. 576.

13. *Poema de Mío Cid*, vs. 2.563-2.566.

como también ha puesto de relieve Hinojosa- la mención más antigua de esta institución en Castilla cuando relata la entrega de tres mil marcos de plata, en concepto de "axuvar" por el Cid a los Infantes:

"Hyo quiero les dar axuuar III mill marcos de plata..."¹⁴. En el teatro clásico español asoma frecuentemente el tema de la dote. El matrimonio, en la comedia, se concierta a veces en función de la dote y por oferta directa del padre del novio al de la novia. Así cuenta doña Juana, protagonista de *Don Gil de las Calzas Verdes*, de Tirso de Molina:

"...ofrecióse un casamiento
de una doña Inés, que aquí
con setenta mil ducados
se hace adorar y aplaudir.
Escribió su viejo padre
al padre de don Martín,
pidiéndole para yerno..."¹⁵.

La dote aparece como una necesidad para el matrimonio de las damas. En *Peribáñez y el Comendador de Ocaña*, de Lope de Vega, la protagonista doña Casilda dice a su prima:

"Muchas damas tiene Ocaña
con ricas dotes, Y tú
ni eres muy rica ni hidalga"¹⁶.

Hasta para la reina tiene importancia, incluso política, la dote. En *La prudencia en la mujer*, de Tirso de Molina, dice la reina:

"Mi dote toda he gastado
defendiendo esta corona..."¹⁷.

Si al futuro esposo interesa en gran manera la cuantía de la dote, al suegro le preocupa la administración que de ésta pueda hacer aquél. Así, en *Don Lucas del Cigarral*, de Rojas Zorrilla, don Antonio, padre de Isabel, que quiere imponer marido a su hija, pregunta:

"¿Será mejor un mozuelo
que gaste el dote en tres días
y os dé de comer requiebros?"¹⁸.

En la novela francesa, Balzac, que tanto conocía la mecánica de la constitución de la dote por haber sido, como antes recordé, oficial de una notaría, llevó el tema de las dotes a varias de sus novelas. En *Une fille d'Eve*, por ejemplo, se advierte la importancia que tuvieron las dotes en las bodas de las hijas de uno de los personajes más conocidos de *La Comédie Humaine*: el conde de Granville. La mayor, en efecto, había conseguido casarse con el conde Félix de Vandenesse "par l'énormité de la dot"; la otra casó con el banquero *parvenu* Ferdinand du Tillet, quien obtuvo este matrimonio, favorable a sus ambiciones, dando en las capitulaciones recibo de una dote no cobrada; así -observa finalmente Balzac- la Banca había reparado la brecha hecha por la Nobleza a la Magistratura¹⁹.

En la novela española contemporánea podemos ver una alusión a la dote del marido en el *Don Juan* de Torrente Ballester. Don Juan Tenorio refiere allí la donación universal que en concepto de dote hizo a la prostituta Mariana la víspera de casarse con ella: "Me fui a casa de un notario y le dicté una escritura de donación a Mariana de todos mis bienes, como dote matrimonial, y un poder para que obrase en mi ausencia como dueña y señora. El notario puso algunos reparos a la cuantía, y me advirtió que no era costumbre jurídica hacer a la esposa un traspaso total de la fortuna del marido..."²⁰.

2. Los Impedimentos

La problemática de los impedimentos matrimoniales tiene igualmente ecos en la Literatura. En España, Tirso alude con algún detalle al impedimento de consanguinidad en *La Prudencia en la Mujer*, donde oímos al infante don Juan decir a la reina viuda doña María:

"Guardad vuestra viudez, llorad su muerte;
que es loable el respeto que os anima;
pero advertid también que el reino advierte
que siendo vos del rey don Sancho prima,
y sin dispensación con él casada,
perdéis la acción del reino deseada...
Vuestro hijo el infante no le hereda,
de matrimonio ilícito nacido;

14. *Poema de Mío Cid*.v. 2.571; vid. E. de Hinojosa, op. cit., pág. 577.

15. TIRSO DE MOLINA, *Don Gil de las Calzas Verdes*, acto 1º, escena I.

16. LOPE DE VEGA, *Peribáñez y el Comendador de Ocaña*, acto 2º, escena XXII.

17. TIRSO DE MOLINA, *La prudencia en la mujer*, acto 2º, escena V.

18. ROJAS ZORRILLA, *Don Lucas del Cigarral*, jornada 1ª.

19. H. DE BALZAC, *Une fille d'Eve*, ed. de *La Comédie Humaine*, de La Pléiade, tomo II, París, 1971, págs. 61-62.

20. G. TORRENTE BALLESTER, *Don Juan*, Ed. Destino, Barcelona, 2ª ed., 1972, página 215.

21. TIRSO DE MOLINA, *La prudencia en la mujer*, acto 1º, escena III.

que la Iglesia hasta el cuarto grado veda el título amoroso de marido' ²¹.

Ruiz de Alarcón, por su parte, alude en *La verdad sospechosa* al impedimento de voto solemne cuando pone en boca de una dama esta estrofa:

"Aunque los impedimentos
del hábito de don Juan,
dueño de mis pensamientos,
forzosa causas me dan
de admitir otros intentos..." ²².

El hábito sería de alguna Orden militar.

3. El Consentimiento Paterno

El consentimiento de los padres ha sido históricamente un requisito de importancia y no podía dejar de reflejarse en la Literatura. En la española, ya nuestro primer monumento, el *Poema del Mío Cid*, se hace eco del Derecho castellano a ese respecto. En la tramitación de las bodas de las hijas del Cid los infantes solicitan el consentimiento paterno a través del Rey, cuando ruegan a éste:

"Que nos demandedes fijas del Campeador
casar queremos con ellas a su ondra e a nuestra
pro" ²³.

En su estudio jurídico del *Poema*, Hinojosa observa que "aunque el Cid decide sin consultar la voluntad de Jimena, cuyo papel es meramente pasivo, no ha de creerse por esto que el *Poema* esté en contradicción con el Derecho de León y Castilla, según el cual la facultad de casar a las hijas era ejercido en común por ambos cónyuges. Natural es que la intervención del Cid aparezca como preponderante y aún exclusiva en el acto del casamiento, por ser él quien había de transmitir la potestad sobre las hijas" ²⁴.

Siglos más tarde, nuestro teatro clásico había de recoger insistentemente el tema, reflejando lo que sin duda en España, como en otros países, fue una realidad social: el abuso por parte de los padres en el derecho a consentir el matrimonio de los hijos: derecho que era reconocido y regulado prudentemente por el Derecho Canónico con las necesarias

limitaciones y el buen deseo de asegurar la acertada elección, pero que en la práctica era ejercido por buen número de padres de modo tiránico, excluyendo toda opción a los contrayentes, singularmente a las hijas, y concertando los matrimonios en función de intereses. Numerosas comedias describen casamientos de esta clase. Alguna vez se advierte que la obediencia exigida alcanza incluso *post mortem*: así, en *Examen de maridos*, de Ruiz de Alarcón, doña Inés, al quedar huérfana, dice a la dama que le aconseja tomar estado:

"Ni más puedo responderte,
ni puedo más resolver,
de que a mi padre he de ser
tan obediente en la muerte
como en la vida le fui;
y con este justo intento
aguardo su testamento
para disponer de mí" ²⁵.

Por otra parte, la obediencia regía también para los varones: en *La verdad sospechosa*, don Beltrán afirma hablando de su hijo:

"Ahora bien; lo que he de hacer
es casarle brevemente" ²⁶.

La protesta de los hijos ante esas situaciones -o su conflicto de conciencia- se trasluce también en el teatro. En la comedia de Lope, *El amigo hasta la muerte*, Angela cuenta a su hermano Bernardo que el padre proyecta casarla con un rico a quien ella no quiere:

"Acábame de decir
(y bien digo que me acaba,
pues con lo que me mandaba
es imposible vivir)
que acaba de recibir
dos cartas de un caballero
o mercader extranjero,
que compra mi libertad;
mas dice mi voluntad
que me ha de matar primero".

El hermano, ante esta confesión, censura al padre:

22. J. RUIZ DE ALARCON, *La verdad sospechosa*, acto 1º.

23. *Poema de Mío Cid*, vs. 1.887-1.888.

24. E. DE HINOJOSA, op. cit., pág. 572.

25. J. RUIZ DE ALARCON, *Examen de maridos*, acto 1º.

26. J. RUIZ DE ALARCON, *La verdad sospechosa*, acto 1º.

“...que casarte a tu disgusto
con ese rico extranjero,
es venderte por dinero,
y no por el precio justo” ²⁷.

En la misma comedia, Julia, que también va a ser casada contra su voluntad, expone así sus dudas:

“¿De qué sirve persuadirme?
Antes me dará la muerte.
Pero la obediencia es fuerte.
¿Como podré resistirme?,
que aunque el alma esté más firme,
un padre, del cuerpo es dueño” ²⁸.

Cuando anuncia a Julia que está hecho el compromiso, se produce esta escena, cuya belleza literaria ha puesto de relieve Gerardo Diego ²⁹:

“Leonor: ¡Dame albricias!
Julia: ¿De qué son?
Leonor: De que ya quedas casada.
Julia: ¿Qué es casada?
Leonor: Concertada.
Julia: ¿Albricias?
Leonor: ¿Pues no es razón?
Julia: De mi desesperación” ³⁰.

En otra comedia-*Don Lucas del Cigaral*, de Rojas Zorrilla-, una hija, doña Isabel, dice:

“A obedecer me condeno
a mi padre, amiga Andrea”,

y luego, ya en actitud de rebeldía frente a su padre, le advierte:

“Es que yo no he de casarme
mándenlo o no tus preceptos
con don Lucas...” ³¹.

Las alusiones a las bodas concertadas por los padres perduran largo tiempo en la Literatura. Todavía Zorrilla hace decir a don Juan en su célebre carta a doña Inés:

“Nuestros padres de consuno
nuestras bodas acordaron...” ³².

También cabe deducir de las fuentes literarias, sin embargo, que no siempre se daba el abuso de padres o tutores. Lo demuestra, por ejemplo, que en el Quijote, la historia de pastora Marcela, quien al quedar por huérfana “en poder de un tío suyo sacerdote”, era requerida por muchos pretendientes, pero el tío “aunque quisiera casarla luego, no quiso hacerlo sin su consentimiento”... “Porque decía él, y decía muy bien, que no habían de dar los padres a sus hijos estado contra su voluntad” ³³. Con estas palabras el propio Cervantes parece tomar posición en el tema, a favor de la libertad e elección. Y con ello, según ha observado Martínez Val, no hace “sino una aplicación de un profundo sentido de la libertad que late y campea también, expresamente, en otros lugares de la obra” ³⁴.

En la misma línea se coloca más tarde Leandro Fernández de Moratín a través de *El sí de las niñas*.

27. LOPE DE VEGA, *El amigo hasta la muerte*, acto 1º.

28. LOPE DE VEGA, *El amigo hasta la muerte*, acto 2º.

29. G. DIEGO, *Una estrofa de Lope*, Real Academia Española, Madrid, 1948, página 29.

30. LOPE DE VEGA, *El amigo hasta la muerte*, acto 2º.

31. ROJAS ZORRILLA, *Don Lucas del Cigaral*, jornada 1ª.

32. J. ZORRILLA, © acto 3º, escena III.

33. M. DE CERVANTES, *El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha*, 1ª parte, capítulo 12.

34. J. M. MARTINEZ VAL, *En torno al Quijote (Dos ensayos jurídicos)*, Publicaciones del Instituto de Estudios Manchegos, Ciudad Real, 1960, sin pág. Sin embargo, Pérez Fernández entiende que “es vacilante en el Quijote, en boca de sus diversos personajes, la intervención que los padres deban tener respecto de las hijas que han de tomar estado”, y a este respecto recuerda las palabras de don Quijote en el capítulo XIX de la 2ª parte: “Si todos los que bien quieren se hubiesen de casar, quitárase la elección y jurisdicción a los padres de casar sus hijos con quien y cuando deben” (vi. J. PEREZ FERNANDEZ, *Ensayo humano y jurídico del Quijote*, Madrid, 1965, pág. 283). Sobre el tema general de la libertad en Cervantes, vid. L. ROSALES, *Cervantes y la libertad*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1960, y los estudios de Gerardo Diego, José Camón Aznar y Marcel Bataillon, citados por Luis Rosales en su página 9, nota 1. Cabe también recordar que en ensayos recientes se aborda la interpretación del Quijote y otras novelas de su tiempo desde el punto de vista sociopolítico. “No se puede negar -acaba de escribir el profesor Maravall- que la novela del XVII está con mucha frecuencia impregnada de intención social y sólo puede acabar de entenderse si precisamos bien, como en el caso del Quijote, la preocupación del autor por producir un fuerte impacto crítico o reformador sobre la vida social de la cual emerge su obra” (J. A. Maravall, *Utopía y contrautopía en el Quijote*, Ed. Pico Sacro, Santiago de Compostela, 1976, página 31).

En esta comedia, el protagonista don Diego, de cincuenta y nueve años, proyecta casarse con doña Paquita, de dieciséis. La madre de la muchacha da el consentimiento por ella, diciendo: "Es hija obediente y no se apartará jamás de lo que determine su madre." Don Diego, sin embargo, es de opinión de que no se debe coaccionar a las hijas: "En estas materias tan delicadas -dice- los padres que tienen juicio no mandan." Y por tener ese criterio, cuando se cerciora de que Paquita va al matrimonio solo por obediencia, se lamenta de hechos semejantes con estas palabras: "Esto resulta del abuso de la autoridad, de la opresión que la juventud padece; éstas son las seguridades que dan los padres a los tutores y esto es lo que se puede fiar en el sí de las niñas..."³⁵.

