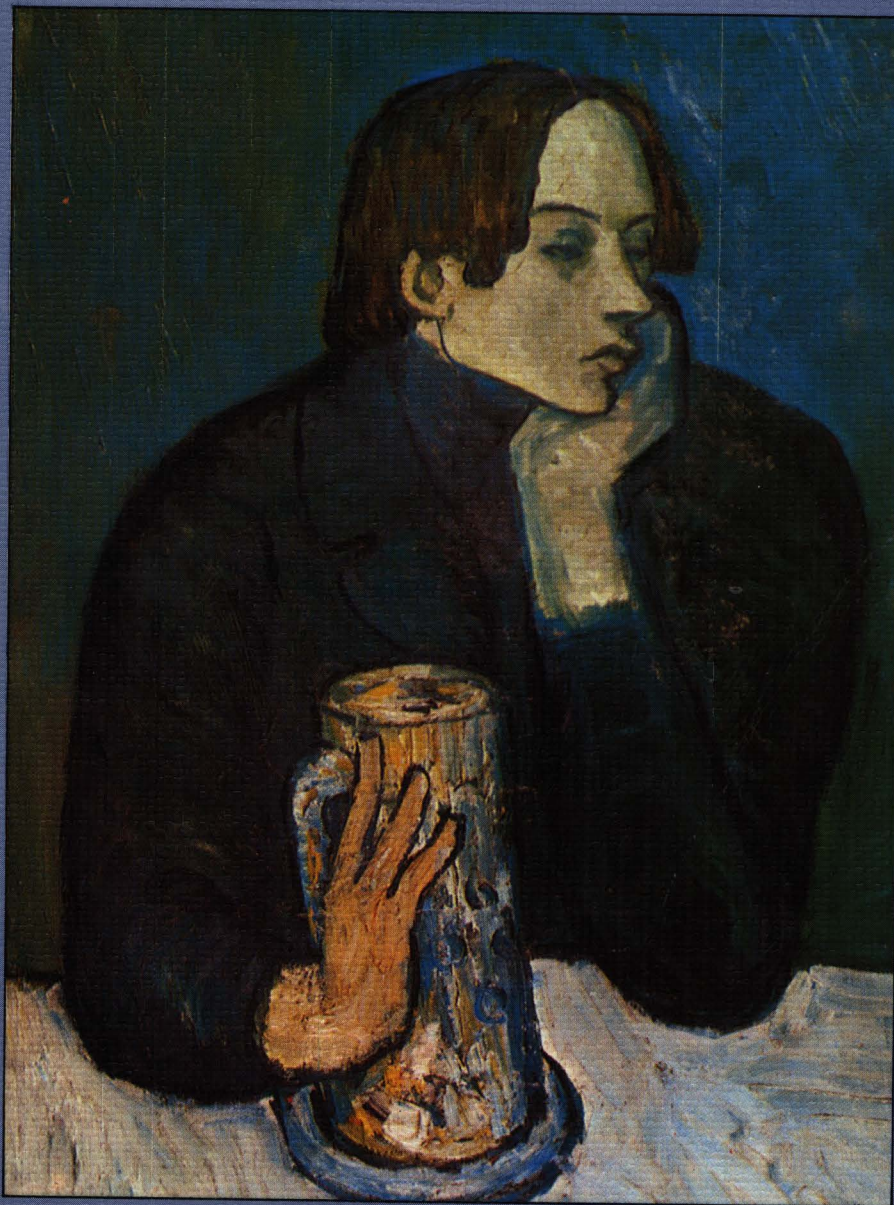


# THĒMIS

Revista de Derecho



Baldo Kresalja • Jorge Peyrano • José D. Amado • Gastón Fernández Cruz  
Stanislaw Soltysinski • Luis Vinatea R. • Atilio Anibal Alterini • Owen M. Fiss  
Entrevista a Alvaro de Soto • José C. Ugaz • Jorge Yamamoto • Felipe Zegarra  
Juan Monroy Gálvez • Valentín Paniagua Corazao • Alberto J. Bueres  
Luis Alberto Liñan • Julio César Pérez Vargas • Javier R. Dolorier



**Pablo Picasso,**  
*Jaime Sabartés*  
1901  
c/o Beeldrecht Amsterdam

Archivo

# THĒMIS

---

Revista de Derecho

Agradecemos a:

**BENITES, MERCADO & UGAZ**  
ABOGADOS



# PRESENTACION

*La palabra tradición ha soportado diversos contenidos, en particular en el campo del Derecho. Desde quienes, valiéndose de ella, han pretendido justificar sus propias concepciones por el fácil expediente de adscribirse a una corriente «clásica», hasta los que, cegados por el ansia del cambio, no han vacilado en desechar sin fundamento las más sólidas posturas para construir concepciones «nuevas»; la tradición ha sido comprendida desde diferentes perspectivas como dogma, guía y hasta como un lastre enorme que debe dejarse de lado para progresar.*

*Para quienes, como nosotros, prefieren alejarse de posiciones extremas e irreflexivas, pasar a formar parte de una tradición es, a la vez de un orgullo, un gran reto. THĒMIS - Revista de Derecho ha pasado, de forma casi imperceptible, a formar parte de la tradición de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Generaciones de estudiantes han transitado por la Universidad en el transcurso de esta década, y todos ellos -en mayor o menor medida- pueden reconocerse en las páginas de cada edición publicada a lo largo de estos años.*

*La publicación ha permanecido inalterada por gran tiempo, respetando un mismo formato que, con seguridad, define gran parte de lo que constituye la identidad de THĒMIS. Con todo, empero, la esencia de lo que somos y las ideas que nos orientan no pueden reducirse a una presentación exterior; por el contrario, nacen de nuestra inquietud por difundir el Derecho, y las ciencias conexas a él, de una manera diferente, propia y original.*

*Una institución tradicional como THĒMIS no puede permanecer estática e inmutable. Hacerlo y dejar que únicamente el paso de los años construya la tradición, implicaría negar su propia existencia. Hoy, a diferencia de ediciones anteriores, una carátula a vivos colores abriga nuestras páginas. Esta es, sin embargo, sólo la cara exterior de una serie de cambios formales que hemos introducido en nuestra publicación.*

*THĒMIS ya es parte de la tradición. Sólo cuando diez años más hayan transcurrido y el presente número sea visto no ya como uno de los últimos sino como uno de los primeros, confirmaremos si, en buena cuenta, fueron válidas las ideas que hoy ponemos a su consideración con la presente edición.*

Marzo de 1994.  
EL COMITE DIRECTIVO

# THĒMIS

Revista de Derecho

**Publicación Trimestral Editada por Alumnos de la Facultad de  
Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú**

## COMITE DIRECTIVO

Augusto Cauti B.  
Paul Duclos P.  
Enrique Felices S.  
Beatriz Llanos C.  
Carlos Patrón S.  
Sara Sotelo A.

## MIEMBROS

Manuel Barrios A.  
Héctor Calero R.                      Corina Gonzales B.  
Christian Carbajal V.                José Juan Haro  
Javier De la Vega G. S.                Cecilia O'Neill de la F.  
Margarita Díaz P.                      Cristina Rey M.  
Enrique Ferrand R.                      Mariella Trujillo W.

## COMITE CONSULTIVO

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

**THĒMIS** - Revista de Derecho no comparte necesariamente las opiniones vertidas por los autores y entrevistados en el presente número.

© Asociación Civil THĒMIS - Revista de Derecho  
Casilla Postal 110711 - Lima 11  
Correo Electrónico: THĒMIS @ PUC.PE

Auspiciada por el Ministerio de Justicia: Resolución Ministerial No. 072-88-JUS del  
15 de febrero de 1988

# INDICE

- 7      Modificaciones al régimen común sobre propiedad industrial  
**Baldo Kresalja Roselló**
- 19     El abuso del derecho en el ámbito del proceso civil.  
**Jorge W. Peyrano**
- 29     El sistema interamericano de cooperación judicial en materia de  
reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.  
**José Daniel Amado V.**
- 41     La obligación: Apuntes para una dogmática jurídica del concepto.  
**Gastón Fernández Cruz**
- 57     Protección de los programas de computación: Aspectos comparativos e  
internacionales.  
**Stanislaw Soltysinski**
- 79     La impugnación del despido en la Ley de Fomento del Empleo.  
**Luis Vinatea Recoba**
- 85     Responsabilidad objetiva derivada de la generación de confianza.  
**Atilio Aníbal Alterini**
- 95     Capitalismo y Democracia.  
**Owen M. Fiss**
- 103    Entrevista a Alvaro de Soto.
- 109    Mesa redonda: La pena de muerte.  
**José C. Ugaz, Jorge Yamamoto y Felipe Zegarra**
- 119    Las Excepciones en el Código Procesal Civil Peruano.  
**Juan Monroy Gálvez**
- 131    El derecho de retención por mejoras: Una aproximación a la lógica  
del Código Procesal Civil.  
**Grupo de Investigación THĒMIS**
- 143    La Constitución semántica: El proyecto del CCD  
**Valentín Paniagua Corazao**
- 151    Responsabilidad contractual objetiva  
**Alberto J. Bueres**

- 173 Los abogados frente al recurso de apelación.  
**Julio César Pérez Vargas**
- 179 De la justicia.  
**Ignacio Izquierdo Alcolea**
- 183 Sistema penal y mínima intervención: De una función simbólica a una función real.  
**Dino Carlos Caro Coria**
- 195 El proceso ejecutivo en el Código Procesal Civil de 1992.  
**Luis Alberto Liñán A.**
- 205 Orden público económico, orden público laboral y los límites a la autonomía colectiva.  
**Javier Ricardo Dolorier Torres**
- 217 Jurisprudencia Comentada: La intervención previa del Indecopi en el proceso penal: Un modelo para desarmar.  
**Dino Carlos Caro Coria**
- 227 Página Universitaria.
- 231 Reseñas de Tesis.
- 235 Reseñas de Libros.



# MODIFICACIONES AL REGIMEN COMUN SOBRE PROPIEDAD INDUSTRIAL

**Baldo Kresalja Roselló**  
**Profesor de Derecho de la Propiedad**  
**Industrial y Derecho de la Competencia**  
**Pontificia Universidad Católica**

1. En el N<sup>o</sup>.142 de la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, de fecha 29 de octubre de 1993, se han publicado dos instrumentos legales de singular importancia: las Decisiones 344 «Régimen Común sobre Propiedad Industrial» y 345 «Régimen Común de Protección a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales». La primera de ellas entrará en vigencia el 10 de enero de 1994 y la segunda deberá ser reglamentada por cada país miembro del Pacto Andino en un plazo de 90 días contados a partir de su publicación. Ambas Decisiones fueron aprobadas por la Comisión del Acuerdo de Cartagena a los 21 días del mes de octubre de 1993 en la ciudad de Santa Fé de Bogotá, Colombia.

2. La Decisión 344 sustituye a la Decisión 313 que entró en vigencia el 14 de febrero de 1992, la que reemplazó a la Decisión 311 -sólo en vigencia por 2 meses-, y ésta, a su vez, a la Decisión 85 de 1979, que fue la primera de las normas andinas en materia de propiedad industrial. Como se aprecia, ésta es una materia que ha sido objeto de constante preocupación legislativa; quizás por ser bastante sensible a la influencia de los cambios políticos operados a nivel mundial y al auge de las ideas neo-liberales, así como también por la presión de los Estados Unidos de Norteamérica y de algunos grupos de poder.

Sólo en contados casos las modificaciones recién introducidas significan un cambio legislativo que puede calificarse de importante y positivo. Hay que reconocer que cambios tan frecuentes atentan contra la necesaria estabilidad en las normas jurídicas. Resulta entonces válido preguntarse si tales cambios obedecen únicamente a las influencias ya mencionadas, o quizás también a la

*En el presente artículo el autor analiza las modificaciones a la Decisión 313 del Acuerdo de Cartagena y a la Ley General de Propiedad Industrial producidas como consecuencia de la aprobación de la Decisión 344. El autor realiza un análisis crítico respecto de las modificaciones introducidas y las consecuencias que dichas modificaciones conllevan, examinando, en particular, el tratamiento otorgado a las patentes de invención y a las marcas, lemas y nombres comerciales, así como a los modelos de utilidad y diseños industriales, entre otros; y evaluando la conveniencia o no de los cambios producidos y las razones que los motivaron.*

ausencia de convicción en la Junta del Acuerdo de Cartagena y de las autoridades nacionales sobre el sentido que determinadas opciones de carácter técnico deben tener en la industria y el comercio para coadyuvar al desarrollo de una región conformada mayoritariamente por países pobres y atrasados.

3. Pero no solamente a nivel andino se han producido modificaciones durante los últimos años. La puesta en vigencia en el Perú del Decreto Ley 26017 -Ley General de Propiedad Industrial- el 26 de noviembre de 1992, significó una mejora sustancial sobre las normas anteriormente vigentes. A ello se suma la creación del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) por el Decreto Ley 25868, organismo nacional reemplazante del fenecido Itintec y encargado de aplicar las normas a nivel administrativo, entre otras, sobre propiedad industrial. Ahora bien, como el Decreto Ley 26017 es en parte complementario y en parte reglamentario de la Decisión 313, de mayor jerarquía, la derogatoria de esta última por la entrada en vigencia de la 344 tiene también indudable influencia sobre la normativa interna.

4. En el N<sup>o</sup>.23/1992 de **THĒMIS**-Revista de Derecho, publicamos un artículo titulado «La Decisión 313», en el que trazamos una panorámica de las principales normas de esa Decisión, así como también de algunos aspectos vinculados a su génesis. Por tal motivo, en el presente artículo haremos mención únicamente a las principales modificaciones o agregados que frente a la Decisión 313 ha introducido la Decisión 344, haciendo referencia, cuando sea pertinente, a las normas contenidas en el Decreto Ley 26017. Cuando se cite el número de un artículo sin otra mención se entenderá referido a la Decisión 344, así como también cuando se diga simplemente «la Decisión». Al Decreto Ley 26017 se le denominará LGPI.

## 5. PATENTES DE INVENCION :

### 5.1 Area de patentabilidad y exclusiones :

Se ha ampliado el área o campo de patentabilidad al consignarse expresamente que se otorgarán patentes para las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, manteniéndose los requisitos positivos de novedad, nivel inventivo y aplicación industrial (artículo 1<sup>o</sup>).

Esa ampliación se concreta a través de dos vías: la primera, al haberse eliminado la anterior prohibición de no permitir el patentamiento de aquellas

invenciones relativas a los materiales nucleares y fisiónables, que se encontraba en el inciso e) del artículo 7<sup>o</sup> de la Decisión 313; y la segunda, al permitir que sean protegidas mediante patentes las invenciones que se refieren a materia viva, la que deberá ser depositada en una institución ad-hoc (artículo 13<sup>o</sup> inciso c)).

Si bien en la Decisión no existe una norma similar a la Séptima Disposición Transitoria de la Decisión 313, por la que se prohibía otorgar patentes -en aquellos campos en los que se había ampliado la patentabilidad en relación a la legislación anterior- a aquellas solicitudes cuya primera fecha de presentación en cualquier país sea anterior en más de un año a la fecha de su entrada en vigencia, y que sirvió en cierta medida de fundamento para un mandato similar del artículo 29<sup>o</sup> **in fine** de la LGPI, creemos que éste sigue vigente para aquellas áreas -antes nombradas- en que la Decisión ha ampliado la patentabilidad, en relación con la Decisión 313, pues no han variado las razones que dieron lugar a la existencia de esa exigencia.

De otro lado, la Decisión estipula que no serán patentables aquellas invenciones evidentemente contrarias a la salud, a la vida de las personas o de los animales, a la preservación de los vegetales o del medio ambiente, así como los procedimientos esencialmente biológicos para la obtención de especies y razas animales (artículo 7<sup>o</sup> incisos b) y c)).

### 5.2 Plazo :

La Decisión 313 otorgaba un plazo inicial de duración de la patente de 15 años, el mismo que podía ser extendido en 5 años más si se acreditaba la explotación de la invención bajo determinadas condiciones. Ahora, el plazo es simplemente de 20 años (artículo 30<sup>o</sup>). De esta manera se ha hecho explícito aquello que estaba antes disfrazado en la Decisión 313: la ausencia de preocupación por la explotación real de la patente. Siguiendo la lógica de la nueva Decisión, aparentemente bastaría cumplir con determinados requisitos formales para obtener un monopolio por 20 años. Pero como a continuación veremos, el Decreto Ley 26017 hará que esta propuesta no pueda concretarse tan fácilmente.

En efecto, en nuestra opinión continúa vigente la propuesta del artículo 44<sup>o</sup> de la LGPI, en el sentido que la Oficina Competente concederá una patente provisional por un plazo de 3 años, siempre que no se presenten observaciones por parte de terceros y se hubiesen cumplido los requisitos formales; título que otorga los mismos derechos que la

patente definitiva. Con esta disposición, la ley peruana no hizo otra cosa que reconocer al solicitante un plazo que le permita recapacitar sobre la conveniencia o no de continuar con el trámite - que puede ser oneroso- de la solicitud.

Pero el citado artículo 44<sup>o</sup> de la LGPI persigue también que la Oficina Competente no se convierta en un simple buzón de solicitudes, puesto que desde el momento que la Decisión 313, y ahora la 344, exigen novedad absoluta y altura inventiva para otorgar la patente, es necesario que las oficinas tengan un plazo prudencial para efectuar el examen de fondo y conocer de las anterioridades que pueden destruir la novedad. Este reconocimiento a las propias limitaciones es también una apuesta por la legitimidad del sistema, que felizmente el excesivo «pragmatismo» de la Decisión, en este asunto, no puede destruir en el Perú.

En síntesis, en el Perú se seguirán otorgando patentes provisionales por 3 años y sólo cuando el titular o terceros con legítimo interés lo pidan se hará el examen de fondo, el que de resultar favorable hará que el título se extienda hasta los 20 años y no hasta los 15 como era antes. Si no hay interés, no se realizará el examen de fondo, caducando la patente a los tres años.

Por último, cabe decir que ha quedado también vigente la facultad que el artículo 44<sup>o</sup> de la LGPI otorga al Estado Peruano para declarar por Decreto Supremo aquellas áreas en las que será obligatorio el examen de fondo de patentabilidad antes de concederse la patente definitiva.

### 5.3 Derechos del titular :

La Decisión señala, como lo hacía la Decisión 313, que el alcance de la protección conferida por la patente estará determinada por el tenor de las reivindicaciones, sirviendo para interpretarlas la descripción, dibujos, planos, etc. Pero la Decisión, en virtud de la ampliación a que hemos hecho referencia en el punto 5.1 anterior, se ha visto obligada -y ello parece del todo lógico- a señalar que en el caso de invenciones que se refieran a materia viva, servirá también para interpretar las reivindicaciones el depósito del material biológico correspondiente (artículo 34<sup>o</sup>).

### 5.4 Licencias obligatorias :

Esta área, de tan escasa aplicación, ha sido motivo de las mayores modificaciones, las que persiguen incrementar las exigencias para su otorgamiento. Así, por ejemplo, siguiendo lo dispuesto en el artículo 55<sup>o</sup> de la LGPI, en el artículo 42<sup>o</sup> *in fine* de

la Decisión se exige a quien solicite una licencia obligatoria que pruebe su capacidad técnica o económica para explotar o hacer uso de la patente; aunque cabe anotar que este requisito pierde sentido cuando por explotación se entiende también actividades exclusivamente de importación, tal como lo hace la Decisión. La mayor exigencia antes señalada se manifiesta también en el primer párrafo del artículo 43<sup>o</sup> de la Decisión, siendo clara la influencia del artículo 57<sup>o</sup> de la LGPI, cuando se ordena notificar al titular de la patente antes de concederse una licencia obligatoria, no habiendo quedado sin efecto el plazo de un año a que se refiere la ley peruana.

El artículo 46<sup>o</sup> de la Decisión ha tomado del artículo 53<sup>o</sup> de la LGPI la condición que la licencia obligatoria, en los casos de interés público, emergencia, o seguridad nacional, se autorizará sólo mientras subsistan las causas que dieron lugar a su otorgamiento; pero el artículo 46<sup>o</sup> ha agregado que en los casos de interés público el titular podrá concurrir con el concesionario en la explotación de la patente.

En lo que se refiere al otorgamiento de la licencia obligatoria para garantizar la libre competencia y evitar el abuso de posición dominante, es clara la influencia del artículo 54<sup>o</sup> de la LGPI en el artículo 47<sup>o</sup> de la Decisión, que faculta a la autoridad para que de oficio o a petición de parte realice dicho otorgamiento cuando se presenten prácticas que no corresponden al ejercicio regular de un derecho de propiedad industrial.

El artículo 48<sup>o</sup> de la Decisión contempla el caso de la licencia obligatoria cuando es solicitada por el titular de una patente cuya explotación requiera necesariamente el empleo de otra, habiendo ampliado el contenido del derogado artículo 44<sup>o</sup> de la Decisión 313, al exigirse ahora -entre otros aspectos- que la segunda patente debe suponer un avance técnico importante sobre la primera.

Por último, el artículo 49<sup>o</sup> de la Decisión reitera que la licencia obligatoria no será exclusiva, que será concedida para abastecer principalmente el mercado interno del país miembro que la conceda y que es revocable cuando las circunstancias que le dieron origen hayan desaparecido.

### 5.5 Nulidad :

Acusando la influencia de lo dispuesto en el artículo 60<sup>o</sup> de la LGPI, el artículo 52<sup>o</sup> de la Decisión ha ampliado y precisado las causas por las cuales puede decretarse la nulidad de una patente, habiendo incluido, por ejemplo, el otorgamiento con

base a datos falsos e inexactos, así como también lo referente a que la acción podrá iniciarse en cualquier momento, obviamente durante el plazo de vigencia de la patente. La nulidad podrá decretarse para algunas de las reivindicaciones o para alguna de sus partes.

Ahora bien, la regla general es que cuando una patente se declare nula se le reputará sin ningún valor desde la fecha de presentación de la solicitud, tal como lo señala el artículo 52<sup>o</sup> de la Decisión. Sin embargo, por expreso mandato del artículo 11<sup>o</sup> de la LGPI no es de aplicación el artículo 2014<sup>o</sup> del Código Civil, en virtud del cual el tercero que a título oneroso adquiere un bien de buena fe mantiene su derecho aun cuando después se anule el del otorgante. Además, por el mismo artículo 11<sup>o</sup>, el efecto retroactivo de la nulidad no afecta a las resoluciones sobre violación del derecho que hubiesen quedado consentidas y ejecutoriadas y sido ejecutadas antes de la declaración de nulidad, así como tampoco a los casos de contratos de licencia u otros similares existentes antes de la declaración de nulidad en todo en cuanto hayan sido ejecutados con anterioridad a la misma.

### **5.6 Acción de resarcimiento :**

Los artículos 182<sup>o</sup>, 183<sup>o</sup>, 184<sup>o</sup> y 185<sup>o</sup> de la LGPI regulan, ampliando lo consignado en los artículos 1969<sup>o</sup> y siguientes del Código Civil, lo referente a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por violación de los derechos de propiedad industrial. La acción civil procede una vez que haya quedado agotada la vía administrativa, estando obligados a indemnizar por los daños y perjuicios causados todas las personas que hubieran realizado un acto de violación de un derecho de propiedad industrial; indemnización que compensará tanto las pérdidas sufridas como el lucro cesante, indicándose algunas pautas para determinar la cuantía de las ganancias no obtenidas. El plazo de prescripción es de dos años contados a partir de la expedición de la resolución condenatoria. No puede dejarse de reconocer que estas normas de la LGPI eran muy necesarias y que están destinadas a tener una aplicación cada vez más extendida.

Quizás por influencia de la normativa peruana, ahora la Decisión en el párrafo segundo de su artículo 51<sup>o</sup> reconoce que el titular de la patente, sin perjuicio de cualquier otra acción que pueda corresponderle, podrá demandar daños y perjuicios contra el que hubiere explotado el

proceso o producto patentado sin su consentimiento. Pero, lo hubiere o no consignado la Decisión, en el Perú el titular de un derecho de propiedad industrial violado tiene expedito el camino para plantear esa acción.