El tema ha sido también, por supuesto, tratado en la literatura francesa. Lo tocó ya Moliere y se asoma -¿cómo no?- a las novelas de Balzac, quien en *Le Dernière Fée* condena el que los padres coloquen a las hijas ante un hecho consumado en la elección de marido. Es de notar que Balzac escribe bajo la vigencia del artículo 182 del Código de Napoleón, que había previsto la nulidad de los matrimonios contraídos sin consentimiento de los padres, ascendientes o Consejo de Familia cuando fuera necesario³⁶. Testimonio de las bodas decididas por los padres lo da también Alfredo de Musset en su comedia *On ne badine pas avec l'amour*; en ella, el matrimonio entre Perdican y Camille es decidido por el barón, padre del novio y tutor de la novia. La boda, por otra parte, había sido ordenada en testamento por la madre de Camille. El barón afirma por ello que "esto estaba resuelto, convenido"³⁷.

Un irónico juicio sobre el modo de concertar matrimonio los formula Alejandro Dumas, hijo, cuando en su comedia *Le fils naturel* observa a través de uno de los personajes que "el matrimonio no es solamente la unión de dos personas, es la alianza de dos familias"³⁸.

Acaso conviene recordar también, sin embargo, que los abusos históricos de los padres en este campo han tenido su contrapartida en las ingratitudes de los hijos, también extendidas y frecuentes en todos los tiempos y países. Y si la Literatura recogió aquéllos, ha reflejado igualmente éstas. Recordemos, por ejemplo, *El rey Lear*, de Shakespeare -recientemente estudiado en sus aspectos jurídicos por el profesor Alvarez Vigaray-, drama que describe la ingratitud de dos de las hijas del rey tras la donación-partición de los bienes hecha por éste entre aquéllas³⁹.

4. El Consentimiento del Tutor

De modo paralelo el tema del consentimiento paterno para el matrimonio, y con fundamento análogo, está de antiguo planteado el del consentimiento del tutor. Antes he recordado un texto del *Quijote* a este respecto. En el siglo XVIII Pothier estudiaba detenidamente la cuestión a la luz del Derecho francés y señalaba las diferencias que existían entre el consentimiento que deben prestar los padres y el que toca a los tutores y curadores⁴⁰. Un supuesto hay en el caso de los tutores que no existe cuando de padres e hijos se trata: el supuesto del tutor que desea contraer matrimonio con su pupila para lucrarse con los bienes de ésta. Tal posibilidad ha preocupado a los legisladores, que han previsto para estos casos una prohibición; el Código Civil español lo establece, como es bien sabido, en el número 3º del artículo 45, que prohíbe contraer matrimonio al tutor con las personas que tenga o haya tenido en guarda hasta que, cesado en su cargo se aprueben las cuentas del mismo.

El tema se ha reflejado en la Literatura. Un clásico a este respecto es la comedia *El barbero de Sevilla*, de Beaumarchais, donde el doctor don Bartolo, tutor de Rosita, está a punto de casarse con ésta a la fuerza, aunque al final es el conde de Almaviva, ayudado por Fígaro, quien se convierte

35. L. FERNANDEZ DE MORATIN, *El sí de las niñas*, acto 2º, escena V, y acto 3º, escena XIII.

36. En 1845, en una de sus cartas a Madame Hanska, Balzac opina que se equivoca la madre que deja a su hija elegir libremente, porque ninguna hija está en estado de elegir; pero el gran escritor suaviza luego esta afirmación añadiendo: "*Bien entendu, que la volonté des parents ne doit pas être tyrannique*" (vid. un estudio del criterio de Balzac en este tema en la monografía de M. H. FAILLIE, *La femme et le Code civil dans la Comédie Humaine*, Ed. Didier, París, 1968, páginas 74-76).

37. A. DE MUSSET, *On ne badine pas avec l'amour*, acto 1º, escena III.

38. A. DUMAS, fils, *Le fils naturel*, acto 2º, en *Théâtre complet de Alexandre Dumas fils*, tomo III, Michel Lévy Frères, 1868, pág. 107.

39. Vid. R. ALVAREZ VIGARAY, *El Derecho civil en el teatro de Shakespeare*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, septiembre 1976, págs. 241 y sigs.

40. Vid. el *Tratado del contrato del matrimonio*, por Pothier, traducido al español con notas de derecho patrio, Barcelona, 1846, págs. 143-144, núm. 336.

en el esposo. En la escena final hay un forcejeo jurídico:

"Bartolo: La señorita es menor.

Fíguro: Acaba de emanciparse.

Bartolo: Jamás la quitará nadie de mi potestad.

Almaviva: Ya no está doña Rosita en poder de usted. Yo la pongo baja la autoridad de las leyes, y el señor alcalde, a quien usted mismo ha traído, la protegerá contra la violencia que usted intenta hacer. Los verdaderos magistrados ampararán a los oprimidos.

Alcalde: Ciertamente; y esa inútil resistencia a tan honroso enlace indica que el señor ha administrado mal los bienes de su pupila, y que teme dar cuenta de ellos.

Almaviva: ¡Oh! Consienta en todo y nada le pido."

Y el tutor transige, consintiendo el matrimonio para quedarse con el dinero sin rendir cuentas de la tutela ⁴¹.

Análogo es naturalmente el desenlace en la ópera de Sterbini *Il barbiere di Siviglia*, inspirada en Beaumarchais y tan conocida por la bella música que para ella compuso Rossini para que don Bartolo consienta el matrimonio:

"Bartolo: Ma...e la dote? lo non posso...

Conte: Eh, via; di dote io bisogno non ho: va, te la dono" ⁴².

5. El Depósito Judicial de la Contrayente

Un caso de depósito judicial de la novia describe Armando Palacio Valdés en su célebre novela *La hermana San Sulpicio*. La protagonista, Gloria Bermúdez, está a punto de ser encerrada en un convento por orden de su madre; el novio provoca la intervención de un guardia y luego la del juez para que se decrete el depósito de Gloria en casa de unos pariente. El profesor Alcalá-Zamora y Castillo, estudiando este episodio se pregunta sobre cuál de los

motivos del artículo 1.880 de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 1881, vigente ya en la época en que se sitúa la novela, se basó este depósito; a su juicio, "tuvo que basarse sobre el número 4º del precepto, es decir, en el concerniente a los hijos de familia... que sean maltratados por sus padres..." ⁴³.

6. La Forma del Matrimonio

El *Poema del Cid* ofrece un testimonio interesante sobre la forma medieval del matrimonio. En el casamiento de las hijas del Cid allí descrito, el representante del Rey verifica la *traditio* de las desposadas a los maridos:

"Douos estas dueñas, amas son fijas dalgo
Que las tomasedes por mugeres a ondra e
a recabdo" ⁴⁴.

Interesante en el *Poema* es también la alusión a las velaciones y bendiciones, que refleja la diferencia entre el matrimonio y el concubinato ⁴⁵. La barraganía ciertamente tuvo en la Edad Media española extensa regulación y considerable difusión -una monografía reciente del profesor Gacto ha estudiado el tema ⁴⁶, pero las fuentes literarias permiten inferir que la barraganía, unión estable sin bendición de la Iglesia, era, aunque produjera efectos civiles, institución inferior a la del matrimonio.

La peculiar concepción del matrimonio musulmán, carente de una forma pública al no suponer necesariamente la intervención del cadí o de una autoridad religiosa ⁴⁷, tenía que reflejarse en las fuentes literarias. Creo que hay una muestra en la comedia de Lope, *Los siete infantes de Lara*, donde Mudarra, hijo de Bustos y de la hermana de Almanzor, al llegar a Castilla y ser llamado "mal nacido", contesta:

"...Mientes
si de bastardo me infamas.
En mi tierra no se usan
más bodas que las palabras;
que en mi ley es matrimonio
la voluntad de las almas" ⁴⁸.

41. P. DE BEAUMARCHAIS, *El barbero de Sevilla*, trad. esp. acto 4º, escena VIII.

42. C. STERBIBI, *Il barbiere di Siviglia*, acto 2º, escena última.

43. N. ALACALA-ZAMORA Y CASTILLO, *Estudios procesales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1975, págs. 677-678.

44. *Poema de Mio Cid*, vs 2.232-2.233.

45. Vid. E. de Hinojosa, op. cit. págs. 574-575.

46. Sobre la regulación de la barraganía, E. GACTO FERNANDEZ, *La filiación no legítima en el Derecho histórico español*, Anales de la Universidad Hispalense, Sevilla, 1969, págs. 3-58; sobre el concubinato en la realidad de la Edad Media, *ibidem*, página 61.

47. Cfr. L. MILLIOT, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Recueil Sirey, París, 1953, pág. 306.

48. LOPE DE VEGA, *Los siete Infantes de Lara* (versión de J.G. Schröder), Editora Nacional, Madrid, pág. 117.

En *El casamiento engañoso*, de Cervantes, se alude a la celebración del matrimonio canónico y a su expediente previo. Allí, el Alférez Campuzano, relatando las entrevistas con doña Estefanía de Caicedo, dice: "En resolución, aquella vez se concertó nuestro desposorio, y se dio traza como los dos hiciésemos información de solteros, y en los tres días de fiesta que vinieron luego juntos en una pascua se hicieron las amonestaciones, y al cuarto día nos desposamos, hallándose presentes al desposorio dos amigos míos y un mancebo que ella dijo ser primo suyo..."⁴⁹.

En la literatura francesa podemos ver una alusión a la posible nulidad de un matrimonio por defecto de forma en el *Cyrano de Bergerac*, de Rostand. Las nupcias de Roxana y Christian se han celebrado de noche y clandestinamente, bendecidas por un capuchino sin haberse llenado requisito previo alguno. Cuando más tarde Christian, hallándose con Cyrano y demás cadetes de la Gascaña en el cerco de Arras, descubre el heroico amor de Cyrano hacia Roxana, dice:

"nuestra unión sin testigos, clandestina, si salimos con vida de esta guerra podrás romper"⁵⁰.

7. El Matrimonio "Por Sorpresa"

La forma histórica llamada "matrimonio por sorpresa" no ha estado ausente de la Literatura: la recogió Manzoni en su célebre novela *Los novios*⁵¹. En ella un poderoso señor- en tierras milanesas y año de 1628- amenaza al cura de aldea don Abundio si bendice el casamiento de Lucía con Lorenzo. Asustado el sacerdote pretende retrasar con pretextos la boda; dice así al novio que los impedimentos dirimientes son muchos y que los curas "antes de hacer una casamiento tenemos obligación de practicar muchas, muchísimas diligencias para asegurarnos de que no hay impedimento alguno"⁵². El novio, perplejo, consulta al abogado Tramoya, quien le cita un bando confirmado por Fernández de Córdoba y por el que sancionaba, entre otros autores de coacciones, a los que obligasen a "que se verifiquen casamientos o no se verifiquen"⁵³ pero rehúsa aconsejar. En esta situación es la madre de

la novia quien tiene la idea de recurrir al matrimonio por sorpresa y lo explica con estas palabras: "He oído decir a personas que lo saben, que para hacer un casamiento es precisamente necesario el cura; pero no es necesario que quiera, pues basta que se halle presente... Conviene tener prontos dos testigos muy ladinos y bien impuestos. Se busca al cura; la dificultad consiste en cogerlo descuidado y que no pueda escaparse. El novio dice: *Señor cura ésta es mi mujer*, y la novia dice: *Señor cura éste es mi marido*. Es preciso que el cura y los testigos lo oigan bien, y el casamiento queda hecho y tan válido como si lo hubiera hecho el Papa en persona." "La cosa en efecto -comenta más abajo Manzoni- sucedía como la pintaba Inés. Los casamientos contraídos de ese modo eran entonces, y fueron hasta nuestros días, considerados como válidos; pero como no acudían a semejante expediente sino las personas que encontraban obstáculos por la vía ordinaria, los curas procuraban evitar semejante cooperación forzada, y cuando alguno de ellos se veía sorprendido por una de tales parejas con sus testigos, buscaba todos los medios por zafarse..."⁵³. Ello es lo que ocurre en esta novela, donde vemos a los novios entrar con dos amigos subrepticamente en casa del cura y colocarse ante él realizando un intento de matrimonio por sorpresa, que fracasa ante la rápida reacción del cura. La novela es pródiga en alusiones jurídicas; Manzoni llevaba el Derecho en la sangre porque era nieto de Beccaria, el célebre penalista, y debía conocer el Derecho canónico por sus contactos con eclesiásticos desde que recuperó su fe religiosa.

8. El Matrimonio por Mandatorio

Una forma extraordinaria del matrimonio admitida de antiguo es la del "matrimonio por mandatario". El Código de Derecho canónico lo regula en el canon 1.089, y el Código Civil español en el artículo 87. En el teatro contemporáneo cabe recordar una comedia de Pemán cuya acción se centra en un matrimonio contraído de esta forma: *La viudita naviera*. En esta comedia (que el autor califica de "farsa gaditana"), la protagonista, doña Candelaria, joven y bella viuda, armadora de un buque que hace la línea Cádiz-La Habana, contrae matrimonio canónico por poder, en Cádiz, con el capitán de su

49. M.DE CERVANTES, *El casamiento engañoso*, ed. anotada de Francisco Rodríguez Marín, Madrid, 1918, pág. 26. Sobre el matrimonio como sacramento en el *Quijote*, vid. J. PEREZ FERNANDEZ op. cit., págs. 279-280.