## **6. MODELOS DE UTILIDAD :**

La Decisión 344 no ha introducido modificaciones en esta materia, limitándose a reproducir las normas de la Decisión 313. En tal virtud, consideramos que mantiene plena vigencia la regulación contenida en los artículos 63<sup>o</sup> a 74<sup>o</sup> de la LGPI sobre el trámite abreviado para el otorgamiento de patentes, la concesión de estas a procedimientos novedosos y la obligación del titular de acreditar la explotación al quinto año a efecto de obtener la prórroga por 5 años adicionales. Asimismo, entendemos que no ha quedado derogado el artículo 62<sup>o</sup> de la referida ley en virtud del cual, para la concesión de patente de modelo de utilidad, se exige solamente novedad relativa en el ámbito de la subregión andina.

## **7. DISEÑOS INDUSTRIALES :**

Con relación a la Decisión 313 se ha ampliado las causales de nulidad, incluyendo el supuesto de aquellos modelos que hubiesen sido obtenidos en base a datos falsos o inexactos considerados esenciales para su otorgamiento. Asimismo, se ha precisado que la acción de nulidad puede interponerse en cualquier momento, así como su efecto retroactivo (artículo 70<sup>o</sup>). Estas disposiciones, similares a las aplicables para patentes de invención, tienen como antecedente los artículos 60<sup>o</sup> y 78<sup>o</sup> de la LGPI.

Con base a lo dicho antes, puede afirmarse que las normas sobre diseños industriales contempladas en los artículos 75<sup>o</sup> a 80<sup>o</sup> de la LGPI, particularmente en lo que se refiere al examen de fondo diferido, han quedado vigentes.

## **8. SECRETOS INDUSTRIALES :**

8.1 A nivel subregional es novedosa la protección a los secretos industriales que la Decisión otorga en sus artículos 62<sup>o</sup> y siguientes. En el Perú la protección se inicia con el Decreto Supremo 001-71-IC/DS de 1971 que los denominó «procedimientos tecnológicos». Posteriormente la LGPI, bajo la denominación de «secretos de producción», los ha regulado en forma más completa y precisa en sus artículos 81<sup>o</sup> y siguientes, pero excluyendo al llamado «know-how» y a los «secretos comerciales». En efecto, por el artículo 81<sup>o</sup> sólo están protegidos los secretos relativos a los procedimientos de fabricación y producción y la aplicación de técnicas industriales que una persona guarde con carácter confidencial y que le permita obtener una ventaja competitiva frente a terceros.



Sin embargo, la Decisión -en nuestra opinión incorrectamente- considera como secretos industriales no sólo a aquellos conocimientos referentes a la naturaleza o características de los productos o a los métodos o procesos de producción, sino también a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios (artículo 72<sup>o</sup>), con lo que pierde sustento su tratamiento bajo una ley referente a la propiedad industrial y, más aún, el que se le denomine como «secretos industriales».

8.2 El artículo 72<sup>o</sup> de la Decisión protege al titular contra la revelación, adquisición o uso que terceros hagan del secreto sin su consentimiento, siempre que, por cierto, no sea conocido ni fácilmente accesible a las personas que normalmente manejan ese tipo de información, que tenga un valor comercial efectivo y, además, cuando dicho titular haya adoptado medidas razonables para mantenerlo como secreto. Esa información deberá constar en documentos, medios electrónicos o magnéticos, microfilms u otros elementos similares (artículo 74<sup>o</sup>). A este respecto, la LGPI prefirió no hacer referencia concreta a cuál es la materia que podía contener o soportar un secreto de producción; sin embargo, el Texto Único de Procedimientos Administrativos del Indecopi, aprobado por el Decreto Supremo 009-93-ITINCI ha consignado -en una muy discutible opción- la necesidad de efectuar el depósito de un secreto de producción para recibir la protección que la ley otorga. Es evidente que el artículo 74<sup>o</sup> de la Decisión refuerza la opción escogida por la ley peruana. Habrá en el futuro que ver si los titulares de un secreto se animan a efectuar el depósito que la ley exige.

8.3 No constituye secreto industrial aquella información que sea de dominio público, es decir, que resulte evidente para un técnico en la materia o la que deba ser divulgada por disposición legal u orden judicial. De otro lado, no pierde su carácter secreto aquella información que deba ser proporcionada a la autoridad para obtener licencias, permisos, etc. (artículo 73<sup>o</sup>). Este artículo es prácticamente igual al 82<sup>o</sup> de la LGPI.

8.4 El artículo 84<sup>o</sup> de la LGPI permite que toda persona que haya elaborado o adquirido legítimamente secretos industriales pueda no sólo emplearlos sino también divulgarlos libremente, aún en el caso que el transferente los haya mantenido en reserva, no pudiendo ninguna de las partes hacer valer sus derechos contra la otra, a menos que hubiese pacto en contrario. En este punto se complementan la Decisión y la ley interna, pues la primera en su artículo 76<sup>o</sup> reconoce que si bien el titular podrá transmitir el secreto o autorizar el uso

a un tercero, este último, que no es un adquirente sino un concesionario, no podrá divulgar el secreto por ningún medio, salvo autorización expresa del titular.

El segundo párrafo del artículo 76<sup>o</sup> de la Decisión es similar, a su vez, al segundo párrafo del artículo 84<sup>o</sup> de la LGPI. Ambos consignan que en los convenios en los que se transmitan conocimientos técnicos, asistencia técnica, provisión de ingeniería, etc., se podrá establecer cláusulas de confidencialidad para proteger los secretos, debiéndose precisar los aspectos que se consideran confidenciales.

8.5 También es similar el artículo 77<sup>o</sup> de la Decisión al 85<sup>o</sup> de la LGPI. En ellos se dispone que aquellas personas que por motivo de empleo, profesión, o relación de negocios, tengan acceso a un secreto del cual se les haya prevenido sobre su confidencialidad, estarán obligadas a no usarlo ni a revelarlo sin causa justificada.

En la ley peruana se considera como circunstancia agravante el hecho de que el infractor haya tenido facilidades para informarse por razón de su cargo o de relaciones comerciales con el titular del secreto (artículo 87<sup>o</sup> de la LGPI).

8.6 La Decisión en sus artículos 78<sup>o</sup>, 79<sup>o</sup> y 80<sup>o</sup> se refiere a una circunstancia excepcional que no ha sido tratada en la ley peruana. En efecto, se dispone que cuando se exija para aprobar la comercialización de productos farmoquímicos o agroquímicos la presentación de datos u otra información que no se haya publicado, y siempre que resulte o sea el fruto de un esfuerzo considerable, se la protegerá; salvo cuando se considere que la publicación es necesaria para salvaguardar al público, no pudiendo ninguna persona distinta a la que presentó los datos hacer uso de esa información por un período de 5 años contados a partir de la aprobación otorgada para el mercadeo, etc.

8.7 La Decisión no trata de las acciones que el titular del secreto puede interponer en su defensa, como sí lo hace la LGPI en su artículo 88<sup>o</sup>, y tampoco sobre las sanciones que le pueden ser aplicables al infractor, las que tienen en el Perú carácter civil, penal y laboral dependiendo de cada caso. Baste aquí recordar que la violación de secretos está penada en los artículos 161<sup>o</sup> y siguientes y 240<sup>o</sup> del Código Penal; que se considera falta grave en el ámbito laboral la divulgación de secretos en virtud de lo dispuesto en la Ley 24514 y el Decreto Legislativo 728; que se califica como competencia desleal la violación de secretos en razón de lo dispuesto en el artículo 15<sup>o</sup> y el artículo 16<sup>o</sup> b) del Decreto Ley 26122; y que, por último, puede el

titular del secreto demandar a los infractores en la vía civil solicitándoles el pago de daños y perjuicios.

## **9. MARCAS.**

### **9.1 Definición :**

Se ha mantenido de la Decisión 313 la definición de marca, al considerarla como todo signo perceptible, suficientemente distintivo y susceptible de representación gráfica (artículo 81<sup>o</sup>). Por su parte, la LGPI hace bien en enunciar, en su artículo 89<sup>o</sup>, aquellos signos que pueden convertirse en marcas, tales como las palabras reales o forjadas, las figuras, símbolos, letras, cifras, envases, etc.

### **9.2 Carácter constitutivo del registro :**

Al igual que con la Decisión 313, la opción escogida -que se encuadra en nuestra tradición legislativa de las últimas décadas- es aquella en virtud de la cual la única vía para obtener un derecho exclusivo al uso de una marca es mediante el registro ante la correspondiente oficina administrativa. El registro, pues, sigue siendo constitutivo del derecho sobre todo tipo de marcas (artículo 102<sup>o</sup>).

### **9.3 Signos que no pueden registrarse como marcas :**

Al listado, ahora repetido de la Decisión 313, se ha agregado como signos que no pueden registrarse como marcas aquellos que consisten en la denominación de una variedad vegetal protegida (inciso m) artículo 82<sup>o</sup>), como consecuencia lógica de la puesta en vigencia de la Decisión 345 sobre protección a los obtentores de nuevas variedades vegetales, a la que nos hemos referido al inicio de este artículo.

De otro lado, se ha mejorado la redacción del artículo 82<sup>o</sup> inciso c) en virtud del cual no pueden registrarse aquellos signos que puedan dar una ventaja funcional o técnica al producto o servicio correspondiente. Cabe acá decir que la nueva Decisión no ha modificado el artículo 90<sup>o</sup> de la LGPI que expresamente prohíbe el uso como marca de signos no registrables, así como la traducción a otros idiomas de signos no registrables, debiendo sólo concordarse con la nueva numeración de la Decisión, siendo ahora los artículos aplicables el 82<sup>o</sup> y el 83<sup>o</sup> en lugar del 72<sup>o</sup> y el 73<sup>o</sup> de la Decisión 313.

### **9.4 Marcas notorias :**

La Decisión parece haber tomado del artículo 92<sup>o</sup>

de la LGPI, que es más preciso y está mejor redactado, los criterios para determinar cuándo una marca debe ser considerada notoria, debiendo tomarse en cuenta, entre otros criterios, la extensión de su conocimiento por el público, la intensidad y el ámbito de su difusión, la antigüedad y el uso constante, el análisis de la producción y del mercado, etc. (artículo 84<sup>o</sup>).

### **9.5 Derechos del titular :**

El artículo 103<sup>o</sup> de la Decisión precisa que para que el titular pueda ejercer el derecho de prioridad al interior del Grupo Andino, es necesario que la nueva solicitud no pretenda incluir productos o servicios distintos o adicionales a los contemplados en la primera solicitud.

Por su parte, el artículo 107<sup>o</sup> de la Decisión introduce la modificación más importante en materia de marcas, asumiendo un criterio distinto a la solución que propuso el artículo 114<sup>o</sup> de la LGPI, que ha quedado derogado. En efecto, una de las causas por las que se ha visto parcialmente trabado el comercio subregional durante los últimos años reside en la existencia de marcas iguales pero de distintos titulares para distinguir productos iguales o similares. La solución propuesta por la Decisión ante la situación descrita prohíbe la comercialización, salvo que los titulares de las marcas suscriban acuerdos -que deben inscribirse- debiendo tomar las providencias necesarias para evitar la confusión del público. No se prohibirá la importación, sin embargo, cuando la marca no esté siendo utilizada en el territorio del país importador, lo que podrá dar lugar a múltiples problemas.

La solución contenida en la Decisión es consecuencia de la ausencia de un registro de marcas de carácter subregional, pero significa también dejar de lado la solución que contenía el artículo 114<sup>o</sup> de la LGPI, el mismo que permitía hacer valer las prioridades para el registro beneficiando a los diligentes y castigando a los empresarios morosos. Si, como creemos, en la práctica será prácticamente imposible la suscripción de acuerdos que permitan la coexistencia de signos iguales para distintos titulares, entonces habrá sido desafortunada la propuesta contenida en el artículo 107<sup>o</sup> de la Decisión.

Ha quedado ratificado que el titular de una marca tiene también el derecho a cederla o transferirla (artículo 115<sup>o</sup>), pudiendo además darla en garantía o ser objeto de otros derechos (artículo 119<sup>o</sup> de la LGPI).

De otro lado, queda plenamente vigente el artículo 112<sup>o</sup> de la LGPI por el que se autoriza al titular a

impedir que otros participantes en el mercado supriman la referencia a la marca o al envase, facultad ésta que consolida su derecho.

En lo que se refiere a la renuncia del derecho por parte del titular, el artículo 112<sup>o</sup> de la Decisión incorpora parte importante del artículo 124<sup>o</sup> de la LGPI al disponer que la renuncia puede ser parcial o total, afectando la correspondiente cancelación -en el primer caso- sólo a los productos o servicios a los que el titular haya renunciado, no admitiéndose renuncia si existen derechos a favor de terceros, embargos o licencias debidamente inscritas, salvo con el consentimiento de los interesados; renuncia que sólo surtirá efecto cuando se haya inscrito en el correspondiente libro de registro de marcas.

Cabe decir, por último, que ha sido eliminado en la nueva Decisión el artículo 95<sup>o</sup> de la Decisión 313, de carácter declarativo, según el cual el registro de la marca confería al titular el derecho a utilizarla en los productos o servicios, en la publicidad, etc. Esta eliminación, por cierto, no significa recorte alguno a los derechos del titular.

## 9.6 Procedimiento para el registro :

Inspirado en el artículo 94<sup>o</sup> de la LGPI, el artículo 87<sup>o</sup> de la Decisión ha sufrido una ampliación en relación a su similar de la Decisión 313, disponiendo -correctamente- que la solicitud de registro deberá comprender a uno, varios o todos los productos de una sola clase, debiéndose presentar solicitud aparte por cada clase.

Inspirado también en el inciso a) del artículo 97<sup>o</sup> de la LGPI se dispone que con la solicitud deberán acompañarse «los poderes que fueren necesarios» y ya no aquellos documentos que además de la representación de la persona jurídica peticionaria también debían -lo que era más difícil- acreditar su existencia (inciso a) artículo 88<sup>o</sup>).

En lo que se refiere a su artículo 89<sup>o</sup>, la Decisión ha tomado sólo en parte lo consignado en el artículo 101<sup>o</sup> de la LGPI. En efecto, el solicitante de un registro puede eliminar o restringir los productos o servicios especificados pero no podrá modificar la solicitud para ampliar la relación de productos ni para cambiar el signo.

La LGPI amplió los plazos y el número de recursos para plantear observaciones u oposiciones consignados en la Decisión 313, hasta duplicarlos. Los plazos y el número de recursos de esta última han sido confirmados por la nueva Decisión. Esta situación volverá a plantear a las autoridades admi-

nistrativas la disyuntiva de continuar aceptando los plazos de la LGPI, por considerar que beneficiaban a las partes y probablemente también por que les otorga un mayor tiempo de reflexión, o adoptar los más breves consignados en la Decisión.

El artículo 93<sup>o</sup> de la Decisión otorga a cualquier persona con legítimo interés la facultad de presentar observaciones a una solicitud de registro en cualquiera de los países andinos, sea porque es titular de una marca igual o similar registrada con anterioridad, o también por considerar que el uso de la marca solicitada puede inducir al público a error. Ahora bien, no está claro si en virtud de este artículo -el registro es, recordemos, constitutivo del derecho- el titular puede presentar observaciones en un país andino en el cual no tiene su marca registrada bastándole acreditar únicamente un registro de fecha anterior en cualquier país de la subregión.

De otro lado, la Decisión no contiene norma como la consignada en el artículo 108<sup>o</sup> de la LGPI, que continúa vigente, y en virtud de la cual las observaciones pueden tener base no sólo en los derechos afectados por la presentación de una solicitud, que es a lo que se refiere el artículo 83<sup>o</sup> de la Decisión, sino también por el incumplimiento de los requisitos del artículo 82<sup>o</sup> de la misma Decisión, que tienen carácter de orden público y que en otras legislaciones sólo pueden ser tomados en consideración por las autoridades y no por terceros. Desde otro punto de vista, quedan por estas normas ratificadas las mayores atribuciones de las autoridades para intervenir al interior de un proceso de registro.

El artículo 106<sup>o</sup> de la LGPI dispone que toda observación debe ser admitida a trámite y evaluada en el procedimiento de acuerdo a las pruebas que se aporten, salvo las presentadas extemporáneamente. Ahora, a través de su artículo 94<sup>o</sup>, la Decisión reconoce como una de las causales para el rechazo de oficio de observaciones, a la extemporaneidad, agrega otras como el no pago de las tasas, y, por último, ratifica la invocación de tratados no vigentes y aquellas que se fundamentan en una solicitud de fecha posterior a la petición de registro de marca a la cual se observa. Será preciso en el futuro, analizar si el artículo 94<sup>o</sup> de la Decisión ha dejado sin efecto el artículo 106<sup>o</sup> de la LGPI, de carácter menos restrictivo.

## 9.7 Renovaciones :

La Decisión a través de su artículo 99<sup>o</sup> ha ratificado lo dispuesto en la Decisión 313 -lo que era novedoso en nuestro medio- en el sentido que podrá

efectuarse la renovación durante el plazo de gracia de seis meses contados a partir de la fecha de vencimiento del registro, plazo en el cual la marca mantendrá su plena vigencia.

En otra de las modificaciones más importantes el mismo artículo ha dispuesto que la renovación no exigirá la prueba del uso de la marca y se otorgará de manera automática. Esta modificación había sido solicitada con insistencia por los agentes de propiedad industrial de la subregión, en orden a hacer menos oneroso y más expeditivo el correspondiente trámite. La opción adoptada es contraria a lo consignado en el artículo 109<sup>o</sup> de la LGPI que exigía el uso para acceder a la renovación, el mismo que ha quedado derogado. A pesar de ello, no creemos que haya quedado sin efecto lo dispuesto en la parte final del primer párrafo del artículo 110<sup>o</sup> de la LGPI por el que se manda publicar la resolución que concede la renovación, aunque no será necesario que el aviso tenga los mismos requisitos que los de la solicitud de registro consignados en el artículo 100<sup>o</sup> de la LGPI. Creemos, por último, que el aviso deberá correr por cuenta del solicitante.

## 9.8 Cesión y Licencia :

Si bien la Decisión no introduce ninguna modificación en esta materia, la LGPI complementó en su momento las regulaciones de la Decisión 313, que son de aplicación ahora. Así, según el artículo 115<sup>o</sup> de la LGPI, la cesión o licencia de una marca principal incluirá necesariamente las de sus marcas derivadas, las cuales por sí solas no podrán ser objeto de cesión o licencia. Cabe advertir que las marcas derivadas son una categoría creada en la LGPI.

Tanto en la Decisión como en la ley peruana, la cesión, transferencia, gravamen o licencia, debe celebrarse por contrato escrito y estar debidamente inscritos en el respectivo registro (artículo 115<sup>o</sup> de la Decisión y artículos 115<sup>o</sup> y ss. de la LGPI). La marca también puede ser objeto de embargo con independencia de la empresa o negocio que la usa (artículo 119<sup>o</sup> de la LGPI).

En el mismo artículo 115<sup>o</sup> se estatuye que la marca puede ser transferida con independencia del negocio o actividad principal que ella distingue, debiendo difundirse aquella antes de su inscripción, según lo prescrito en el artículo 4<sup>o</sup> de la Resolución N<sup>o</sup>000298-93-INDECOPI/OSD del 8 de junio de 1993. Esta posición de la ley peruana de aceptar la transferencia de la marca sin el negocio o parte del negocio correspondiente, se acerca a la tradición francesa más que a la alemana y nort-

americana, pues en estas últimas se considera que una transferencia sin límite atenta contra los intereses de los consumidores, por la eventual confusión sobre el origen de los productos.

En lo que se refiere a las licencias, la ley peruana señala que la marca podrá ser objeto de licencia para la totalidad o para una parte de los productos o servicios que distingue, pudiendo abarcar parcial o totalmente el territorio nacional, presumiéndose su carácter oneroso (artículo 116<sup>o</sup> de la LGPI). El TUPA del INDECOPI correspondiente al año 1993 ha consignado otros requisitos y presunciones para el caso del registro de estos contratos.

Por último, la ley peruana exige que en los contratos de licencia de marca el concedente o licenciante responda ante los consumidores por la calidad e idoneidad de los productos o servicios licenciados como si fuese el productor o prestador de éstos, no cabiendo pacto en contrario (artículo 117<sup>o</sup> de la LGPI). Esta obligación, legítima y conveniente, resulta del mayor interés y es acorde con la tendencia moderna de privilegiar el interés de los consumidores en el tráfico económico. Su cumplimiento, por cierto, puede ser demandado.

## 9.9 Cancelación del registro :

Cabe señalar, en primer término, que no han sido modificadas las causales por las que se produce la cancelación, esto es, por renuncia parcial o total del titular (artículo 112<sup>o</sup>) o por falta de uso a pedido de un tercero (artículo 108<sup>o</sup>). En segundo lugar, que se mantiene el derecho de cualquier persona, se entiende con interés legítimo, a pedir la cancelación cuando la marca no se hubiera utilizado en, al menos, uno de los países miembros.

La ley peruana, en su artículo 123<sup>o</sup>, otorga al Estado la facultad de cancelar el registro no sólo a pedido de parte sino también de oficio cuando la marca haya perdido su poder distintivo, es decir, cuando se haya producido el fenómeno de la dilución, lo que se considera, por tanto, contrario al interés general y al buen funcionamiento de una economía de mercado; una de cuyas características es que las ofertas puedan diferenciarse.

Ese mismo artículo 123<sup>o</sup> obliga a que se cite en audiencia al titular de la marca antes de procederse a la cancelación, lo que figuraba también en el artículo 98<sup>o</sup> de la Decisión 313 y que ha sido ahora injustificadamente eliminado en la nueva Decisión.

El plazo para solicitar la cancelación del registro ha sido modificado. En efecto, en la Decisión 313 se establecía que la acción podía interponerse



cuando el titular de la marca, sin motivo justificado, no la hubiese utilizado durante los 5 años consecutivos precedentes a la fecha en que se inicie la acción, habiendo sido ahora reducido a sólo 3 años (artículo 108<sup>o</sup>). Esta reducción podría obedecer a la circunstancia que al no exigirse acreditar el uso para renovar la marca, resultaría intolerable desde el punto de vista de los intereses generales que ella pueda, sin usarse, continuar registrada indefinidamente. De otro lado, la reducción del mencionado plazo puede crear, en algunos casos, indudable inseguridad jurídica.

La cancelación puede también solicitarse como defensa al interior de un proceso de infracción, de observación o de nulidad interpuestos en base al no uso de una marca, lo que representa una indudable limitación al derecho del titular de la marca.

Si bien se ha mantenido la relación de circunstancias en las cuales se entenderá cuándo una marca se encuentra en uso (artículo 110<sup>o</sup>), a diferencia de la Decisión 313, la 344 enuncia en su artículo 108<sup>o</sup>, con buen criterio, cuáles son los medios de prueba para acreditar dicho uso, señalando entre ellos a las facturas comerciales, los inventarios de las mercancías identificadas con la marca, etc., correspondiendo al titular la presentación de la prueba correspondiente. De otro lado, se reitera que serán considerados motivos justificados de la falta de uso los que se sustenten en el caso fortuito, la fuerza mayor y también, se ha agregado, las restricciones a las importaciones.

No encontramos justificación al último párrafo del artículo 108<sup>o</sup>, por el que se otorga al titular de una marca el derecho a pedir la cancelación de otra cuando ésta sea idéntica o similar a una notoriamente conocida, pues se trata de un caso de nulidad, ya que la cancelación procede cuando se presentan causas posteriores al registro, lo que no ocurre en este caso; en efecto, aquí nos encontraríamos ante un registro concedido en contravención a las normas de la Decisión, tal como se señala en el artículo 113<sup>o</sup>.

### **9.10 Nulidad :**

Han sido modificadas algunas disposiciones en esta materia, habiéndose tomado como precedente el artículo 120<sup>o</sup> de la LGPI.

La nulidad podrá ser solicitada, como era también antes, de oficio o a petición de la parte interesada, previa audiencia de las partes (artículo 113<sup>o</sup>). Entre las causales se encuentran: que el registro sea concedido en contravención a las disposiciones de

la Decisión (y también de la LGPI, artículo 120<sup>o</sup>); a base de datos falsos, con engaño o mala fe, como es el caso de quienes realizan actividades para comercializar marcas con habitualidad o de un representante, distribuidor o usuario del titular de la marca registrada en el extranjero, etc.