50. E. ROSTAND, *Cyrano de Bergerac*, trad. esp. de L. Vía, J. MARTI y E. TINTORER, Barcelona, 1899, acto 4º, escena IX. En el original francés: "Notre union -sans témoins- clandestine, / peut se rompre, si nous survivons."

51. A. MANZONI, *Los novios* (trad. de *I promessi sposi*, por J. Nicasio Gallego), Librería Barcelonesa, Barcelona, 1878.

52. A. MANZONI, op. cit., pág. 21.

53. A. MANZONI, op. cit., págs. 76-77.

barco, que se encuentra en La Habana. El tanguillo gaditano de las bodas canta:

"La viudita del número cinco
se va a casar por poder...
¿Por poder qué?"

El novio debe iniciar el mismo día de la boda el regreso a España, pero se emborracha para celebrar el casamiento y no comparece en el barco, que zarpa sin él al mando del segundo de a bordo. En la travesía naufraga el buque y, al llegar la noticia a Cádiz, doña Candelaria se cree viuda por segunda vez y comienza a ser cortejada por otro naviero, el cual le dice que aun en el supuesto de que el capitán se hubiera salvado del naufragio ese matrimonio ha sido "un matrimonio rato" y "sería anulable"⁵⁴. El regreso del capitán pone fin a todas las dudas.

9. El Matrimonio en Peligro de Muerte

El Derecho Canónico, como es bien sabido, autoriza una forma extraordinaria de celebración del matrimonio cuando, por haber peligro de muerte, sea imposible no ya la celebración ordinaria, sino aun su dispensa. Cervantes en el *Quijote* nos ha ofrecido un matrimonio *in articulo mortis* con el peligro simulado, a través del episodio de las bodas de Camacho. Para impedir el matrimonio de Camacho y Quiteria, Basilio se presenta en el lugar de la ceremonia y realiza un espectacular simulacro de suicidio, quedando aparentemente "bañado en su sangre y tendido en el suelo, de sus mismas armas traspasado". Al condolerse los presentes, Basilio ruega que le casen, antes de morir, con Quiteria, a lo que accede ésta y el propio Camacho. El pasaje del casamiento dice así: "Quiteria, toda honesta y toda vergonzosa, asiendo con su derecha mano la de Basilio, le dijo: Ninguna fuerza fuera bastante a torcer mi voluntad, y así, con la más libre que tengo, te doy la mano de legítima esposa, y recibo la tuya si es que me la das de tu libre albedrío, sin que la turbe ni contraste la calamidad en que tu discurso acelerado te ha puesto. Si doy, respondió Basilio, no turbado ni confuso, sino con el claro entendimiento que el cielo quiso darme, y así me doy y me entrego por tu esposo... Para estar tan herido este mancebo, dijo a este punto Sancho Panza, mucho habla; hágale que se deje de requiebros, y que atienda a su alma... Estando, pues, asidos de las manos

Basilio y Quiteria, el cura, tierno y lloroso, los echó la bendición, y pidió al Cielo diese buen poso al alma del nuevo desposado, el cual así como recibió la bendición, con presta ligereza se levantó en pie..."⁵⁵.

En nuestro siglo ya, Carlos Amiches se ha fijado en el matrimonio *in articulo mortis* y ha tejido en torno a él toda la trama de su comedia *¡Que viene mi marido!*, en la que una joven es impelida por su familia a casarse con un desconocido, enfermo gravísimo, cuya muerte parece inminente, pero que de modo inesperado comienza a mejorar desde el momento de la boda, hasta el punto de que es dado de alta a los veinte días y plantea el consiguiente problema, que al fin se soluciona promoviéndose la nulidad del matrimonio.

10. El Matrimonio de Conciencia

Otro caso de matrimonio de excepción es el "de conciencia", que se celebra ante el párroco y testigos pero sin proclamas y en secreto. Esta posibilidad fue regulada por Benedicto XIV en la constitución *Satis vobis* de 1741⁵⁶, y en el mismo siglo se asoma al teatro con la ópera cómica de Giovanni Bertati, *El matrimonio secreto*, a la que puso una música muy grata Cimarosa y que fue estrenada en 1792. En ella se nos ofrecen los problemas de dos jóvenes casados en secreto que no se atreven a confesar su matrimonio al padre de la esposa.

11. El Matrimonio Morganático

El matrimonio "morganático" o desigual, de tanta importancia histórica, es tema propicio de la Literatura. En la española lo ha recogido, entre otros, Ruiz de Alarcón. "Acerca del matrimonio -observa Alcalá Zamora- el concepto de Alarcón se inclina, con su habitual prudencia, a la igualdad de educación de los cónyuges. Aunque alguna vez, más de una, presente en sus obras, y procure favorecer en la trama, el matrimonio venturoso, inesperado, parecido al morganático por la diferencia de fortuna, su doctrina general se expresa así en la escena XII del acto 3º de *Mudarse por mejorarse*:

"Mira, mi bien, que no es justo,
si me tienes afición,
a precio de la ambición

54. J. M. PEMAN, *La viudita naviera*, 2ª parte, cuadros 1º y 3º.

55. M. DE CERVANTES, *El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha*, 2ª parte, capítulo 21.

56. Vid. E. MONTERO, *El matrimonio y las causas matrimoniales*, 7ª ed., Madrid, 1965, pág. 353 y sigs.

comprar eterno disgusto.
Tu mismo mal te lastime,
que un esposo te dispone
desigual, que te baldone,
y no uno igual que te estime”⁵⁷.

12. La Separación Matrimonial

Las separaciones de hecho se asoman a las novelas de Balzac, quien conocía las consecuencias jurídicas de esas situaciones y los pactos que para encauzarlas ideaban los interesados -como hoy mismo ocurre en España- con el asesoramiento de juristas. Uno de esos pactos es el que nos da a conocer en *La Muse du département*, novela que, como ha observado Marie-Henriette Faillie, contiene el ejemplo más perfecto de una separación amistosa⁵⁸. Narra allí Balzac la historia de Madame de La Baudraye, que huye de Sancerre para convivir en París con un amante al que llega a dar dos hijos. El marido es quien entabla la negociación para llegar al “acta” o acuerdo de separación que regirá sus relaciones. El acuerdo -que se hace necesario porque la esposa está llamada a una herencia importante, con arreglo al artículo 776 del Código Napoleón no puede aceptarla sin autorización del marido- se firma bajo la interesada presión de éste, que va a beneficiarse de la fortuna de la mujer.

En términos generales, la Literatura parece denotar que la situación del marido en esos casos resultaba ventajosa, sobre todo cuando era la mujer quien había abandonado el domicilio conyugal. Otro personaje balzaciano, el duque de Grandlieu, advierte a Madame de Langéais los riesgos de la huida, diciéndole que el marido “se séparerá de vous, gardera votre fortune, vous laissera pauvre et sans considération”⁵⁹. Y es que si bien la separación de cuerpos arrastraba la separación de bienes a tenor del artículo 311 del Código Civil, la mujer no podía alinearlos ni hipotecarlos sin autorización del marido. Por lo demás, casos de separación propiamente dicha hay también en *La comedia humana*: así, Madame de Bauséant, según se advierte en *La femme abandonnée* y en *Le Pere Goriot*, es “une femme séparée de son mari” que se ocupa de negocios⁶⁰.

En la literatura española, Galdós pinta con tonos dramáticos una separación de hecho en su novela *La familia de León Roch*. El protagonista es uno de los más caracterizados personajes galdosianos: un hombre carente de fe, aunque provisto de sentido moral y rectitud; su drama radica en que, quebrado el matrimonio por falta de comprensión de la esposa y esparados los cónyuges de común acuerdo, encuentra él un nuevo amor en una mujer, también casada y separada, que podría hacerle feliz si la conciencia no le impidiera formar un nuevo hogar que por fuerza habría de tener consideración de ilegítimo.

También dentro de las letras españolas cabe recordar un curioso caso de preparación anticipada de separación: el de la comedia de Honorio Maura y Gregorio Martínez Sierra, *Julieta compra un hijo*, en la que la millonaria Julieta contrae matrimonio con un aristócrata arruinado, y ambos otorgan un contrato privado en el que se obligan a separarse tan pronto como tengan un hijo.

13. La Nulidad del Matrimonio

Menos tratados en las Letras han sido tal vez los casos de nulidad del matrimonio, posiblemente por el carácter tan técnico de la materia. Nuestro Tirso de Molina, que como mercedario conocería el Derecho Canónico, hace una alusión a las nulidades en su comedia *Los balcones de Madrid*, uno de cuyos personajes, el Conde, para impedir la boda inminente de Elisa, ruega a Leonor intervenir y le dice:

“Si vos, antes que se firme
el riguroso papel,
alegando nulidades,
por mi esperanza volvéis...”⁶¹.

Un caso de nulidad evoca Torrente Ballester en su *Don Juan*. La esposa del Comendador don Gonzalo de Ulloa, judía, relata a don Juan Tenorio cómo se produjo su boda: “Tendría que explicarle la historia de un engaño y algunas cosas más. Tengo treinta y dos años. Me casaron con él, en secreto, a los dieciocho. Yo era una muchacha inocente con una dote apetecible, y mi padre andaba lleno de temores,

57. N. ALCALA ZAMORA TORRES, *El Derecho y sus colindancias en el teatro de don Juan Ruiz de Alarcón*, Madrid, 1934. pág. 43.

58. M. H. FAILLIE, *La femme et le Code civil dans la Comédie Humaine d'Honoré de Balzac*, cit., p. 160.

59. Vid. M. H. FAILLIE op. cit., pág. 158.

60. Vid. M. H. FAILLIE, op. cit., pág. 138.

61. TIRSO DE MOLINA, *Los balcones de Madrid*, acto 2º, escena I.

porque la Inquisición buscaba su dinero. El Comendador le garantizó que, si nos casaba, podría seguir tranquilo. Arreglaron los trámites de un matrimonio secreto, y don Gonzalo trajo a un supuesto cura que me bautizó y nos casó." Por ello puede al comendador decir más tarde a su esposa: "En realidad no eres mi mujer, sino mi barragana. Cuando me casé contigo, un amigo se disfrazó de cura para echarnos las bendiciones, te lo he dicho muchas veces. De modo que con ir a la Vicaría y confesarlo... No es un matrimonio válido, y, así, tu honor o tu deshonra no me dan frío ni calor"⁶².

14. El Divorcio

El tema del divorcio vincular, tan actual y tan viejo, tan estudiado y tan conflictivo, no podía dejar de tener traducción en las Letras. En la Literatura española, y el *Poema del Cid* toca la cuestión de la disolución del matrimonio: al regresar a Valencia doña Elvira y doña Sol, tras la afrenta que sus maridos las infirieron, el Cid considera disueltos ambos matrimonios, negando por yernos a los infantes y dando paso a las nuevas nupcias de las ofendidas⁶³. Otros textos de nuestra literatura preclásica presuponen también la disolución, ya sea por causa de lepra, como un pasaje del Conde Lucanor, ya sea por la ausencia prolongada del marido en la guerra, como en el romance del conde Dirlos⁶⁴.

Más tarde, el tema del divorcio vincular se apunta en uno de los entremeses de Cervantes: el que lleva por título *El juez de los divorcios*. Ello no es de extrañar: las breves pero preciosas piezas que son los ocho entremeses cervantinos están inspiradas en la realidad. Como dice Alcina, "respiran veracidad, vida auténtica"⁶⁵. Y como en la vida de todos los tiempos está, por desgracia, la realidad de que hay cónyuges decepcionados que desean romper el vínculo, Cervantes dio testimonio de ese hecho social llevándolo a la escena. En este entremés se bosquejan cuatro pleitos de divorcio⁶⁶. El Juez es imaginario como el sencillo procedimiento que ante él se sigue⁶⁷; en la España de Cervantes no existía tal magistratura ni estaba en vigor ley alguna permisiva del divorcio vincular. La primera pareja litigante la forman El Vejete y Mariana. La demandante es la mujer, quien formula su petición con las palabras "Señor, divorcio, divorcio y más divorcio, y

otras mil veces divorcio". Como fundamento alega: "Porque no puedo sufrir sus impertinencias ni estar continuo atenta a curar sus enfermedades, que son sin número." Se lamenta luego de la indisolubilidad del matrimonio y sienta esta curiosa opinión: "En los reinos y en las repúblicas bien ordenados había de ser limitado el tiempo de los matrimonios, y de tres en tres años se habían de deshacer o confirmarse de nuevo, como cosas de arrendamiento." El Juez contesta que "si ese arbitrio se pudiera o debiera poner en práctica, y por dineros, ya se hubiera hecho", y parece dirimir el litigio, aunque no dicta formalmente sentencia, el decir a la demandante: "Andad con Dios, que yo no hallo causa para descasaros: y, pues comistes las maduras, gustad de las duras..." Tras de lo cual comenta ante el Escribano y el Procurador: "Yo no puedo hacer este *divorcio*, *quis nullam invenio causam*." En la segunda pareja, también es demandante la mujer, quien acusa al marido de ser "un leño", mientras que él la califica de "rostrituerta, enojada, celosa, pensativa, manirrota, dormilona, perezosa, pendenciera, gruñidora, con otras insolencias de este jaez, que bastan a consumir las vidas de doscientos maridos". En los otros dos casos las demandadas son las esposas. El Juez no llega a dictar las sentencias, pero deja traslucir su preferencia por las conciliaciones al decir: "Pluguiese a Dios que todos los presentes se apaciguasen."