En la parte final de su artículo 113<sup>o</sup>, la Decisión dispone que las acciones de nulidad podrán solicitarse en cualquier momento, que es disposición similar a la señalada para las patentes y diseños, lo que es lógico en estos últimos casos, habida cuenta que vencido el plazo de protección, el conocimiento o la creación industrial protegida pasa a dominio público. Ello resulta ser por lo menos discutible en el caso de las marcas; las mismas que pueden renovarse indefinidamente, pues algunos consideran contrario a los intereses generales y a la necesaria estabilidad jurídica que esta acción pueda ser imprescriptible, como lo es en el campo civil la acción petitoria de herencia o la reivindicatoria, cuyas finalidades tienen mayor entidad y trascendencia social que la vinculada a la vida de una marca.

Más lógica resulta la disposición del artículo 121<sup>o</sup> de la LGPI, cuya vigencia probablemente se cuestionará, en virtud de la cual la acción para pedir la nulidad de una marca registrada prescribe a los 10 años contados a partir de la fecha de concesión del primer registro.

Adicionalmente, creemos que la «teórica» imprescriptibilidad de la acción de nulidad a que se refiere la Decisión 344 puede ser cuestionada al amparo del artículo 951<sup>o</sup> del Código Civil.

### **9.11 Caducidad :**

Si bien las disposiciones de la Decisión 344 no han modificado las de la Decisión 313, es pertinente hacer mención a los artículos 125<sup>o</sup> y 126<sup>o</sup> de la LGPI.

Como se sabe, la caducidad opera al no solicitarse la renovación dentro del término de ley, así como también por la falta de pago de las tasas anuales. La ley peruana ha establecido que, en el primer caso, la caducidad opera de pleno derecho y, para el segundo, que es posible rehabilitar la marca cancelando el monto adeudado dentro de los 6 meses siguientes a la fecha de vencimiento de la obligación, lo que deberá ser determinado por la legislación interna al igual que el monto de las tasas.

### **9.12 Marcas colectivas :**

Las disposiciones sobre marcas colectivas no han

sufrido ninguna modificación. Sin embargo, la LGPI introdujo algunos elementos que son necesarios destacar, tales como los requisitos mínimos de información que el reglamento de uso de la marca deberá contener (artículo 129<sup>o</sup>). La ley peruana expresamente prohíbe la transferencia o la licencia de este tipo de marcas a terceras personas (artículo 130<sup>o</sup>) a diferencia de lo señalado en el artículo 126<sup>o</sup> de la Decisión, que sí lo hace cuando se cuenta con la autorización de la asociación que utiliza la marca y con el consentimiento de la Oficina Nacional Competente; sin embargo, la redacción de ese artículo 126<sup>o</sup> es confusa y hasta contradictoria.

### 9.13 Marca de garantía:

Este tipo de marcas no es mencionado específicamente en la Decisión, pero pueden caer bajo el rótulo de las colectivas del artículo 123<sup>o</sup>. Si las trata expresamente la LGPI, que en su artículo 131<sup>o</sup> señala que es el signo o medio que certifica las características comunes de los productos o servicios elaborados o distribuidos por personas debidamente autorizadas o controladas por el titular de la marca, como son la calidad, los componentes y el origen.

Dispone también que la solicitud de registro deberá incluir un reglamento de uso en el que deberá figurar, entre otros, las medidas de control que el titular está obligado a implantar (artículo 132<sup>o</sup> de la LGPI), las modificaciones al reglamento que no se considerarán válidas (artículo 133<sup>o</sup> de la LGPI), las personas que pueden interponer acciones para su protección (artículo 136<sup>o</sup> de la LGPI), la prohibición de registrar como marcas de garantía las denominaciones de origen (artículo 131<sup>o</sup> de la LGPI), las circunstancias especiales en que puede cancelarse la marca colectiva y la de garantía (artículo 136<sup>o</sup> de la LGPI), entre otras disposiciones.

Las disposiciones sobre marcas de productos y servicios de la Decisión y de la LGPI son de aplicación a este tipo de marcas en lo que fuera pertinente.

### 10. LEMAS COMERCIALES.

Si bien no se ha producido modificación alguna en este punto, consideramos pertinente señalar que el artículo 158<sup>o</sup> de la LGPI dispone que, con adición a las normas sobre propiedad industrial, algunos lemas comerciales podrán ser protegidos también por la Ley N<sup>o</sup>13714 de Derechos de Autor. En efecto, el artículo 61<sup>o</sup> de esta ley ampara aquellas expresiones publicitarias que por su originalidad entrañen una efectiva creación intelectual, dis-

poniendo el artículo 31<sup>o</sup> su inscripción en el Registro Nacional de Derechos de Autor y determinando que el plazo de protección será por el tiempo que subsista el objeto o cosa a la que el lema se refiere.

La protección de la Ley 13714, a diferencia de lo señalado en la Decisión, no exige que el lema vaya acompañado o haga mención a marca alguna y, por tanto, tampoco impide su transferencia independiente; y no prohíbe, por cierto, su utilización en el ámbito comercial en relación a una empresa, un conjunto de productos o servicios diferenciados, etc.

### 11. NOMBRE COMERCIAL.

Fue la Decisión 313, en su artículo, 117<sup>o</sup> la primera en incorporar a nivel andino la protección del nombre comercial. Resulta injustificada su sustitución por el artículo 128<sup>o</sup> de la Decisión 344 ya que hacía bien la 313 en señalar que el nombre comercial es distinto -aunque las comprende- a las denominaciones o razones sociales, y que pueden coexistir, lo que ha sido ahora eliminado.

La Decisión en su artículo 128<sup>o</sup> ha reconocido, por primera vez a nivel subregional, que la protección del nombre comercial no está supeditada a su registro, lo que ya estaba consignado en el artículo 160<sup>o</sup> de la LGPI, así como en la legislación nacional anterior, pues el derecho sobre el nombre comercial se adquiere por su uso.

Por remisión de la propia Decisión, serán las normas contenidas en la LGPI las que regularán la protección del nombre comercial en el Perú (artículos 159<sup>o</sup> a 172<sup>o</sup>), siendo en este caso de aplicación subsidiaria la regulación sobre marcas por mandato legal. Si bien no es éste el lugar para tratar con amplitud este tema, a continuación haremos referencia a algunas disposiciones de nuestra legislación interna.

El nombre comercial es un signo que distingue la actividad empresarial de una persona natural o jurídica. Si el nombre se registra mediante un procedimiento similar al de las marcas, la protección tendrá necesariamente nivel nacional, pero si no se le registra, entonces la protección se circunscribirá al ámbito urbano o a la zona geográfica de la clientela efectiva, pudiéndose -claro está- extender a todo el país si existiera difusión masiva del mismo.

Según el artículo 167<sup>o</sup> de la LGPI el derecho al uso exclusivo del nombre comercial termina con el cierre definitivo del establecimiento o el cese de la actividad económica; y, según el artículo 168<sup>o</sup> no

podrá ser dado en licencia y sólo podrá ser cedido conjuntamente con la empresa o el establecimiento que venía usándolo. Mediante la discutible Resolución N°001-93-INDECOPI del 12 de abril de 1993 se ha interpretado que esos artículos sólo son aplicables a los nombres comerciales protegidos por el uso pero no a aquellos registrados, equiparando a estos últimos con las marcas.

De otro lado, la LGPI enumera cuáles son las pruebas que considera aceptables para acreditar el uso del nombre en el país; esto es, sólo el uso en el país hace posible la protección del nombre no registrado. En una interpretación aún más discutible que la anterior, por Resolución N°001230-93-INDECOPI del 1 de julio de 1993, se ha entendido que el uso también puede acreditarse en cualquiera de los países andinos así como también en aquellos países adheridos a la Convención General Interamericana de Marcas de Fábrica suscrita en la ciudad de Washington en 1929, la misma que entró en vigencia en nuestro país el 6 de diciembre de 1934. Dicha resolución del INDECOPI, en nuestra opinión, distorsiona ilegal e injustificadamente las disposiciones de la LGPI sobre esta materia.

Las soluciones contenidas en las Resoluciones del INDECOPI antes mencionadas, para resolver los problemas ocasionados principalmente por la celebración de contratos de franquicia -en los que se autoriza, por ejemplo, el uso de un nombre comercial extranjero- han debido estar contenidas en una norma de jerarquía similar a la LGPI, o, en todo caso, mediante un Decreto Supremo en el que se proponga soluciones que no desdibujen -como en efecto ha ocurrido- a la institución del nombre comercial.

## 12. DENOMINACIONES DE ORIGEN.

Las normas de la Decisión sobre denominaciones de origen son muy similares a las contenidas en nuestra LGPI y por primera vez son realidad a nivel subregional. Existen algunas pequeñas variaciones o cambios como aquellos referidos a la posibilidad de que las Oficinas Nacionales Competentes establezcan el pago de tasas anuales como un requisito para mantener la vigencia de las autorizaciones de uso concedidas a los particulares (artículo 141°); la no previsión de la posibilidad de oponerse a la solicitud de autorización de uso (artículo 138°), a diferencia de lo contenido en el artículo 150° de la LGPI; la declaración por las Oficinas Nacionales Competentes con el objeto de proteger las denominaciones de origen de los países de la subregión (artículo 142°), etc. Cabe aquí decir que las normas internas contenidas en la LGPI constituyen un

complemento valioso -y hasta indispensable- para la aplicación en el Perú de las normas comunitarias en esta materia.

## 13. DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS.

Es importante consignar la libertad que se otorga a los países miembros -a diferencia de lo que sucedía antiguamente- para celebrar acuerdos de carácter internacional que sirvan para «fortalecer» los derechos de propiedad industrial conferidos por la Decisión, comprometiéndose a informar a la Comisión del Acuerdo de Cartagena (artículo 143° de la Decisión). De esta forma se ha eliminado la posibilidad de que los países individualmente puedan «ampliar» los derechos sobre propiedad industrial, tal como estaba consignado en la Decisión 313 y que fue lo que hizo posible que el Perú pusiera en vigencia su LGPI, la misma que no sólo consolidó y complementó lo dispuesto en la Decisión 313, sino que amplió efectiva y realmente los derechos en el área de la propiedad industrial, y en ocasiones con tanto acierto que algunas de las innovaciones más importantes de la Decisión tienen su origen en la ley peruana, como lo hemos puesto de relieve en varias oportunidades en este artículo.

En nuestra opinión, la adopción de una política destinada a impedir que los países puedan individualmente decidir la «ampliación» de derechos en esta materia se justifica cuando está acompañada de una presencia efectiva y real de organismos supranacionales, lo que no ocurre hasta la fecha bajo el Acuerdo de Cartagena. Y resulta contradictorio que -como ocurre con la Decisión- sí se les permite a los países individualmente celebrar convenios internacionales en esta materia, pues entonces éstos serán las vías para introducir modificaciones al régimen común, las mismas que terminarán siendo más sólidas que las propias normas subregionales, ya que cuando la Junta u otros países de la subregión cuestionen esos convenios como contrarios -en alguna de sus partes- a las normas comunitarias, el país interesado rechazará esos cuestionamientos bajo el recurrido argumento de la soberanía nacional.

## 14. DISPOSICION FINAL.

Mediante ésta disposición se reconoce como Oficina Nacional Competente, para los efectos de la Decisión, al órgano administrativo encargado del registro de la propiedad industrial. En nuestro caso es el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), el mismo que creemos comparte con el Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Internacionales, la

calidad de Autoridad Nacional Competente.

## 15. CONCLUSION.

La longitud de este artículo y las múltiples referencias a modificaciones, sea por adición o por sustracción, introducidas por la Decisión 344, podrían llevar a pensar que su puesta en vigencia -y la derogatoria de la Decisión 313- constituye un paso importante y hasta decisivo para la formulación de una política tecnológica y comercial de los países miembros del Grupo Andino, o un significativo cambio de giro en la posición de la Junta del Acuerdo de Cartagena.

En verdad, no creemos que haya ocurrido ninguna de las dos cosas. El reemplazo de la Decisión 313 ha sido innecesario, por la inestabilidad jurídica creada y, además, porque los cambios introducidos, con excepción de dos o tres puntos específicos, son adjetivos. Hubiera sido mucho mejor que la Junta propusiera a los países miembros la modificación de aquellos artículos que consideraba inconvenientes para alcanzar determinados objetivos a nivel subregional. En lo que se refiere a

materias recientemente incorporadas, como la referente a denominaciones de origen, estas hubieran podido ser materia de una Decisión ad-hoc.

Contra lo que a primera vista pueda pensarse, la vigencia en el Perú del Decreto Ley 26017, LGPI, que tuvo como objeto complementar y reglamentar la Decisión 313, continúa siendo un factor de estabilidad y de equilibrio, pues son muy pocas las normas que han sido dejadas sin efecto por la Decisión 344. Desde esta perspectiva, pueden estar tranquilos los titulares nacionales y extranjeros pues sus derechos en el área de la propiedad industrial no se han visto debilitados. De otro lado, las autoridades del INDECOPI deben reforzar los esfuerzos iniciados para administrarlos correctamente.

Sólo con el tiempo se podrá juzgar si los cambios legislativos operados a nivel subregional y local durante los últimos años han de significar un apoyo efectivo al bienestar general, mediante el incremento de conocimientos, la protección de los consumidores y la adecuada y oportuna solución de los conflictos que habrán de presentarse.



**ROTAPEL S.A.**

Mcal. A. Gamarra Nº 320, Urb. El Pino, San Luis  
Telfax. 740394 / Telf. 743239

**Rollos para Fax, en papel térmico importado de la mejor calidad, mayor duración y excelente nitidez. Entrega a domicilio. Atendemos a nivel nacional.**



# EL ABUSO DEL DERECHO EN EL AMBITO DEL PROCESO CIVIL

Jorge W. Peyrano  
Juez de Cámara de Rosario, Argentina

*«En el campo de la ciencias sociales la motivación para el desarrollo de problemas científicos se da siempre por cuestiones prácticas, tal como lo demuestra la experiencia.»*

Max Weber

## I. INTRODUCCION.

Todavía hoy resuena y debe recordarse el decir de Josserand cuando -varias décadas ha- enseñaba cuál es el subsuelo de la doctrina del abuso del derecho, expresando lo siguiente: «...los derechos tienen una misión social que cumplir, contra la cual no pueden rebelarse; no se bastan a sí mismos, no llevan en sí mismos su finalidad, sino que ésta los desborda al mismo tiempo que los justifica; cada uno de ellos tiene su razón de ser, su espíritu del cual no podrían separarse. Si pueden ser utilizados, no es en atención a un objeto cualquiera, sino únicamente en función de su espíritu, del papel social que están llamados a desempeñar: no pueden ser legitimados sin más, sino a sabiendas, para un fin legítimo y por razón de un acto legítimo. Por ejemplo, no podrían ser puestos en ningún caso al servicio de la malicia, de la mala fe, de la voluntad de perjudicar al prójimo, no pueden servir para realizar la injusticia; no pueden ser apartados de su vía regular; de hacerlo así, sus titulares no los ejercerían verdaderamente, sino que abusarían de ellos, cometerían una irregularidad: un abuso de derechos del que serían responsables con relación a las víctimas posibles»<sup>1</sup>.

Cierto es que dicha doctrina ha hecho carrera bajo

*La puesta en vigencia del nuevo ordenamiento procesal civil peruano trae consigo una variedad de nuevos temas para estudio. El Dr. Jorge Peyrano intenta en el presente artículo dar nuevas luces a uno de estos temas - por cierto, poco desarrollado por la doctrina procesal, pero de trascendental importancia - como lo es el abuso del derecho en el ámbito del proceso civil, desde una perspectiva particular producto de sus años de servicio en el Poder Judicial. En tal sentido, el autor traslada la doctrina del abuso del derecho al proceso civil, dando pautas de singular importancia para su aplicación por los jueces.*

<sup>1</sup>. Josserand, L., «Derecho Civil», Bs.As.1950, Tomo I, Vol 1, pág.154.

diversas denominaciones (ejercicio abusivo de los derechos, abuso de los textos legales, acto emulativo, acto abusivo disimulado bajo la apariencia del ejercicio del derecho, etc.), pero también lo es que todavía media cierta renuencia a incorporarla como precepto general en el seno del proceso civil argentino. De ahí la conveniencia de traer a cuento el pensamiento de su principal mentor, quien no reconocía vallas (como surge de la descripción arriba transcrita) para la vigencia de la multifacética doctrina del abuso del derecho.

En verdad, la tarea que hoy deberá encarar quien pretenda sostener que el abuso del derecho es también una figura operativa en materia procesal civil es, comparativamente, más sencilla que el cometido que abordaron los civilistas (Lafaille, Salvat) cuando procuraban que fuera recibida en Derecho Civil. Como fuere, los caminos seguidos por éstos pueden servir de inspiración. En efecto: el antiguo tenor de los artículos 2514 y 2618 Código Civil y las normas de los artículos 1620, 1739 y 1978 Código Civil, posibilitaron, entre otros, que los defensores de la referida incorporación sostuvieran que si bien no de la letra pero sí del espíritu de la obra velezana, energía que comulgaba con el ideario del abuso del derecho como fuente de obligaciones y de responsabilidades.

Luego, afortunadamente, el nuevo artículo 1071 Código Civil<sup>2</sup> calificado como «regla capital de la reforma» de 1968- aventó toda duda sobre el imperio del aludido principio.

Llegados aquí, se impone puntualizar que el Código Civil argentino es, como se sabe, más que lo que aparenta. Es que se considera que buena parte de su articulado contiene una suerte de «Teoría general del Derecho» aplicable, en su caso, en subsidio en otros sectores del mundo jurídico, a los cuales, en principio, no estaba llamado a regir<sup>3</sup>. Bien apunta Vallejo que: «En la tarea de aplicar al

proceso el principio general del abuso del derecho, sería aconsejable incluir un artículo reproductivo del artículo 1071 -en el capítulo de las Reglas Generales del Código Procesal Civil-(Título II-Libro I-). No habiéndolo hecho la reforma de la ley 22.434, que se limita a una simple corrección material del artículo 45, estimo que el ejercicio abusivo del derecho tiene vigencia en el proceso como principio general legislado por el Código Civil»<sup>4</sup>.

Claro está que como siempre sucede cuando se debe trasplantar una noción nacida en otros ámbitos jurídicos, la teoría del abuso del derecho puede y debe ser objeto de algunos ajustes cuando se pretende otorgarle vigencia en el campo del proceso civil. Cabe acotar que el pensamiento procesal argentino contemporáneo ha aceptado y estudiado el abuso de las vías procesales<sup>5</sup>. Y no podía ser de otra manera en atención a que desde muy antiguo se ha discurrido localmente sobre la doctrina del abuso del derecho, y siempre concediéndole alcances operativos dilatados. En tal sentido, puede anotarse que ya en 1881, el genio de Segovia había interpretado el viejo artículo 1071 del Código Civil de modo muy afín a la doctrina del abuso del derecho<sup>6</sup>, definitivamente perfilada bastante tiempo después.

## II. FUNDAMENTOS DE LA RECEPCION DEL ABUSO DEL DERECHO EN MATERIA PROCESAL CIVIL.

Comenzaremos por exponer la fundamentación de nuestra creencia acerca de que hoy tiene cabida en materia procesal civil, la doctrina que dio por tierra antiguas formas de pensar como la contenida en la ley 14 del Título 34 de la Partida 7, que rezaba: «non faze tuerto a otro quien usa de su derecho».

Por de pronto, claro está, puede argumentarse con el texto del ya mencionado artículo del 1071 Código Civil, y con lo ya señalado acerca de la inter-

<sup>2</sup>. Artículo 1071 del Código Civil Argentino «El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

<sup>3</sup>. López de Zavallía, Fernando, «Teoría General de los Contratos», Passim.

<sup>4</sup>. Vallejo, Eduardo, «El abuso del derecho en el ámbito del derecho procesal civil», en el «Libro de Ponencias presentada al XI Congreso Nacional de Derecho Procesal», pág. 254.

<sup>5</sup>. Morello, Condorelli, Maurino, Gozaini y muchos otros se encolumnan en las filas de los que defienden la figura del «abuso procesal».

<sup>6</sup>. Segovia, Lizandro, «El Código Civil de la República Argentina con su explicación y críticas bajo las forma de notas», Bs.As. 1981.

pretación amplia que debe merecer.

Pero vayamos -tal como lo hicieran los civilistas «históricos»- al contenido de normas legales netamente procesales para escudriñar si en su seno se encuentra la simiente del abuso del derecho. Veamos, por ejemplo, el «subsuelo» del artículo 528 C.P.N.<sup>7</sup> El citado precepto contempla el caso del «desconocimiento de firma» obstructivo por parte del ejecutado, dentro del trámite de preparación de la vía ejecutiva. Dicha loable disposición procura en la medida de lo posible, atenuar las consecuencias del desconocimiento malicioso de la autenticidad de una firma. Compárese la solución precedente con el temperamento seguido por otros ordenamientos legales<sup>8</sup> que ante igual hipótesis dejan inerte al ejecutante, el que debe conformarse con acudir a la vía del proceso de conocimiento respectivo.

¿Puede siquiera, por un momento ponerse en tela de juicio que el legislador ha calificado -tácita pero evidentemente- como abusivo el proceder en la especie del ejecutado, aplicándole las correspondientes sanciones afflictivas?

Pero seremos más concretos y, entonces, traeremos a colación el artículo 208 C.P.N.<sup>9</sup>; norma que explícitamente contempla el supuesto de abuso del derecho en el campo procesal civil, más preci-

samente en el ámbito de lo cautelar (cautelar trabada sin derecho) y lo hace con todas las letras y sin retaceos. No podía ser de otro modo. Desde antiguo y aún en defecto de la norma legal expresa (y ello resulta particularmente destacable para apuntocar la línea argumental que venimos exponiendo) se ha aceptado la reprochabilidad de ciertos embargos por ser abusivos<sup>10</sup>.

Pero hay más Ival Rocca ha elaborado un extenso listado de disposiciones del C.P.N. donde expresa o implícitamente y a veces previendo y otras sancionando, se hace lugar al ideario del abuso del derecho<sup>11</sup>.

Más razones concurren a modo de fundamentación. Hoy es innegable el imperio del principio de moralidad en el proceso civil<sup>12</sup>, y también que cuando el legislador se refiere a los deberes procesales de obrar con lealtad, probidad y buena fe<sup>13</sup> no está haciendo otra cosa que materializar el susodicho principio de moralidad<sup>14</sup>. Y ya tampoco hay duda respecto de que el tenor de las normas legales que consagran dichos deberes son reveladoras de que se está reconociendo a los jueces y tribunales el poder-deber de provenir y sancionar los actos abusivos perpetrados dentro del debate judicial<sup>15</sup>.

Con lo dicho, pensamos que es suficiente para

<sup>7</sup>. Artículo 528 C.P.N.: «Desconocimiento de la firma -Si el documento no fuere reconocido, el juez, a pedido del ejecutante, previo dictamen de un perito designado de oficio, declarará si la firma es auténtica. Si lo fuere, se procederá según lo establece el artículo 531, se impondrá al ejecutado las costas y una multa equivalente al 30% del monto de las deudas, aquel deberá dar a embargo como requisito de admisibilidad de las excepciones. Si no las opusiere, el importe de la multa integrará el capital a los efectos del cumplimiento de la sentencia de remate-. La resolución que declara la autenticidad de la firma e impone la multa será apelable en efecto diferido».

<sup>8</sup>. Así, el C.P.C. de la Provincia de Santa Fe (ley 5531).

<sup>9</sup>. Artículo 208 C.P.N.: «Responsabilidad-Salvo en el caso de los arts. 209, inc. 1 y 212, cuando se dispusiere levantar una medida cautelar por cualquier motivo que demuestre que el requiriente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla, la resolución lo condenará a pagar los daños y perjuicios si la otra parte lo hubiese solicitado. La determinación del monto se substanciará por el trámite de los incidentes o por juicio sumario, según que las circunstancias hicieren preferible uno u otro procedimiento a criterio del juez, cuya decisión sobre este punto será irrecurrible.

<sup>10</sup>. Conf. J.A. 1944-I, pág. 231 L.L. Tomo 33, pág. 253; J.A. T.49, pág.496.

<sup>11</sup>. Rocca, Ival, «El abuso del derecho en el ámbito del derecho procesal civil», en «El libro de Ponencias presentadas al XI Congreso Nacional de Derecho Procesal», pág. 243.

<sup>12</sup>. Peyrano, Jorge W., «El proceso civil. Principios y fundamentos», Bs.As.1978, Editorial Astrea, pág. 174.