En el siglo XIX un escritor que tomó con pasión el tema del divorcio fue Alejandro Dumas, hijo, que quiso dedicarle no ya una obra de ficción, sino un verdadero ensayo polémico en línea divorcista, como fue su libro *la question du divorce*, aparecido en 1880. Cuando lo escribió, seguía vigente en Francia la ley de 1816 supresora del divorcio, pero al nivel de la prensa y la política venían haciéndose esfuerzos por restablecer la institución. En este clima, y procurando caldearlo, escribe Dumas. Su libro es una réplica al del abbé Vidieu, *famille et divorce*, que había constituido un alegato antidivorcista. Examinando los argumentos teológicos de Vidieu, Dumas concede que cuando Dios estableció la unión entre el hombre y la mujer, no estableció al propio tiempo el divorcio; pero la razón de este hecho, a juicio de Dumas, está en que Dios sabía, dada la naturaleza del hombre y de la mujer, revelada pronto en el pecado, que del matrimonio vendría fatalmente el divorcio a medida que el número de mujeres y

62. G. TORRENTE BALLESTER, *Don Juan*, cit., págs. 199 y 201.

63. Vid. *El poema*. 3.206; también los vs. 2.867 y 3.715. Vid. asimismo E. de Hinojosa, op. cit., pág. 580.

64. Vid. M. BATTLE VAZQUEZ, *Reflejos del Derecho español en nuestra Literatura preclásica*, en el libro *Homenaje al prof. Muñoz cortés*, Murcia, 1976, página 101.

65. J. ALCINA FRANCH, *Prólogo* a la ed. de los *Entremeses*, de Cervantes, de Editorial Juventud, Barcelona, 1968, pág. 24. Sobre la humanidad y la vida cotidiana en los *Entremeses* vid. también *ibidem*, págs. 6, 16 y 17.

hombres aumentase sobre la tierra. “Nada indica -dice Dumas- que el primer marido haya pedido el divorcio de la primera mujer. Pero si Adán no ha reclamado el divorcio fue por la razón bien simple de que no había entonces sobre la tierra más mujer que la suya y que él estaba obligado a continuar con ella, pese a las buenas razones que hubiera tenido para dejarla y pedir a Dios que le diera otra”⁶⁸. En esta línea continúa Dumas a lo largo de las 417 páginas de su libro, donde alterna la crítica seria y respetuosa hacia Vidieu con la ironía y la *boutade*. Haciendo gala de ingenio, analiza e intenta destruir los diversos argumentos antidivorcistas. No hay en su obra un verdadero estudio jurídico del problema, aunque sí algunos atisbos, como cuando cita legislaciones extranjeras o estudia sobre la base de la francesa las posibilidades que marido y mujer tienen en la Francia de su tiempo para romper el vínculo, entre las que señala con sarcasmo una bastante drástica -la de matar al cónyuge-, haciendo dura crítica de los preceptos legales que eximían de responsabilidad al marido que diera muerte a la mujer adúltera.

A cinco lustros escasos del libro de Dumas, otro importante escritor francés, hoy relativamente olvidado, Paul Bourget, tomó el tema del divorcio para uno de sus libros: la novela *Un divorce*, aparecida en 1904. A diferencia de Dumas, Bourget se situó en la línea de la Iglesia⁶⁹. Las circunstancias eran precisamente opuestas. La legislación había dado ya la vuelta: desde la ley de 27 de julio de 1884, llamada *loi Naquet*, existía nuevamente el divorcio. Esta ley había sido ciertamente moderada, como observa Mireille Delmas-Marty, al rechazar el divorcio por consentimiento mutuo y admitir sólo el causal con un criterio restrictivo⁷⁰. Pero la evolución legislativa posterior, traducida ya en las leyes de 18 de abril de 1886 y 15 de diciembre de 1904, estaba siendo de apertura creciente. Ello hería los sen-

timientos de un amplio sector de católicos franceses, en el que estaba situado Paul Bourget, escritor que llegado o retornado, no sin esfuerzo, a la fe, la había recibido integralmente⁷¹. La novela *Un divorce*, como otras suyas, se inscribe entre esas obras literarias en las que la ficción envuelve una respuesta a una cuestión conflictiva. Centrada en el tema del divorcio, no narra empero la génesis de divorcio alguno ni describe ningún pleito de tal naturaleza. Toda la acción de la novela es posterior a un determinado divorcio ya obtenido, y lo que la narración da a conocer son las consecuencias de aquella ruptura, que al correr de los años pesan, penosa e implacables, sobre la divorciada, quien ha pasado a un nuevo matrimonio, puramente civil, en vida del primer marido. Al plantearse un problema de conciencia, la protagonista consulta a un sabio religioso, quien, no sin compadecerla, condena categóricamente su divorcio y segundo matrimonio. Resume aquél el pensamiento de la Iglesia sobre el tema y deslinda los conceptos de nulidad, separación y divorcio. “Usted -dice- parece creer, señora, como muchas gentes de mundo, que Roma reconoce que hay matrimonios nulos cuando esos matrimonios son verdaderamente nulos, es decir, cuando no se han llenado ciertas condiciones necesarias para la validez del contrato conyugal... Cuando la Iglesia ha bendecido su matrimonio no le ha prometido exceptuarla de pruebas. Si ésta era demasiado dura, tenía la separación, que la Iglesia ha autorizado siempre. Pero sólo la separación...” La divorciada se lamenta de esta dureza: “¿Es posible, Padre, que la ley humana tenga más justicia, más caridad que la ley divina?”. Y el religioso replica en el interés individual ha de sacrificarse al general, que la sociedad necesita la indisolubilidad del matrimonio y que el divorcio es “la poligamia sucesiva”⁷². Esta es también, sin duda, la opinión del novelista, quien al término del libro califica a la ley francesa permisiva del divorcio como “asesina de la vida familiar y de la vida religiosa”⁷³.

66. “*El juez de los divorcios* -expone el prof. Ynduráin- apenas tiene ni asomos de acción dramática, pues se trata del desfile de varios matrimonios mal avenidos ante juez, escribano y procurador, a los que exponen los respectivos cónyuges sus agravios y quejas en demanda de divorcio. Las cuatro parejas nos deparan otras tantas situaciones de incompatibilidad matrimonial, no todas fútiles, para un desenlace de compromiso, con música y canto. Pero no todo es mera jocosidad intrascendente, tan fácil en las relaciones conyugales, pues va embebida en la farsa risible una apelación al buen sentido, a lo que Cervantes llamó *la discreción*, a que se opone todo lo que no es razonable” (F. YNDURAIN, *Prólogo* a la ed. de los *Entremeses*, de Cervantes, de Selecciones Austral, Madrid, 1975, páginas 17-18).

67. “Magistratura puramente imaginaria -observa Eugenio Asensio- y casi muda...” (*Introducción crítica a los Entremeses*, en la ed. de Clásicos Castalia, Madrid, 1970, pág. 40).

68. A. DUMAS fils, *La question du divorce*, 4ème ed., Calmann Lévy Ed., Paris, 1880, pág. 21.

69. Consecuente con su propia línea general; vid. G. TRUC, *Historie de la littérature catholique contemporaine*, CASTERMAN, 1961, pág. 137.

70. M. DELMAS-HARTY, *Le mariage et le divorce*, Presses Universitaires de France, Paris, 1972, pág. 58.

71. Vid. G. TRUC, op. cit., págs. 107-108.

72. P. BOURGET, *Un divorce*, Lib. Plon, Paris, 1904, págs. 26-28.

73. P. BOURGET, op. cit., pág. 398.

En la literatura española contemporánea cabe recordar dos comedias centradas en el tema del divorcio. La primera es *Anacleto se divorcia*, de Pedro Muñoz Seca, que se estrenó durante la Segunda República y constituye, siquiera sea en un plano cómico, una crítica a la institución del divorcio admitida en la ley de 1932. La otra comedia es la que con el título *La piel del limón* ha estrenado Jaime Salom el 10 de septiembre de 1976 y en la que se escucha en boca del protagonista una dura crítica al ordenamiento español actual por no permitir el divorcio⁷⁴. Es decir: dos comedias con mensajes opuestos, cada una de las cuales supone una protesta frente a la legislación vigente en su tiempo. No serán posiblemente las últimas.

15. Las Segundas Nupcias

El estado de viudez tiene, en el plano jurídico, sus peculiaridades⁷⁵. Las segundas o ulteriores nupcias de la persona viuda pueden ofrecer también algunos requisitos propios y producir ciertos efectos específicos. Las Letras no podían dejar de ocuparse de aquel estado y de estas bodas.

Es de recordar la prevención que de antiguo existió contra las segundas nupcias. La patrística reflejó la desconfianza hacia la mujer; González Deleyto recuerda que "para los Padres de la Iglesia, en los primeros tiempos medievales, la mujer es un ser peligroso, la mujer es siempre portadora de la manzana de Eva..."⁷⁶. La que contraía segundo matrimonio era, sin duda, mal vista, y las segundas nupcias en general fueron calificadas de *honesta fornicatio*. La desconfianza hacia la mujer se compensó en el cristianismo con el culto a la Virgen, pero la hostilidad hacia las segundas nupcias ha subsistido largo tiempo en parte de la sociedad, dando de ello testimonio la Literatura.

Así, en *La viuda valenciana*, de Lope, la bella y joven viuda Leonarda, que posee tres mil ducados de renta y es, al decir de uno de sus pretendientes, "gallarda viuda, que tiene el alma de tigre", hace el elogio de la viudez al preguntar:

"¿La viudez casta y segura
no es de todos alabada?"⁷⁷.

El "año de lloro" de la viuda, productor de efectos jurídicos, es aludido por Tirso en su comedia *La prudencia en la mujer*, donde la reina doña María, poco después de enviudar, dice a sus pretendientes:

"Pues cuando en viudez llorosa
la mujer más ordinaria
al mas ingrato marido
respeto un año le guarda...
¿queréis, grandes de Castilla,
que desde el túmulo vaya
al tálamo incontinente?
¿De la virtud a la infamia?"⁷⁸.

Como se ve, esta viuda va más lejos que la de Lope al llegar a calificar de "infamia" el posible nuevo matrimonio.

Una concepción más risueña de las segundas nupcias asoma, en cambio, a la comedia *La vedova scaltra*, de Goldoni. En ella la viuda Rosaura, hija del R. Lomardi, tiene en Venecia cuatro caballeros pretendientes: un italiano, un español, un francés y un inglés. Ella se dispone a escoger porque desea liberarse de la sujeción a su padre: "*Vedo che volendo levarmi dalla soggezione uni di questi dovrei scegliere...*"⁷⁹. Lejos de considerar mal las segundas nupcias, esta viuda italiana observa que "*lo stato di una vedova*" es "*pericolosi*"⁸⁰.

74. "A los muertos -dice-, por niños que sean, se les sepulta bajo tierra. Pero el cadáver de un matrimonio no se permite enterrarlo. Ha de seguir pudriéndose en nuestras vidas, en nuestras conciencias, en nuestra cama sin poder hacer otra cosa que ocultarlo bajo una sábana blanca y perfumada" (J. SALOM, *La piel del limón*, Escelicer, 1976, pág. 22). También afirma el protagonista, refiriéndose al problema de la indisolubilidad: "Este es precisamente el fondo, que las leyes van por un lado y la vida por otro, que ésta cambia continuamente mientras las leyes permanecen inalterables y se hacen inadecuadas"; y que "en otros países se acepta que el amor en un matrimonio puede ir desgastándose hasta desaparecer... Aquí nos obligan a demostrar que nunca existió, que estaba viciado desde un principio, que fue sólo un aborto con apariencia de amor" (*ibidem*, págs. 63-64).

75. Vid. G. GARCÍA CANTERO, *La persona viuda y su estado civil*, en el Libro Homenaje al Dr. Serrano y Serrano, Valladolid, 1965, vol. I, págs. 259 y sigs.

76. N. GONZÁLEZ DELEYTO, *Mujer, cultura y justicia*, Madrid, 1959, pág. 8.

77. LOPE DE VEGA, *La viuda valenciana*, jornada 1ª.

78. TIRSO DE MOLINA, *La prudencia en la mujer*, acto 1º, escena II.

79. C. GOLDONI, *La vedova scaltra*, acto 2º, escena III. Las palabras "*levarmi dalla soggezione*" las comenta A. Marenduzzo notando que equivalen a salir de la condición de viuda que hace en cierto modo depender todavía del padre (ed. anot. de *La vedova scaltra*, Signorelli Ed., Milano, 1965, pág. 44, nota 18).

80. Acto 3º, escena última.

Una visión triste de las ulteriores nupcias reaparece en el cuento *Una boda extraña*, del novelista norteamericano Nathaniel Hawthorne ⁸¹. En él, la viuda Mrs. Dabney, en los umbrales de la vejez, va a contraer matrimonio con el que fue su primer amor, Mr. Ellenwood, que ha llevado lejos de ella una vida triste y se hizo un ser huraño. El día de la boda, mientras ella comparece en el templo ataviada como una joven, él lo hace con una mortaja y recuerda a la novia los cuarenta años de dolor que lejos de ella arrastró, doliéndose de que a él le haya reservado sólo la decrepitud y la muerte: "He venido yo mismo en mi mortaja para casarme contigo como en un oficio de difuntos, para que unamos nuestras manos a la puerta del sepulcro y penetremos después juntos en él" ⁸².