<sup>13</sup>. Así, por ejemplo, los artículos 34 del C.P.N y 24 del C.P.C. santafesiano.

<sup>14</sup>. Peyrano, ob.cit.pág.175.

<sup>15</sup>. Vide: Spota, Alberto, «La comprensión judicial de las normas legales y el principio del abuso del derecho», en J.A. año 1954, Tomo I página 304. y de Adrio Giovannoni «El abuso del derecho en el proceso» en «El Libro de Ponencias presentadas al XI Congreso Nacional de Derecho Procesal», pág.239.

llegar a la conclusión (análoga a la que arribaron los civilistas «clásicos en su hora») que el abuso del derecho es un verdadero principio del proceso civil que encuentra cabida en los anchos pliegues del artículo 16 del Código Civil y en la referencia a los principios generales del proceso formuladas por algunos códigos procesales <sup>16</sup>. Además, debe consignarse que, de todas maneras, siempre podría predicarse del mismo que es un principio consecuencial <sup>17</sup> y derivado del unánimemente reconocido «principio de moralidad».

### III. CRITERIOS PARA IDENTIFICAR AL ABUSO DE LAS VIAS PROCESALES.

Son conocidos los distintos criterios propuestos para identificar cuándo se está, realmente, ante una hipótesis de abuso del derecho. Así desfila el que exige la intención de dañar el del ejercicio del derecho sin interés para su titular, el del ejercicio culposo de un derecho y, entre otros más, el llamado concepto funcional conforme al cual un acto sería abusivo -más allá de toda injerencia de un proceder doloso o culposo- cuando se desvía del fin que le asigna el ordenamiento; concepción esta última muy próxima al pensamiento de Jossierand.

Ahora bien: ¿cuál elegir cuando se trata de un acto abusivo procesal? Creemos que la respuesta adecuada ha resultado oscurecida por el hecho que, un tanto inadvertidamente, el eje de la atención general ha pasado en el punto por la cuestión de responsabilidad derivada de la realización de actos procesales abusivos, perdiéndose así de vista que

la institución bajo la lupa es multifacética, no agotándose con el análisis de la apuntada responsabilidad aquiliana resultante <sup>18</sup>. La verdad de lo expresado se podrá comprobar «infra», en ocasión del examen que se llevará a cabo acerca de las consecuencias del acto procesal abusivo.

Sentado lo anterior, nos pronunciamos por el criterio funcional o instrumental antes mencionado. O acaso, ¿el proceso civil no es una institución cuya razón de ser es la de «servir» para que el derecho material prometido por códigos de fondo, se torne realidad viva y actuante? <sup>19</sup>. ¿Por qué, entonces, no reconocer igual funcionalidad o instrumentalidad a la caracterización de uno de los más importantes principios (el de la proscripción del abuso del derecho) que lo regulan y explican?

Cierto es que se registran disertadas opiniones <sup>20</sup> que se inclinan por exigir una suerte de intencionalidad dañosa <sup>21</sup> o por lo menos la presencia de algún factor subjetivo <sup>22</sup> como recaudo necesario para tener por perfeccionado un supuesto de abuso del proceso. Por nuestra parte, pensamos que ello no es menester habida cuenta que tal requerimiento viene a estrechar injustificadamente, el campo de acción de la figura en estudio. Igual posición tuvimos ocasión de asumir al analizar la «acción de nulidad de sentencia firme» (también conocida como pretensión autónoma nulificante de desviaciones procesales), que está por verse si no es un capítulo del abuso de las vías procesales <sup>23</sup>. Respecto de esta última, consideramos inconveniente reclamar la presencia de factores subjetivos

<sup>16</sup> . Así, el art.693 del C.P.C. Santafesiano (ley 5531).

<sup>17</sup> . Peyrano, ob.cit., pág. 42.

<sup>18</sup> Conf. «Responsabilidad derivada del abuso del derecho en el ámbito del proceso civil santafesiano», por Jorge W. Peyrano, en «Tácticas en el proceso civil», Santa Fe 1984, Editorial Rubinzal Culzohi, Tomo II, pág.153 y ss.

<sup>19</sup> El art.III del título preliminar del Excelente y Novísimo Código Procesal Civil de Perú establece que «El juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de interés 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...»

<sup>20</sup> Vécovi, Enrique, «El abuso del derecho en el ámbito del proceso civil», en el «Libro de Ponencias presentadas al XI Congreso Nacional de Derecho Procesal», pág.266.

<sup>21</sup> . Condorelli, Epifanio, «El abuso del derecho en el ámbito del proceso civil», en el «Libro de Ponencias presentadas al XI Congreso Nacional de Derecho Procesal», pág. 201.

<sup>22</sup> . Gozafni, Osvaldo, «La conducta en el proceso», Bs.As. 1988, Editorial Platense, página 109: «...De nuestra parte pensamos que el abuso de por sí significa elevarse a un propósito desmedido, exceso éste que puede ser culpable o doloso simplemente actuado con imprudencia, de manera que la actitud subjetiva del agente ha de constituir una de las notas más singulares para perfilar el instituto, adunada con la elección del medio para llevarlo a cabo».

<sup>23</sup> . Peyrano, Jorge W. «El proceso civil. Principios y fundamentos», Bs.As. 1978, Editorial Astrea, pág. 206.

(dolo, culpa) para permitir su funcionamiento<sup>24</sup> puesto que muy bien se pueden producir «desviaciones procesales» sin que se medie culpa o malicia de nadie.

Lo arriba señalado no debe mover a error, puesto que hacemos expresa abstracción del caso en el cual se reclama el resarcimiento de la responsabilidad aquiliana derivada de la consumación de un acto abusivo procesal. Sobre el particular, hemos apuntado lo siguiente: «Con lo dicho no queremos significar que descartamos la incidencia del factor subjetivo dentro del abuso del Derecho en la vía procesal. Así, pensamos que si verbigracia, existiera una actuación procesal abusiva «dolosa», ello se deberá tener en cuenta -conforme con los principios generales en materia de responsabilidad aquiliana- en punto a la extensión del daño resarcible. No creemos, empero, que la intención de perjudicar constituya un elemento esencial de la figura del abuso del proceso»<sup>25</sup>.

En la materia, en la actualidad parece prevalecer el criterio contrario a aquél conforme al cual se estimaba (en especial con referencia a la interpretación del artículo 208 C.P.N.) que la responsabilidad aquiliana que fuera consecuencia de actos procesales abusivos está regida por principios estrictamente procesales, por lo que no era menester invocar y probar dolo o culpa dado que aquélla era la resultante del riesgo inherente al pedido y dictado de, vgr., una medida cautelar<sup>26</sup>. Efectivamente: hoy se ha impuesto el criterio según el cual la «responsabilidad procesal» tiene las mismas exigencias que la responsabilidad civil en general (dolo o culpa del agente, daño, relación causal entre uno y otro); siendo de aplicación los principios que informan los artículos 1067, 1068, y 1069 Código Civil<sup>27</sup>. En cuanto a la relación causal mencionada, debe señalarse que la misma debe reunir las características requeridas por la denominada «teoría de la causalidad adecuada»<sup>28</sup>.

Asimismo, compartimos las fecundas reflexiones de Vescovi sobre el particular cuando subraya: «... que la circunstancia del ejercicio de una pretensión o de la realización de un acto procesal abusivo que en definitiva causa un perjuicio, genera responsabilidad, independientemente de que, entre el pedido del responsable y la realización del acto, exista un resolución judicial intermedia. Esto es, que la circunstancia de que el juez haya convalidado el acto de la parte, no por ello se descarga a ésta de responsabilidad, independiente de la que, por lo demás, pueda caber al magistrado. Es importante señalarlo, pues alguna doctrina, en especial la que sostiene la tesis negativa de la responsabilidad por abuso del derecho en el proceso, ha usado como argumento el de que el acto judicial (que da andamio a la pretensión, decreta el embargo, etc.) exonera de responsabilidad al solicitante, lo cual carece de fundamento»<sup>29</sup>.

Antes de finalizar la cuestión aquí abordada, nos asalta una duda ¿Las consideraciones que hemos efectuado respecto de la responsabilidad derivada de «abusos procesales», podrían hacer creer al lector que somos de la idea de que para que éstos se den es suficiente con que medie una desviación de los fines asignados por el ordenamiento al acto o actuación procesal correspondiente? Nos parece que la respuesta puede llegar a ser afirmativa. Se impone, pues, esclarecer la cuestión.

Por supuesto que nuestra posición contraria a la exigencia de concurrencia de dolo o culpa para que pueda existir un abuso en la vía procesal (excepción hecha de los reclamos por responsabilidad aquiliana derivada de actos o actuaciones procesales abusivas), no significa que no requiramos la presencia de un daño computable para reputar configurado un «casus» de abuso procesal. La plena de sentidos frase de Couture: «el proceso no es una misa jurídica», posee resonancia en todos los sectores procesales y no sólo en materia de nulidades

<sup>24</sup> Peyrano, Jorge W. «Acción de nulidad de sentencia firme», en «El Proceso Atípico»- Parte Segunda, Bs. As. 1984, Editorial Universidad, pág. 39.- «Creemos erróneo -por estrecho- el usual criterio de acceder a revisar la sentencia firme, en tanto y en cuanto medie «fraude». Consideramos equivocada tal tesis. Es que, por ejemplo, la emisión de una sentencia sin el aporte de un elemento probatorio decisivo cuya ausencia no obedece a la inderencia eléfica de nadie, traiciona la voluntad del ordenamiento de la misma manera que otra pronunciada merced al dolo procesal de una de las partes».

<sup>25</sup> Peyrano, «Responsabilidad derivada del abuso del derecho...», pág. 156.

<sup>26</sup> Conf. de Augusto Morello y colaboradores «Códigos Procesales comentados y anotados», T. III, pág. 120/6.

<sup>27</sup> Fassi, Santiago y César Yañez, «Código procesal Civil y comercial de la Nación y demás normas procesales vigentes», comentado, anotado y concordado, 3a. edición, Bs. As. 1989, Editorial Astrea, T.2, pág. 73 y ss.

<sup>28</sup> Orgaz, Alfredo, «El daño resarcible», 2da. Edición, Bs. As. 1960, Editorial Omeba, pág. 70 y ss.

<sup>29</sup> Vescovi, ob. cit. pág. 267.

porque, en verdad, todo el proceso es un organismo teleológico pensado por y para fines y que, por ende, no admite soluciones tendientes a restablecer el ordenamiento formalmente conculcado y a pesar de que no hubiera mediado perjuicio para nadie.

Cierto es que por sus peculiaridades el «daño procesal» muchas veces no es fácilmente identificable (de todos modos, vaya como contribución en tal sentido decir que habitualmente el acto abusivo redundante en una demora y alargamiento de trámite que de por sí; es decir, «in re ipsa», ya puede invocarse como un perjuicio procesal computable).

Que quede, entonces, claro que si bien somos partidarios -como regla- del criterio objetivo funcional en la materia no por ello dejamos de reclamar que concurra un perjuicio procesal computable para que el acto o actuación respectiva se torne claudicante.

#### **IV. CONSECUENCIAS DE LA DECLARACION JUDICIAL ACERCA DE QUE HA MEDIADO ABUSO DE LAS VIAS PROCESALES.**

El desarrollo de la cuestión del epígrafe pone de manifiesto como la centralización del estudio del «abuso procesal» desde la perspectiva de su reparabilidad, ha venido a dejar en penumbras otras ulterioridades no menos importantes en algunos supuestos más trascendentes.

Veamos. Hace más de tres décadas, un señero voto de Llambías comprobaba que «Las consecuencias del abuso del derecho se operan en dos direcciones: a) en primer lugar, el abuso compromete la responsabilidad del titular del derecho que ejerce sus facultades abusivamente, obligándolo al resarcimiento del daño ajeno; b) el abuso es una causa legítima de paralización del derecho desviado de sus fines regulares, de manera que el acto jurídico obrado en tales condiciones, será inválido y la acción judicial que pueda deducirse no será admisible»<sup>30</sup>. Trasvasando en lo pertinente lo anterior al recinto de lo procesal tenemos que, que entre otras ulterioridades posibles, cuando se pretende

ejercitar una facultad procesal de modo antifuncional (es decir, contrariamente a los fines fijados por el ordenamiento), dicha atribución no puede ser validamente actuada y sí, pese a todo lo fuera, ello no podría generar posteriores desventajas para la contraria.