En las Letras contemporáneas, el cubano Alejo Carpentier alude al año de luto de la viuda en su importante novela *El siglo de las luces*, cuya acción se desarrolla en las Antillas durante los años de la Revolución francesa; el personaje femenino más importante, Sofía, queda viuda y debería someterse, según la costumbre de la isla, al "año de luto ineludiblemente llevado" ⁸³, pero, lejos de hacerlo, parte en busca de su primer amante.

III. CONCLUSION

A lo largo de las páginas precedentes quedan recogidos algunos textos literarios relacionados con

diversas vertientes de la regulación jurídica del matrimonio. En ellos hemos podido ver reflejados varios temas: la difusión, delicadeza y trascendencia de las capitulaciones; la realidad del corretaje matrimonial; la importancia histórica de la dote; la rigidez del consentimiento de padres y tutores para el matrimonio del menor; las diversas concepciones sobre la forma del matrimonio; la regulación de las formas excepcionales; los problemas de la separación -judicial o de hecho- de los cónyuges; las causas de la nulidad matrimonial; la vieja polémica en torno al divorcio; la desconfianza hacia las segundas o ulteriores nupcias... Es obvio que otros muchos textos pueden hallarse a poco que se espigue en la novela, en el teatro y en la poesía. Sobre la base de ellos podrían emprenderse serios estudios sobre lo que es y ha sido, en nuestra patria y fuera de ella, la regulación y la vida real de la institución matrimonial y de otras instituciones del Derecho de familia, rama del Derecho civil que por su enorme interés humano ha sido llevada a las Letras con mayor frecuencia que otras. Parece que para estas tareas jurídico-literarias están ciertamente capacitados en general los juristas, ya que la Literatura es parte de las Humanidades y, como ha escrito el Maestro Hernández Gil en su reciente libro sobre el Abogado, "nuestra profesión alberga un alto grado de humanismo" ⁸⁴.

81. Incluido en el vol. *Cuentos de la Nueva Holanda*, Col. Austral, Buenos Aires, 2ª ed., 1948, págs. 83-95.

82. N. HAWTHORNE, *Una boda extraña*, cit. pág. 94.

83. A. CARPENTIER, *El siglo de las luces*, Seix Barral, Barcelona, 1976, pág. 291.

84. A. HERNÁNDEZ GIL, *El abogado y el razonamiento jurídico*, Madrid, 1975, página 4.

Algunos Aspectos sobre el Proceso Ejecutivo

Luis Alberto Liñán A.

Abogado. Jefe de Práctica del Curso
Introducción de Derecho Procesal
en la Universidad de Lima

1) I. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Lima, 21 de mayo de 1985.-

VISTOS; ... y CONSIDERANDO: Que, la tacha de nulidad y falsedad formulada por la ejecutante respecto de los recibos obrantes a fojas cincuenticuatro a sesenticuatro, deberá ser declarada infundada por improbada, tanto más que los mismos guardan relación con los cheques recibidos por don Juan Urbano Alania Arias, en representación de la ejecutante, cuyo reconocimiento obra a fojas ochenta y siete (...); que la excepción de Pago y Compensación deducida por el ejecutado, deberá ser declarada improcedente, porque dicha excepción no se encuentra comprendida dentro de nuestro ordenamiento jurídico legal a que se refiere el capítulo II del Código de Procedimientos Civiles, en su artículo trescientos doce; que la plus petición deducida por el ejecutado deberá ampararse, en razón que el ejecutado con los recibos de fojas cincuenticuatro a sesenticuatro, concordantes con los cheques que en fotocopia corren a fojas ochenta, ochentinueve y ochentitres, ha acreditado haber abonado un total de cuatro millones ochentitres mil setecientos vein-

tinove soles y que corresponden inclusive a fechas ulteriores a la fecha de interposición de la diligencia preparatoria, sin que la ejecutante haya desvirtuado que las mismas corresponden a otra deuda; que así, el ejecutante ha sumado a la presente acción sumas que han sido materia de pago con antelación, por lo que deberá imponerse a la ejecutante la multa de lo indebidamente cobrado; por estas consideraciones y de conformidad con lo dispuesto por el artículo veinticuatro, veinticinco y treinta y tres del Decreto Ley veinte mil doscientos treinta y tres, modificado por el Decreto Legislativo ciento veintisiete, **FALLO** Declarando Infundada la Tacha de Nulidad y falsedad formulada por la ejecutante; improcedente la excepción de pago y compensación, deducida por el ejecutado y fundada la Plus Petición deducida por el ejecutado y Fundada en parte la demanda; y en consecuencia que el ejecutado don Camilo León Portocarrero abone a la Agencia de Aduanas Ruvibal, la suma de siete millones ciento diecisiete mil setecientos setenticuatro soles oro más los intereses legales; y así mismo que la firma ejecutante pague al ejecutado la suma de ocho millones ciento setenticinco mil cuatrocientos soles oro, que corresponde al doble de lo indebidamente cobrado, sin costas. Fdo. José Espinoza Córdova.- Juez. Olga Antunez López.- Secretaria.

II. SENTENCIA DE LA CORTE SUPERIOR.

VISTOS y CONSIDERANDO: (...) Que; debe declararse fundada la plus petición por ser procedente la imposición de la multa por el doble de lo indebidamente demandado en la vía ejecutiva de conformidad con lo dispuesto por el artículo treintiocho del Decreto Ley veinte mil doscientos treintiseis por haber negado el ejecutante la cantidad recibida a cuenta (...); que la excepción de compensación debe también declararse fundada en aplicación de lo dispuesto por el artículo mil doscientos noventa y cuatro del Código Civil de mil novecientos treintiseis (artículo mil doscientos ochentiocho del Código Civil de mil novecientos ochenticuatro) extinguiéndose las obligaciones recíprocamente hasta donde respectivamente alcancen debiendo ejecutarse solamente el saldo (...); que el concepto excepción es diferente en el artículo trescientos doce del Código de Procedimientos Civiles (lista cerrada de cuestiones declinatorias, dilatorias y perentorias que deben tramitarse en cuaderno aparte) del concepto excepción contenido en el artículo veinticinco del Decreto Ley veinte mil doscientos treintiseis; pues en este artículo se entiende como lo explica con toda claridad la Exposición de Motivos del Código de Procedimientos Civiles en el artículo que le sirvió de modelo, todo hecho impeditivo, modificativo o extintivo, es decir toda alegación de hechos que favorecen al ejecutado dentro de los que la misma exposición de motivos citada incluye en forma expresa al pago parcial y a la compensación (...); el cobro de gastos habidos en la diligencia preparatoria, en vía ejecutiva, deviene inoperante porque éstos aún no estaban determinados; que de igual manera los gastos de este proceso cobrados ejecutivamente no son amparables porque ellos están comprendidos en las costas que la ley señala; que debe hacerse pronunciamiento sobre los puntos demandados y omitidos en la sentencia apelada en aplicación de lo dispuesto por el artículo mil ochentiseis del Código de Procedimientos Civiles, por tratarse de puntos accesorios; **REVOCARON** la sentencia en cuanto declara improcedentes las excepciones de pago y compensación, las que **DECLARARON** fundadas; **INTEGRANDO** el fallo **DECLARARON** fundada la oposición y en consecuencia **MANDARON** se lleve adelante la ejecución sólo por la cantidad de cuatro millones quinientos cuarentidos mil cuatrocientos setentitres soles, más intereses legales, **DECLARARON** improcedente la demanda en cuanto se pide los gastos de reconocimiento judicial (Diligencia Preparatoria de Reconocimiento) y gastos, la **CONFIRMARON** en cuanto declara fundada en parte la

demanda y fundada la plus petición (...); la **CONFIRMARON** en cuanto declara infundada la tacha de nulidad y falsedad deducida por el ejecutante; sin costas; y los devolvieron.- SS. Pantoja Rodulfo.- Aparicio Valdez.- Castillo Castillo.-

III. EJECUTORIA SUPREMA.

Expediente 179 - 86. Lima.
Lima, 17 de agosto de 1987.-

VISTOS por sus fundamentos; declararon **NO HABER NULIDAD** en la resolución de vista de fojas cientos treintitres, su fecha doce de noviembre de mil novecientos ochenticinco (...), condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; en los seguidos por Agencia de Aduanas Rubival Sociedad Anónima con don Camilo León Portocarrero, sobre pago de intis; y los devolvieron.- SS. Portugal Rondón.- Mendez Onsborn.- Valladares Ayarza.- Peralta Rosas.- Linares Alencastre.-

2) Antecedentes

El proceso que vamos a analizar en el presente artículo, es uno tramitado en la vía ejecutiva; la ejecutante es la Agencia de Aduanas Rubival S.A. quien solicita al Sr. Camilo León Portocarrero el pago de la suma de S/ 7'117,774.00 Soles Oro; el título ejecutivo que sustenta la ejecución, lo constituyen una serie de órdenes de pago reconocidas en rebeldía del emplazado, en la diligencia preparatoria iniciada en forma previa.

El ejecutado, notificado con el auto de pago, se opone a la ejecución argumentando haber realizado pagos a cuenta de la deuda puesta a cobro, por lo cual deduce las excepciones de pago y compensación; del mismo modo deduce plus petición. Durante la etapa probatoria, el ejecutante tacha de nulos y falsos unos cheques presentados por el ejecutado.

Los temas aludidos son resueltos en forma diversa por las sentencias que a continuación transcribimos, lo cual nos motiva a realizar algunos comentarios en torno a ellos.

3) ANALISIS

1. Tacha de Nulidad y Falsedad.

La tacha es una defensa ante un medio probatorio, consiste en una afirmación que se hace respecto de un impedimento o defecto en un medio probatorio presentado.

En el caso de documentos -públicos o privados- éstos pueden ser tachados de **nulos o falsos**; la nulidad se refiere a un defecto esencial (de fondo) del documento que le resta validez, mientras que la falsedad es un defecto de forma que proviene de una discrepancia entre lo que aparece en el documento y la realidad, ya sea por alteración material del documento o por alteraciones de la realidad.

La nulidad o la falsedad pueden deducirse de oficio si ésta es ostensible o, a petición de parte, ya sea iniciando un proceso o en vía incidental, mediante una **TACHA**.

Si se tacha de nulo o falso un documento público, debido a que éste produce fe -por la forma como ha sido otorgado-, quien alega la nulidad o la falsedad debe probarla. Tratándose de documentos privados el caso es distinto. Pues quien ha presentado el documento debe probar en contra de la tacha.

Teniendo como presupuesto lo expuesto, consideramos que la tacha deducida por la ejecutada es **improcedente**, pues no ha atacado la nulidad o falsedad del documento, sólo ha manifestado que éstas pertenecen a otras obligaciones. En este sentido los documentos no adolecen de vicio alguno, sino simplemente no acreditan el pago de la suma demandada.

La defensa de la ejecutada frente a éstos documentos, **no debió ser una tacha, sino una de fondo**, alegando que si bien los documentos son válidos, no deben ser merituados por el juez, por las razones ya aludidas; en tal sentido la sentencia de primera instancia -confirmada en este extremo en la Corte Superior- comete un error al declarar infundada la tacha por improbada.

2. Excepciones Deducibles en el Proceso Ejecutivo.-

Tradicionalmente se ha definido a las excepciones como medios de defensa del demandado que

atacan aspectos formales o procesales de la demanda interpuesta o el derecho material o sustantivo en que se funda la pretensión¹.

Remigio Pino Carpio² sostiene que al lado de toda pretensión de carácter sustantivo, existe una pretensión procesal con carácter propio. De este modo, se distinguieron las denominadas excepciones **sustantivas** y las **procesales**; las primeras se oponían a la pretensión sustantiva, que se regulaban en el Código Civil; las segundas se oponían a las pretensiones procesales y se regulaban en los Códigos de Procedimientos Civiles.

Es en esta línea de pensamiento que se dicta el Código de Procedimientos Civiles de 1912, el cual en su artículo 663, antecedente inmediato del artículo 25 del D.L. 20236 establece: *"si el demandado formula oposición a la ejecución debe proponer al formularla todas las excepciones que le favorecen y/o deducir la nulidad o falsedad de la obligación o del título ejecutivo; la plus petición y el exceso en la conversión..."*.

Según el artículo transcrito, si el demandado desea cuestionar aspectos sustantivos (de fondo) de la demanda dirigida en su contra deberá hacerlo por medio de una excepción, pues el artículo citado no le da otra alternativa; esto porque se está entendiendo a la excepción en su concepto tradicional de medio de defensa general (excepciones sustantivas y procesales); esta tesis queda corroborada más adelante cuando el artículo 26 del mismo D.L. 20236, establece que en el caso de títulos valores, el ejecutado puede deducir las **"excepciones que se funden en su relación personal con el demandante"**.

En este sentido, concordamos con el contenido de la sentencia de la Corte Superior que revocando la de primera instancia, en este extremo, declara Fundadas las excepciones de pago y compensación.

Analicemos ahora, las consecuencias de comprender dentro del concepto excepción a las llamadas **"excepciones sustantivas"**. Si se declara fundada una excepción "procesal" su consecuencia (según nuestro ordenamiento procesal vigente) será la nulidad de todo lo actuado, no existiendo así un pronunciamiento sobre el fondo de la litis; mientras que de ampararse una excepción sustantiva, va existir un pronunciamiento sobre el fondo de la litis

1. PERLA VELAOCHAGA, ERNESTO. *Juicio Ordinario*. Imprenta Editorial Lumen S.A. Lima - 1973

2. PINO CARPIO, REMIGIO. *Nociones de Derecho Procesal y Comentarios del Código de Procedimientos Civiles*. Tipografía Peruana S.A. Lima - 1963

y se declarará fundada la oposición e infundada o fundada según el caso, la demanda.

Si bien, el D.L. 20236 permite deducir excepciones sustantivas dentro del proceso ejecutivo; debemos precisar que no concordamos con ello, porque hablar de “excepciones sustantivas” es ir contra la naturaleza misma de la excepción como instituto procesal.

La excepción es una defensa de forma a través de la cual se denuncia la falta o defecto de un presupuesto procesal o una condición de la acción, en ningún momento ataca la pretensión del actor; es por esto que concluimos que una excepción siempre será procesal, es más, decir “excepción procesal” es redundar.

Existen hechos extintivos, impeditivos o modificativos que por desconocimiento u olvido del actor, existen al momento de ejercitar su derecho de acción, estos hechos no están referidos al proceso ni mucho menos a la relación jurídica procesal, se refieren al derecho sustantivo, y a la relación sustantiva previa (a la que hacía alusión Pino Carpio); si el demandado cuestiona estos hechos, no esta deduciendo excepción alguna, sino que realiza una típica defensa de fondo.

Es este concepto de excepción (procesal) el que tenía el juez de primera instancia, que lo llevó a declarar improcedentes las excepciones sustantivas; si bien ese razonamiento es científicamente válido, para nuestra legislación, específicamente la del proceso ejecutivo, no lo es por las razones ya aludidas.

El Código Procesal Civil -próximo a entrar en vigencia- regula a las excepciones en la sección correspondiente a la postulación del proceso, a las cuales da un tratamiento acorde con el derecho procesal contemporáneo, eliminando algunas -excepciones- en relación al Código de Procedimientos Civiles de 1912 e incluyendo otras; desterrando totalmente a las llamadas “excepciones sustantivas”. En relación al proceso ejecutivo, éste se encuentra tratado de una forma orgánica dentro de los procesos de ejecución; estableciéndose en forma taxativa los supuestos en los cuales se puede contradecir (oponerse) al mandato ejecutivo (auto de pago).

3. Cobro de gastos de Diligencia Preparatoria, en la vía ejecutiva.

Los títulos ejecutivos son aquellas categorías de actos que la ley reconoce como necesarios y suficientes para legitimar la demanda con la cual se promueve ejecución³.

Al causar la ejecución forzada grandes consecuencias sobre el patrimonio del deudor, las legislaciones buscan otorgar la calidad de títulos ejecutivos a pretensiones que traen consigo cierta presunción sobre la existencia de un crédito, esto además porque el proceso debe ser rápido y el órgano jurisdiccional no puede indagar en cada ejecución la legitimidad del derecho, por ésto se subordina a la ejecución de rigurosas condiciones de admisibilidad, los mismos que buscan constituir garantías de la existencia del derecho del acreedor.

Nuestra ley del proceso ejecutivo, Decreto Ley 20236, enumera en su artículo 2 los títulos ejecutivos con los cuales se puede acceder al proceso ejecutivo; en los incisos 1, 2 y en el artículo 6, se refiere a la Absolución de Posiciones, al Reconocimiento prestado en Diligencia Preparatoria como título ejecutivo; esto quiere decir que si de lo actuado en una Diligencia Preparatoria aparece la existencia de una obligación, ésta será exigible en la vía ejecutiva; en el caso de obligaciones de dar suma de dinero ésta deberá además ser una cantidad líquida.

En el proceso bajo comentario, la ejecutante pretende cobrar en la vía ejecutiva los gastos incurridos en la Diligencia Preparatoria, previa al proceso ejecutivo. La sentencia expedida por la Corte Superior declara improcedente la demanda en este extremo por considerar que estos “no están aún determinados”.

Interpretando este considerando, *contrario sensu*, tendríamos que concluir que si los gastos estuvieran determinados (fueran una cantidad líquida), su cobro sería exigible ejecutivamente, entonces, ¿cuál sería el título ejecutivo en base al cual se puede solicitar el pago de los gastos incurridos en la Diligencia Preparatoria?. Según la sentencia de la Corte Superior, parece ser que el título lo constituye el mismo expediente de Diligencia Preparatoria, pero según nuestra ley, sólo lo confesado o reconocido en Diligencia Preparatoria, tiene mérito ejecutivo; los gastos no emanan de la confesión ni del reconocimiento.

3. LIEBMAN, ENRICO TULLIO. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Editorial EJE. Buenos Aires - 1980.

Lo anterior, nos lleva a **formularnos tres preguntas**: a) ¿existen las costas en una diligencia preparatoria? b) los gastos originados en una diligencia preparatoria, liquidados por el juez, ¿tienen mérito ejecutivo? y, c) el pago de las costas de una diligencia preparatoria - en caso de existir éstas - ¿está subordinado a que el ejecutado quede obligado al pago de costas en el proceso ejecutivo?

En primer lugar, diferenciemos las costas de la condena de costas. Las primeras debemos entenderlas como gastos -procesales y personales- incurridos por cada una de las partes en el proceso, de este modo concluiremos que éstas existirán en todo tipo de proceso, inclusive en las Diligencias Preparatorias; mientras que la condena en costas es el derecho que tiene la parte ganadora que el vencido le reembolse las costas; éstas serán determinadas en la sentencia, no siendo obligatorio que se demanden, pues su cobro proviene de la ley y no de la voluntad del demandante.

El caso de las Diligencias Preparatorias, es especial, porque en ellas - por su propia naturaleza - no hay ganador ni perdedor; dado que su objeto es actuar una determinada prueba anticipadamente o preparar un documento para iniciar un proceso posterior. Por ello el cobro de las costas, se hará efectivo al final del proceso ejecutivo, y dependerá si en él, el ejecutado fue condenado a su pago.

Hemos dejado para el final analizar la segunda interrogante, referida a si los gastos de la diligencia preparatoria tienen mérito ejecutivo. Consideramos que su cobro debe ser exigido en ejecución de sentencia pues como ya quedó expresado, el pago de ellas estará subordinado a que en el proceso ejecutivo, el ejecutado sea condenado al pago de costas, por lo tanto no puede demandarse como una pretensión más, como lo hizo la ejecutante en el expediente bajo análisis; con esto queremos decir que las costas en una diligencia preparatoria **no tienen mérito ejecutivo**, pues no se sustentan en ningún título ejecutivo. Sin embargo, podríamos sostener que tienen mérito **ejecutorio**.

De este modo, consideramos que la Corte Superior actuó correctamente al declarar **improcedente** la demanda en éste extremo, pero el argumento que dió no fue el adecuado; debió decir: por ser una cantidad **iliquidable**, - ya que no existe forma de

liquidarlas, ésto sólo corresponde al juez ante el cual se actuó la diligencia preparatoria - y además por no sustentarse en un título ejecutivo.

Finalmente, y a fin de encontrar una solución al problema planteado, la única posibilidad que encontramos viable para exigir el pago de los gastos de la Diligencia Preparatoria, es solicitando dentro de ella su regulación, así su monto será líquido. Luego, iniciar el correspondiente proceso ejecutivo y en la demanda precisar como pretensiones "*el pago de la obligación principal, los intereses legales y las costas del presente proceso y los de la diligencia preparatoria que sustenta la presente demanda*".

4. Plus Petición

Nos relevamos de tocar el tema de la naturaleza jurídica de la Plus Petición como Instituto Procesal, toda vez que ya fue analizado en profundidad, en las páginas de esta misma revista⁴; sólo realizaremos algunos comentarios relacionados con el proceso en análisis.

Como se puede apreciar, las tres sentencias declaran fundada la Plus Petición y ordenan al ejecutante abone al ejecutado "el doble de lo indebidamente demandado"; no obstante, existe entre ellas aparentemente una sutil diferencia, a la que quisiera referirme.

La sentencia de primera instancia, en sus considerandos, impone al ejecutante "una multa de lo indebidamente cobrado por haber adicionado a su acción **sumas** que han sido materia de pago" (sic). Nótese que en ningún momento la sentencia vincula a esta multa con el artículo 38 del D.L. 20236, ni mucho menos con la llamada Plus Petición; luego en el fallo declara fundada la plus petición y ordena el pago del **doble** de lo indebidamente cobrado.

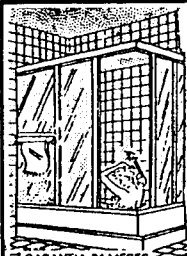
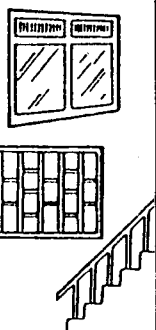
La sentencia de la Corte Superior (confirmada por la Corte Suprema), sí vincula la multa del doble de lo indebidamente demandado, con el artículo 38 del D.L. 20236.

Estas aparentes contradicciones, se deben a que la Plus Petición que regula nuestra ley del proceso ejecutivo - D.L. 20236 - en su artículo 25, es una

4. MONROY GALVEZ, JUAN. *Apuntes para un Estudio de la Plus Petición en la Doctrina y el Procedimiento Civil Peruano*. En Themis No. 18.

institución sin desarrollo legislativo, que se regula simplemente como una forma de oposición a la ejecución, sin indicarse su naturaleza o supuestos de aplicación. De allí que la **práctica procesal** y sobre todo los **jueces** hayan identificado a la Plus Petición con la multa del artículo 38 del mismo D.L. 20236, lo cual no es exacto, pues ésta última se presenta ante supuestos de hecho que la misma norma precisa, relacionados con la conducta maliciosa del ejecutante.

La Plus Petición entendida como un simple medio de defensa del demandado y la multa del artículo 38 del D.L. 20236, han sido dejados de lado - al igual que la mayoría de códigos contemporáneos - por el Código Procesal Peruano de 1992 y reemplazados por institutos más acordes con la naturaleza de cada acto procesal.

 Puertas De Tina y Ducha • Con Planchas tipo Cristal importado. • Resisten al calor. • No se deforma • Variados colores y diseños. • Aluminio, dorado, bronce, negro y natural. S <i>Por cada compra reclama su regalo</i>	Fibra de Vidrio  • TINAS En variados colores. • CALAMINAS Y PLANCHAS Dejan pasar la luz, no se deforman, medidas y colores variados. • TANQUES Para agua cap. 500 y 1,000 Lts. No se oxidan, fuertes, livianos e indeformables • ASIENTOS (Para Aeropuertos, Omnibus, Salas de espera, Terminales terrestres, Restaurants). • BANQUITOS - LAVADEROS.	Aluminio Natural, Bronce, Dorado y Negro  • VENTANAS, PUERTAS, • MAMPARAS, CELOSIAS. • BARRAS Y REJAS DE SEGURIDAD FIJAS. • BARANDA ESCALERA, BALCON.
S C S OFICINA DE VENTAS: Leoncio Prado 501 - Telf. 47-5902 - 45-4114 SURQUILLO - Atención de 8:30 a 6 p.m.		

Centro Internacional de Cultura Contable y Financiera

ENTIDAD ORIENTADA A LA INVESTIGACION Y DIFUSION DEL CONOCIMIENTO EN MATERIA CONTABLE, FINANCIERA, TRIBUTARIA Y EMPRESARIAL

**AJUSTES POR INFLACION - FLUJOS DE EFECTIVO
EFECTO CONTABLE, TRIBUTARIO Y SOCIETARIO**

Seminarios, Consultas y Asesoría

Expositor: Juan Luis Medina Frassinetti
Informes: Telf.: 755011 Fax: 754682

Importancia de los Buenos Oficios y la Mediación a la Luz de la Práctica Internacional

Raúl Enrique Fernando Pardo Segovia

Tesis sustentada el 28 de diciembre de 1992 para optar el Título Profesional de Abogado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú ante los Dres. Eduardo Ferrero Costa, Beatriz Ramacciotti de Cubas y Elvira Méndez Chang. SOBRESALIENTE.

La tesis presentada por el señor Raúl Enrique Fernando Pardo Segovia intenta evaluar los medios pacíficos para la solución de controversias internacionales. Con este fin, ha analizado aquellos que la práctica internacional ha empleado con frecuencia y éxito: los buenos oficios y la mediación.

El autor plantea la siguiente hipótesis: los buenos oficios y la mediación son los medios más eficaces en la solución de controversias internacionales, tal como lo confirma la práctica internacional. Para probarla, se ha investigado de manera rigurosa, estructurando la Tesis en tres capítulos.

El primer capítulo desarrolla el marco teórico general en relación a la solución pacífica de controversias. El autor asume una interpretación restrictiva de la obligación internacional general de solucionar pacíficamente las controversias, pues considera que sólo existe esta obligación cuando la controversia implica una amenaza para la paz y seguridad internacionales. Luego de un estudio histórico-jurídico, afirma que no ca-

be distinguir *a priori* las controversias jurídicas de aquellas políticas. Esta afirmación, en relación a los buenos oficios y la mediación, trae como corolario que su empleo dependerá de la voluntad de los Estados y no de la gravedad o calificación de la controversia.

En el segundo capítulo analiza la teoría de los buenos oficios y de la mediación. Partiendo de la evolución histórica, determina el concepto, naturaleza, solicitud y ofrecimiento de tales medios. Asimismo, estudia a los sujetos que pueden actuarlos en el ámbito internacional. Cabe resaltar la diferencia que existe entre la actuación de los individuos a título personal, a la cual el autor le otorga una mayor libertad de acción, y el individuo que actúa a nombre de un Estado o de una organización internacional, quien tendría que seguir directivas que lo limitan. Un tema importante aunque poco desarrollado en doctrina es la responsabilidad del mediador. El planteamiento del autor es interesante y deja abierto un derrotero para próximas investigaciones.

El tercer capítulo incide en el estudio de la práctica internacional en torno a los buenos oficios y mediación. El autor analiza tres casos: la mediación peruana entre Bolivia y Chile en 1879, la exitosa mediación norteamericana entre Israel y Egipto, así como la actuación de la Santa Sede en el asunto de la ocupación de las Islas Carolinas. Asimismo, se comenta en torno a la práctica de los órganos de las Naciones Unidas en buenos oficios y mediación; ello se contrasta con la actuación del sistema interamericano, de la Organización para la Unidad Africana,

del Consejo de Europa, entre otros.

Finalmente, el trabajo de investigación logra probar satisfactoriamente la hipótesis planteada.

La bibliografía empleada es producto de una cuidadosa recopilación de los textos de mayor interés, tanto de tratadistas contemporáneos como clásicos.

Elvira Méndez Chang

Régimen de Navegación del Río Amazonas

Diana Matilde Moro Morey

Sustentado el 2 de febrero de 1993 ante los Dres. Beatriz Ramacciotti, Elvira Méndez Chang y Fabián Novak.

El presente trabajo de investigación analiza algunos problemas del Derecho Fluvial Internacional como rama del Derecho Internacional, estableciendo normas y principios que regulan los usos que realizan los Estados sobre los cursos de aguas internacionales, sean ríos, lagos o glaciares.

El capítulo I está así referido a la regulación jurídica de los usos que se les puede dar a los cursos de aguas internacionales. En primer lugar, se establecen los criterios que determinan si las aguas fluviales son o no internacionales. En segundo lugar, se hacen precisiones conceptuales respecto a tér-

minos como "río internacional", "cuenca internacional" y "curso de agua internacional".

En la tesis se opta por este último término debido a las ventajas que éste ofrece, al reconocer el carácter dinámico de las aguas fluviales.

Del mismo modo, se distingue con claridad los cursos de aguas internacionales sucesivos de los contiguos. Los primeros, atraviesan o separan el territorio de dos o más Estados, mientras que los segundos sirven de fronteras entre ellos.

La señorita Moro destaca asimismo la interrelación existente entre los diversos usos de los cursos de aguas internacionales. Algunos suponen el consumo de las aguas -como el riego y/o el consumo humano- mientras otros, como la navegación, sólo utilizan las aguas superficiales.

Señala que en la utilización de un curso de agua internacional se deben respetar ciertos principios jurídicos. Tales son: el uso equitativo y razonable, la obligación de no causar perjuicio apreciable y el deber de cooperar.

El uso equitativo y razonable comprende según la autora dos aspectos: una explotación racional de las aguas fluviales y los recursos contenidos en ellas, así como la obligación de contribuir a que otros Estados que comparten esas aguas puedan aprovecharlas; y la distribución equitativa y razonable de los beneficios y costos a consecuencia de tal utilización.

La obligación de no causar perjuicio apreciable también supondría dos obligaciones: de no hacer, consistente en no alterar ni modificar las condiciones de los cur-

sos de aguas; y una obligación de hacer, en este caso de prevenir y controlar el perjuicio de cierta consideración que un Estado pueda ocasionar a otros a consecuencia de un determinado uso.

Finalmente, respecto al deber de cooperar comprendería a su vez, dos obligaciones: de informar y la de negociar.

En el capítulo segundo, la Srta. Moro se refiere a la regulación jurídica de la navegación como un uso en particular de los cursos de agua internacionales.

Analiza en forma acuciosa las diversas teorías que se han dado para justificar los derechos de los Estados sobre los cursos de aguas internacionales, como son la doctrina Harmon o de la soberanía territorial absoluta, la teoría de las servidumbres internacionales, del condominio, del derecho de vecindad y la teoría de la comunidad de intereses. En la investigación, en una opinión que compartimos, se opta por esta última, la cual ha sido reafirmada en el caso del Lago Llanos. Esta teoría explica que los Estados que comparten un curso de agua internacional participan de una misma realidad, lo cual les otorga un derecho equivalente a cada uno de ellos, el que no puede ser desconocido. Se crea entonces, una comunidad jurídica de intereses entre estos Estados.

Por último, el capítulo tercero, aplica los conceptos analizados en los capítulos anteriores en un curso de agua internacional específico: el Amazonas. Se analiza el volumen de intercambio comercial y los diversos tratados celebrados por el Perú con los otros países ribereños, como son Brasil y Colombia.

Los tratados celebrados con Brasil son analizados minuciosamente en dos grupos: aquellos que se refieren en forma expresa a la navegación, como son las convenciones fluviales; y los que se refieren a temas generales de cooperación.

Los tratados celebrados con Colombia referidos a temas comerciales y de límites, son también estudiados con profundidad.

La Srta. Moro con acertado criterio, estudia también el Protocolo de Río de Janeiro de 1942 celebrado con Ecuador, en la medida que a través de su artículo VI se le otorga a dicho Estado la libertad de navegación en los afluentes peruanos del Amazonas. Se concluye que tal derecho tiene las características de una servidumbre internacional.

Así también, se analizan los marcos genéricos de la cooperación en el Tratado de Cooperación Amazónica de 1978 y sus mecanismos de coordinación en diversas materias, siendo una de ellas la navegación.

Por último, se estudian las normas del derecho interno peruano, para formular una interesante propuesta normativa de Reglamento Multilateral que regule la participación de los Estados ribereños, así como la de Bolivia y Ecuador, al ser Estados limítrofes y amazónicos.

En resumida cuenta, la tesis constituye un significativo y profundo aporte al esclarecimiento de este tema, tan poco tratado en nuestro medio. Por ello, el Jurado ha calificado el grado de la Srta. Moro con la mención SOBRESALIENTE.

Fabián Novak

TRIBUNAL DE HONOR

El día 25 de abril la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente designó como miembros del Jurado de Honor de la Magistratura a cinco de los más reconocidos juristas, y a la vez destacados catedráticos de nuestra facultad; ellos son: Manuel de la Puente y Lavalle, Fernando de Trazegnies Granda (ambos integrantes del Comité Consultivo de nuestra revista), Jorge Ramírez Díaz, Miguel de Althaus Guarderas y Guillermo Velaochaga Miranda.

Como se sabe, este Tribunal es de vital importancia ya que tendrá la misión de regularizar la situación de los magistrados nombrados provisionalmente por el gobierno a partir del 5 de abril, tanto en el Poder Judicial como en el Ministerio Público.

CONSULTORIO JURIDICO DEL TALLER DE DERECHO CUMPLE 2 AÑOS

En marzo de 1991, un grupo de miembros del Taller de Derecho, bajo la asesoría legal del Dr. Benjamín Aguilar, profesor de la Facultad, instaló un Consultorio Jurídico Gratuito en la Parroquia "San José Obrero" de los Padres Oblatos en Barranco, que respondía al deseo de lograr un contacto más directo con los problemas jurídicos de la comunidad. Hoy, a dos años de esta iniciativa, el Consultorio brinda tanto asesoría jurídica individual como charlas de interés colectivo y se planea instalar turnos adicionales de atención en los Asentamientos Humanos e iniciar una Campaña de Orientación Tributaria, habiendo así rebasado largamente las expectativas iniciales. Felicitaciones por ello.

FACULTAD DE DERECHO PREMIA A GANADORES DEL III CONCURSO DE INVESTIGACION JURIDICA

En ceremonia realizada el jueves primero de abril en las instalaciones de la Facultad, presidida por el Decano interino Dr. Baldo Kresalja R., se procedió a premiar a los ganadores del III Concurso de Investigación Jurídica, habiendo obtenido el primer lugar general el alumno Luis Francia. Asimismo, fueron premiados como ganadores de su respectivas categorías, los alumnos Jorge Paniagua y César Uyeyama.

FILIBERTO TARAZONA ... 30 AÑOS

Bajo la iniciativa del Centro Federado de Derecho; alumnos y profesores tuvimos la oportunidad de conmemorar y agradecer por los 30 años de servicio de 'Filiberto', personaje vital del orden interno y real administrador del correcto desempeño de las clases en la Facultad. El significativo homenaje se llevó a cabo en el Auditorio del CAPU, el día 25 de marzo.



EL FONDO EDITORIAL DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU SALUDA A THÈMIS - REVISTA DE DERECHO POR LA PUBLICACION DE SU EDICION NUMERO 25 Y ANUNCIA LA APARICION DE SUS PUBLICACIONES:

"EL BIEN MATERIA DEL CONTRATO DE COMPRA VENTA"
BIBLIOTECA PARA LEER EL CODIGO CIVIL VOL. XIII
DEL DR. MARIO CASTILLO.

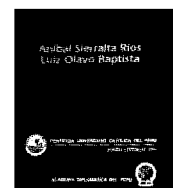


Carlos Augusto Ramos Nuñez

"TORIBIO PACHECO", JURISTA PERUANO DEL SIGLO XIX
DEL DR. CARLOS AUGUSTO RAMOS NUÑEZ.



"ASPECTOS JURIDICOS DEL COMERCIO INTERNACIONAL"
DEL DR. ANIBAL SIERRALTA Y LUIS OLAVO BAPTISTA.



"LA IDEA DE DERECHO EN EL PERU REPUBLICANO DEL
SIGLO XIX", DEL DR. FERNANDO DE TRAZEGNIES.



TAMBIEN ANUNCIA LA PROXIMA APARICION DE:

- "EL PRECIO EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA Y EL CONTRATO DE "PERMUTA" - BIBLIOTECA PARA LEER EL CODIGO CIVIL VOL. XIV, DEL DR. MARIO CASTILLO.
- "PROPIEDAD AGRARIA Y DERECHO COLONIAL", EL CASO DE LA HACIENDA SANTOTIS, DE JORGE ARMANDO GUEVARA.
- "EL DERECHO CIVIL PERUANO", PERSPECTIVAS Y PROBLEMAS ACTUALES. LUIS PIZARRO (COMPILADOR).

PARA MAYOR INFORMACION COMUNICARSE CON LOS TELFS. 626390 - 622540
ANEXO 220 ó VISITENOS EN NUESTRAS OFICINAS UBICADAS EN EL CAMPUS UNI-
VERSITARIO, AV. UNIVERSITARIA S/N. - SAN MIGUEL.

Indice Analítico Thémis 21 a 25

1. ACTUALIDAD

1. *Valentín Paniagua Corazao*
"El Golpe del 5 de abril y el Sistema Constitucional Peruano". En Thémis No. 22.

2. *Aldo Panfichi*
"El Fujigolpe: Salida Autoritaria a una Crisis de Representación Política". En Thémis No. 22.

3. *Augusto Alvarez Rodrich*
"Los Objetos de la Privatización de Empresas Estatales". En Thémis No. 23.

4. Entrevista a Gary Becker. En Thémis No. 25.

2. ADMINISTRATIVO

1. *Braulio Rosillo*
"Acerca de la Autonomía Municipal y el Transporte Urbano". En Thémis No. 21.

3. AMBIENTAL

1. *Alberto Rebaza Torres*
"Apuntes sobre Derecho Ambiental". En Thémis No. 22.

4. ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO

1. *Guido Calabresi y Douglas Melamed*
"Reglas de la Propiedad, Reglas de la Responsabilidad e Inalienabilidad: Un vistazo a la Catedral". En Thémis No. 21.

2. *Alfredo Bullard Gonzales*
"Al fondo hay sitio". En Themis No. 21.

3. *Guido Calabresi*
"La Responsabilidad Extracontractual: El Derecho de una Sociedad Mixta". En Thémis No. 23.

4. *Alejandro Falla Jara*
"Responsabilidad Civil y Eficiencia Económica: Matrimonio por conveniencia". En Thémis No. 24.

5. *José Luis Godoy Martínez*
"Algunos Apuntes sobre la Informalidad y la Responsabilidad por Productos Defectuosos". En Thémis No. 24.

6. *Alfredo Bullard Gonzales*
"¿Hay algo previsible? La Excesiva Onerosidad y la Impracticabilidad Comercial". En Thémis No. 25.

7. Entrevista a Guido Calabresi. En Thémis No. 25.

5. CIVIL

1. *Guido Calabresi y Douglas Melamed*
"Reglas de la Propiedad, Reglas de la Responsabilidad e Inalienabilidad: Un Vistazo a la Catedral." En Thémis No. 21.

2. *Sergio Oquendo Heraud*
"Impedimento Pasajero del Ejercicio de la Posesión" En Thémis No. 21.

3. *Fernando Cantuarias Salaverry*
"Retracto: Réquiem de un Derecho "Económico y Social"". En Thémis No. 24.

4. *Yuri Vega Mere*
"Apuntes sobre el Denominado Abuso del Derecho" En Thémis No. 21.

5. *Eric Palacios Martínez*
"La Recognoscibilidad del Error en el Código Civil Peruano". En Thémis No. 24.

6. *Luis Díez-Picazo y Ponce de León*
"Codificación, Descodificación y Recodificación". En Thémis No. 25.

7. *Atilio Anibal Alterini*
"La Legislación Desindexatoria en la Argentina: Virtualidad de los Intereses como Mecanismo Alternativo de Ajuste". En Thémis No. 25.

8. *Francisco Barrón Véliz*
"El Derecho Humano a la Planificación Familiar y la

Anticoncepción Quirúrgica Voluntaria. A Propósito de los Artículos 5o. y 6o. del Código Civil de 1984". En *Thémis* No. 22.

9. *Luis Moisset de Espanés*

"Repetición del Pago Indevido y sus Efectos Respecto a Terceros en Perú y Argentina". En *Thémis* No. 23.

10. *Guido Calabresi*

"La Responsabilidad Extracontractual: el Derecho de una Sociedad Mixta". En *Thémis* No. 23.

11. *Alejandro Falla Jara*

"Responsabilidad Civil y Eficiencia Económica: Matrimonio por Conveniencia". En *Thémis* No. 24.

12. *José Luis Godoy Martínez*

"Algunos Apuntes sobre la Informalidad y la Responsabilidad por Productos Defectuosos". En *Thémis* No. 24.

6. CONSTITUCIONAL

1. *Samuel Abad Yupanqui*

"Límites y Respeto al Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales". En *Thémis* No. 21.

2. *César Ochoa Cardich*

"La Excepción de la Jurisdicción Nacional en el Art. 136 de la Constitución y los Convenios de Garantía de Inversiones Extranjeras". En *Thémis* No. 21.

3. *Marcial Rubio Correa*

"El Balance del Legislativo y el Ejecutivo para una Próxima Constitución". En *Thémis* No. 24.

7. INFORMATICA

1. *Ricardo León Pastor*

"Informática Jurídica: Acercando la Informática al Derecho en las Puertas del Siglo XXI". En *Thémis* No. 22.

8. INTERNACIONAL

1. *Fernando Cantuarias Salaverry*

"Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Internacionales". En *Thémis* No. 21.

2. *Fabian Novak*

"Gobiernos en el Exilio". En *Thémis* No. 21.

3. *Elizabeth Saldón*

"Las Reservas a los Tratados y su Evolución en el Derecho Internacional". En *Thémis* No. 21.

4. *Manuel Pachón*

"La Acción de Interpretación Prejudicial en el Derecho Comunitario Andino". En *Thémis* No. 23.

5. *Alejandro M. Garro*

"Armonización y Unificación del Derecho Privado en América Latina: Esfuerzos, Tendencias y Realidades". En *Thémis* No. 24.

6. *Dante Negro Alvarado*

"Hacia el Establecimiento de un Régimen Alternativo de Responsabilidad Internacional: El Caso de las Obligaciones Jurídicas Esenciales para la Comunidad Internacional". En *Thémis* No. 24.

7. *Javier Chocano Portillo*

"Naturaleza Jurídica de la Comunidad Europea". En *Thémis* No. 24.

8. *Carlos Soria*

"¿Cómo Conceptualizar el Derecho Consuetudinario?". En *Thémis* No. 24.

9. LABORAL

1. *Carlos Blancas Bustamante*

"Comentario sobre la Sentencia T.G.C. relativa al Decreto Legislativo No. 650". En *Thémis* No. 22.

2. *Aníbal Quiroga León*

"La Sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales en el D. Leg. No. 650". En *Thémis* No. 22.

3. *Pedro Morales Corrales*

"La Compensación por Tiempo de Servicios y la Sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales". En *Thémis* No. 22.

4. Entrevista a Fernando Valdés Dal-Re. En *Thémis* No. 22.

5. *Wilfredo Sanguinetti*

"La Contratación Temporal en la Ley de Fomento del Empleo". En *Thémis* No. 23.

"Es Posible Reaccionar en Legítima Defensa Frente al Ejercicio Irregular de la Actividad Sindical?". En *Thémis* No. 25.

6. Entrevista a Salvador Del Rey Guanter. En *Thémis* No. 23.

7. *Ricardo Herrera Vásquez*

"Algunas Reflexiones en Torno a la Interpretación

del Convenio Colectivo de Trabajo". En *Thémis* No. 23.

8. *Antonio Ojeda Avilés*

"El Derecho de Huelga de los Magistrados". En *Thémis* No. 25.

10. MERCANTIL

1. *Jorge Fernández Baca*

"La Ley Antimonopolio ¿por qué y cómo aplicarla?". En *Thémis* No. 21.

2. *Baldo Fresalja*

"La Decisión 313". En *Thémis* No. 23.

11. PENAL

1. *Gonzalo Salas*

"Los Delitos contra la Propiedad Industrial en el Nuevo Código Penal de 1991". En *Thémis* No. 23.

2. *Dino Carlos Caro Coria*

"La Irresponsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en la Reforma Penal de 1991". En *Thémis* No. 24.

12. PROCESAL CIVIL

1. *Jorge W. Peyrano*

"La 'Performatividad' en el Proceso Contemporáneo: Su Incorporación en el Nuevo Ordenamiento Procesal Civil Peruano". En *Thémis* No. 22.

"La Medida Cautelar Innovativa 'Embozada'". En *Thémis* No. 25.

2. *Juan Monroy Gálvez*

"La Postulación del Proceso en el Código Procesal Civil". En *Thémis* No. 23.

"Los Principios Procesales en el Código Procesal Civil de 1992". En *Thémis* No. 25.

13. ROMANO

1. *Juan Iglesias*

"Cultura, Universidad y Derecho Romano en la Encrucijada de Nuestro Tiempo". En *Thémis* No. 25.

14. SEGURIDAD SOCIAL

1. *Javier Neves Mujica*

"Sistema Nacional de Pensiones y Sistema Privado de Pensiones: Opción Diabólica". En *Thémis* No. 25.

15. ENTREVISTAS

1. Entrevista a Fernando Valdés Dal-Re. En *Thémis* No. 22.

2. Entrevista a Salvador Del Rey Guanter. En *Thémis* No. 23.

3. Entrevista a Nicolás de Piérola. En *Thémis* No. 23.

4. Entrevista a Jorge Mosset Iturraspe. En *Thémis* No. 24.

5. Entrevista a Gary Becker. En *Thémis* No. 25.

6. Entrevista a Guido Calabresi. En *Thémis* No. 29.

7. Entrevista a Alan M. Dershowitz. En *Thémis* No. 25.

16. VARIOS

1. *Jack Bigio*

"La Pontificia Universidad Católica del Perú". En *Thémis* No. 21.

2. *Arturo Ferrari*

"Alan Dershowitz y el Abogado Perfecto". En *Thémis* No. 21.

3. *Violeta Bermúdez Valdivia*

"Administración de Justicia y Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos: Apuntes para una Reflexión". En *Thémis* No. 22.

4. *Fernando Pardo Segovia*

"Aquellos Extraños Seres que Editan Revistas Jurídicas de Estudiantes". En *Thémis* No. 22.

5. *Patricia Pow Sang*

"Temis...". En *Thémis* No. 22.

6. *Ramón Serrano Suñer*

"La Justicia y la Abogacía". En *Thémis* No. 24.

7. *José Castán Vázquez*

"El Derecho Matrimonial a Través de la Literatura". En *Thémis* No. 25.

8. *Aníbal Sierralta*

"Los Contratos de 'Commodities'". En *Thémis* No. 25.

9. *Duncan Kennedy*

"Historia de los Critical Legal Studies en los Estados Unidos". En *Thémis* No. 25.

17. JURISPRUDENCIA

1. *Jorge Luis Zubiato*

"El Valor de la Cosa Juzgada". En *Thémis* No. 21.

2. *Jorge Toyama Miyagusuku*

"El Principio de Indexación en el Proceso Laboral". En *Thémis* No. 22.

3. *Fernando García*

"La Capitulación de Intereses en las Deudas Laborales". En *Thémis* No. 23.

4. *Grupo de investigación Thémis*

"Procedencia de la Acción de Amparo Contra las Resoluciones Emanadas de un Procedimiento de Reducción de Personal". En *Thémis* No. 24.

5. *Luis Alberto Liñán*

"Algunos Aspectos sobre el Juicio Ejecutivo". En *Thémis* No. 25.

18. RESEÑAS DE TESIS

Thémis No. 21.

1. Las Nuevas Modalidades de Distribución Comercial: Instrumentación Jurídica, Jurisprudencia y Aplicación en la Práctica.

Gladys Triveño Chan Jan

2. Consideraciones sobre la Formación de Contratos a partir de Propuestas al Público en el Código Civil.

José Alvaro Quiroga León

3. El Aforismo Jura Novit Curia y el Artículo VII del Título Preliminar del Código Civil.

Renzo Jorge Luis Viani Velarde

4. Negocios Financieros, Doctrina e Implicancias en la Legislación Nacional.

Guillermo Alfredo Bouroncle Calixto

Thémis No. 22

1. El Cierre Patronal

Elizabeth Salmón

2. Las Presunciones Legales de Propiedad y Buena Fe en Materia Posesoría en el Código Civil Peruano de 1984.

Guillermo Morales Valentín

3. La Relación entre el Estado y los Derechos Patrimoniales de las Personas a través de la Figura de la Privación.

Carlos Gandolfo López de Romaña

Alberto Rebaza Torres

4. La Reforma de la Constitución y las Modificaciones No Formales de la Constitución

Carmen Rosa Caverro Ponce

Thémis No. 23

1. Estudio Comparado de la Adopción del Derecho Internacional Consuetudinario por el Ordenamiento Interno Peruano

María Muñoz Tola

12. La Carga de la Prueba en el Proceso Civil

Julio César Pérez Vargas

13. El Principio Indubio Pro-Operario en el Derecho Peruano: Una Propuesta Metodológica de Aplicación

Ricardo Herrera Vásquez

Thémis No. 24

1. Variaciones del Derecho Sucesorio en el Código Civil de 1984

Verónica Zambrano Copello

2. Regulación y Límites al Derecho de Huelga

Juan Carlos Cortés Carcelen

3. La Descentralización Económica en el Proceso de Regionalización: El Caso de la Transferencia de Activos de EnturPerú a la Región Inca

Miguel Bueno Olazabal

Thémis No. 25

1. Régimen de Navegación del Río Amazonas

Diana Moro

2. Importancia de los Buenos Oficios y la Mediación a la Luz de la Práctica Internacional

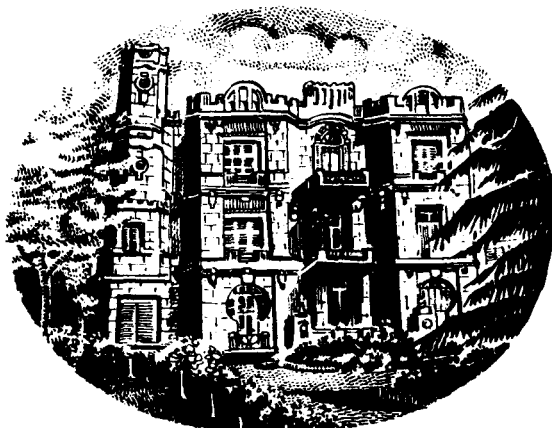
Raúl Enrique Fernando Pardo Segovia



BANCO DE LIMA

GRUPO CREDIT LYONNAIS

GRAN VINO



SELECCION BLANCO

ELABORADO CON UVAS PROCEDENTES DE
MENDOZA ARGENTINA

LICORES SAN FRANCISCO S.A.

TELEFONOS: 73-2048 - 73-1462

Nota Aclaratoria: Por un lamentable error de edición la **Srta. Corina Gonzáles Barrón**, miembro de la Revista y colaboradora en la Secretaría de Proyección Universitaria, no fue incluida en la contracarátula de la Revista, por lo cual le pedimos las disculpas del caso.

THEMIS - REVISTA DE DERECHO AGRADECE A LAS SIGUIENTES PERSONAS E INSTITUCIONES POR HACER POSIBLE LA EDICIÓN DEL PRESENTE NÚMERO:

- DR. ENRIQUE LASTRES BERNINZON
- SR. RAFAEL VALERA GÓMEZ
- BENITES, MERCADO & UGAZ, ABOGADOS
- CANTUARIAS, GARRIDO LECCA & MULANOVICH, ABOGADOS.
- DUANY, INDACOCHEA & KRESALJA, ABOGADOS.
- ESTUDIO BARRIOS, FUENTES, URQUIAGA Y DAÑINO, ABOGADOS.
- ESTUDIO BIGIO, RAMÍREZ, VIDAL LAYSECA, ABOGADOS.
- ESTUDIO CABALLERO BUSTAMANTE.
- ESTUDIO JUAN JOSÉ CAUVI & ASOCIADOS, ABOGADOS.
- ESTUDIO JAVIER DE BELAÚNDE, ABOGADOS.
- ESTUDIO LUIS ECHECOPAR GARCÍA, ABOGADOS.
- ESTUDIO FERRERO & DEUSTUA, ABOGADOS.
- ESTUDIO MUÑIZ-FORSYTH.
- ESTUDIO RODRIGO, ELÍAS & MEDRANO, ABOGADOS.
- ESTUDIO RUBIO, LEGUÍA, NORMAND & ASOCIADOS.

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.

THÉMIS agradece todo envío, no comprometiéndose a su publicación.

THÉMIS agradece a todas aquellas personas que de una u otra forma han hecho posible la publicación de este número, en especial a:

Jorge Aguero, José Amado, Ana María Asmat, Jaime Araoz, Claudia Bazalar Roose
César Benítez Mendoza, María Esther Caballero, Patricia Codina, Lourdes Chang
Ernesto de Osma, Julio Antonio del Pozo, Enrique Felices Garcés, Manuela Fernández
Guillermo Gonzales Arica, Wally Joly, Justo Kahatt, Armando Lazarte, Salomón Lerner,
Gilberto Luy, Magaly Martínez, Carlos Martínez del Río, Rocío Medina,
Edgardo Mercado Neumann, Rafael Picasso, Antonio Miranda, Carlos Patrón,
Teresa Ramírez Pequeño, Alexandra Reaño, Gloria Robles, Teodoro Sanz,
León Schneider, Carlos Sotomayor, Filiberto Tarazona, Rafael Valera,
Luis Vargas Valdivia, Roger Yon Ruesta, María Yshimura, Miguel Zamora.