Aportaremos ahora un ejemplo de «trasvasamiento» bien hecho, de las mencionadas ideas al seno de lo procesal civil. Se trataba de una audiencia de absolución de posiciones suspendida y reanudada cuatro veces («cuartos intermedios» mediante) para dar lugar a numerosísimas interrogaciones ampliatorias formuladas al absolvente (pese a que el pliego original constaba sólo de dos preguntas); todo mediante la invocación por parte del ponente de los textos de los artículos 161 del C.P.C. Santafesino y 165 C.P.C. Santafesino que, efectivamente, no establecen el número máximo de preguntas a realizar. El juez interviniente entendió que en caso mediaba un abuso en las vías procesales y sin que interesara si concurría dolo o culpa, de todas maneras existía un accionar «desmedido» del ponente que debía quedar sujeto al control judicial y que bajo ningún concepto podía convalidarse la utilización antifuncional de las prerrogativas otorgadas al ponente por el ordenamiento procesal<sup>31</sup>. Vale decir que pese a que la prerrogativa existía y a que el ordenamiento no le fija un límite máximo al número de interrogaciones a formular al absolvente, se interpretó que el límite existe y que debe primar un criterio de prudencia y de razonabilidad en la especie.

En realidad, no faltan ejemplos donde pese a concederse ciertas facultades procesales irrestrictamente se ha entendido que su empleo debe ser funcional y como tal acorde con los fines de la institución respectiva, so pena de que su ejercicio sea descalificado como abusivo. Así, puede citarse el caso de la interpretación que ha merecido el mal uso que suele hacerse del artículo 15 C.P.C.<sup>32</sup>, que frecuentemente es blandido para demorar la sustanciación de la causa mediante recusaciones manifiestamente improcedentes<sup>33</sup>. Sobre el particular se ha consignado que: «El artículo 15 del C.P.C. de Santa Fe establece que, denegada por el

<sup>30</sup> Conf. La Ley T. 101, pág. 635 y ss.

<sup>31</sup> Conf. decisorio del Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de Rosario, recaído en los caratulados: «ALBANESE» Jorge C. Humberto N. Goglucci S. Disolución y/o liquidación de sociedad de hecho (Sentencia Firme) es espigado en Zeus, Boletín del 31 de marzo de 1993.

<sup>32</sup> Artículo 15 del C.P.C. Santafesino (ley 5531): «Negado por el juez la causal de recusación invocada o denegada la recusación sin causa, éste elevará el incidente al superior para la decida, sin otro trámite que la apertura a prueba por diez días si fuere necesaria. Igual procedimiento se adoptará para la recusación en segunda instancia».

<sup>33</sup> Peyrano, Jorge W. «Una rémora intolerable: la recusación sin expresión de causa utilizada como alongadera»

juez la recusación sin expresión de causa, esté elevará el incidente al superior para que lo decida. No es este el momento oportuno para exponer respecto de las ventajas que ha aportado la figura de la recusación sin necesidad de expresar los motivos de la misma, pero lo que sí resulta indudable es que un mal uso de la misma sirve únicamente para alargar y entorpecer el trámite. Estimo que los jueces santafesinos pueden hacer perfecta aplicación de la teoría del abuso de derecho, cuando se advierta una utilización indebida de tal tipo de recusación, a fin de poner coto al exceso»<sup>34</sup>. La misma línea ha sido mantenida cuando se ha declarado judicialmente -para así evitar recusaciones a repetición «entorpecedoras del trámite en la alzada»- que «...los vocales designados para integrar el Tribunal «ad hoc» que dirime los conflictos entre pares por recusación o excusación rechazadas (primera parte del inc. 2 art.33, ley 10.160) no pueden ser recusados por las partes ni pueden excusarse invocando motivos relacionados con ellas»<sup>35</sup>. En realidad, desde siempre y en distintos sectores, se han registrado recusaciones abusivas.

¿Y qué decir de la proscripción de la tacha testimonial intentada dentro del incidente de tacha?<sup>36</sup>, donde magüer que explícitamente no se incluye tal prohibición, la doctrina judicial la acepta porque, en caso contrario, se podrían ver favorecidas maniobras obstructivas.

Por parecidos motivos, también se han proscripto -como regla- la «revocatoria de la revocatoria»<sup>37</sup> y la «rescisión de la rescisión»<sup>38</sup>, allí donde existe este último recurso con que cuenta el declarado rebelde.

Asimismo, en materia recursiva proliferan los ejemplos de acciones abusivas<sup>39</sup>, aunque ello no debe hacer decaer a los órganos judiciales en la tentación de restringir indebidamente la actividad recursiva a través, por ejemplo, de declaraciones de deserción del recurso de apelación lindantes con el «exceso ritual»<sup>40</sup>.

Con lo expuesto no termina el catálogo de posibles consecuencias del acto o actuación procesal reputada abusiva. Vale decir que parte de la imposibilidad de ejercitar válida y eficazmente una facultad procesal cuando ello pudiera resultar abusivo, existen otras hipotéticas ulterioridades. Se puede así mencionar que, -como se ha visto- el «abuso procesal» está prohibido y lo prohibido es nulo<sup>41</sup>. Ergo, la declaración de nulidad deviene también procedente en la especie<sup>42</sup>. Las opiniones concuerdan en el punto. Así, se ha sostenido que: «Según el caso, la declaración judicial de acto abusivo puede traer como consecuencia la declaración de nulidad del acto, y de los que sean consecuencia inmediata del mismo -artículos 124, 126,129, del C.P.C. santafesino; y artículo 169 (que expresamente se refiere a la declaración de nulidad por su antifuncionalidad) 172 y 174 del C.P.N.»<sup>43</sup>.

Además, y como ya tuviéramos ocasión de expresar, «el exceso en el empleo de las vías procesales puede dar lugar a perjuicios cuyo resarcimiento puede peticionarse por el afectado»<sup>44</sup>. Por añadidura, es menester subrayar que el proceder procesal abusivo puede dar lugar a la aplicación de sanciones disciplinarias (memórese que quien abusa, está infringiendo el deber de lealtad procesal), según doctrina uniforme<sup>45</sup>.

<sup>34</sup>. Giovannoni, ob.cit. pág. 236.

<sup>36</sup>. Rivera Rúa, Néstor, «El recurso de rescisión», en Revista de Estudios Procesales No. 11, pág. 75 y ss.

<sup>39</sup>. Gozaíni, ob.cit. pág. 118.

<sup>40</sup>. Morello, Augusto, «Acerca del abuso en la declaración de deserción de la apelación». J.A. 1978 III, pág. 750.

<sup>41</sup>. Así, el artículo 124 del C.P.C. Santafesino (ley 5531) prescribe que «...la disposición prohibitiva está asimilada a la nulidad expresa».

<sup>42</sup>. Giovannoni, ob.cit. pág. 239 y «Responsabilidad derivada del abuso del derecho...», por Jorge W. Peyrano, pág. 154 y también el trabajo de Alberto Maurino titulado «El abuso del proceso y las normas procesales que fundamentan su aplicación», en Zeus Tomo 27, D-87.

<sup>43</sup>. Giovannoni, ob.cit. pág. 239.

<sup>44</sup>. Vide el trabajo de nuestra autoría citado a fs. 42.

<sup>45</sup>. Zampini, Nélica y Silvia Monserrat, «El abuso del derecho en el ámbito del proceso civil», en el libro de Ponencias presentadas al XI Congreso Nacional de Derecho Procesal, pág. 272 y ss.



## V. APOSTILLAS PROCEDIMENTALES.

### 1.-¿Procede la declaración oficiosa de que media «abuso procesal» ?

La respuesta debe ser afirmativa, pero con reservas. Esto último porque no debe perderse de vista que el proceso civil nacional sigue siendo predominantemente dispositivo, por lo que la viabilidad de soluciones oficiosas como la examinada debe ser ponderada prudencialmente y decretada con extrema mesura. Podría, quizás constituir un buen ejemplo de procedencia el supuesto consistente en el pedido de parte de que se trabe derechamente un «embargo de caja» sin previamente intentar (y ni tan siquiera alegar que existe imposibilidad de postular otra medida cautelar o que la misma sería infructuosa) alguna otra medida precautoria. Es que las connotaciones propias del «embargo de caja» se presta a maniobras extorsivas.

La doctrina parece bastante pacífica acerca de la procedencia de dicha declaración oficiosa <sup>46</sup>, resultando el campo de lo cautelar un terreno especialmente propicio para la perpetración de maniobras abusivas <sup>47</sup> y para las consiguientes declaraciones oficiosas.

Aparte de estos argumentos, resulta especialmente convincente aquél conforme al cual corresponde declarar oficiosamente un «abuso procesal» en función de textos legales que, expresa o implícitamente, mandan que los órganos judiciales no sólo «repriman» sino también que «prevengan» todo tipo de abusos <sup>48</sup>. Aparentemente, el novísimo Código Procesal de Perú se inclina también por la respuesta afirmativa enunciada <sup>49</sup>.

### 2.- Calidad excepcional de la concurrencia de un supuesto de «abuso procesal»

Esta «calidad excepcional» de algún modo está relacionada y explica el porqué debe declararse oficiosamente con extrema circunspección que un

acto o actuación procesal es «abusiva». Es que «a) prevalece la opinión según la cual debe presumirse *juris tantum* que no ha existido un abuso de las vías procesales. Gelsi Bidart enseña que «Presunción de legitimidad. Es un instrumento (alude al proceso) eminentemente jurídico, en su programación, en los elementos constitutivos, en el objeto que trata, en las finalidades que persigue, por tanto, debe presumirse, en principio, la regularidad, la adecuación de su uso, que es menester destruir, en cada caso concreto, para que pueda, en él, funcionar la teoría del abuso del proceso. Aquí también se subraya la ya aludida especialidad y excepcionalidad del abuso del proceso <sup>50</sup>, tesis que también sustenta Maurino <sup>51</sup>.

## VI. RESUMEN.

1.- El abuso del derecho es una figura ya operativa en el ámbito del proceso civil. Ello en función, entre otros motivos, de constituir un principio consuetudinario del unánimemente aceptado principio de moralidad.

2.- En materia procesal civil, rige el denominado criterio «funcional» para identificar cuándo se está ante una actuación procesal abusiva; no siendo menester -como regla- para el perfeccionamiento de un «abuso en las vías procesales» la concurrencia de factores subjetivos como el dolo o la culpa. Si el «abuso procesal» perpetrado ha generado perjuicios y se pretende su resarcimiento, sí entran en juego los principios comunes de la responsabilidad aquiliana.

3.- Por más que se reconozca que el daño computable tratándose de un caso de «abuso procesal» puede estar signado por peculiares características, igualmente aquél siempre debe estar presente para que pueda predicarse que existe este último. La declaración huera (es decir, sin que concurra perjuicio) de que existe un acto procesal abusivo, no es viable.

<sup>46</sup> Rocca Ival, ob.cit. pág. 242. Vallejo, Eduardo, ob.cit. pág. 250.

<sup>47</sup> Vallejo, ob.cit. pág. 253.

<sup>48</sup> Giovannoni, ob.cit. pág. 239.

<sup>49</sup> El artículo IV del reciente Código Procesal del Perú establece que: «El juez tiene el deber de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria».

<sup>50</sup> Gelsi Bidart, Adolfo, «Abuso del proceso» en el libro de Ponencias presentadas al XI Congreso Nacional de Derecho Procesal, pág. 219.

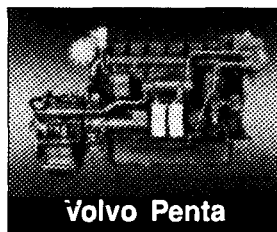
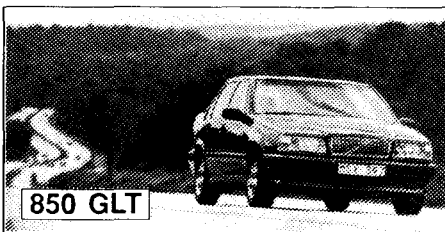
<sup>51</sup> Peyrano, Jorge, «Responsabilidad derivada del abuso del derecho...» pág. 158.

4.- La declaración judicial de que se registre un «abuso procesal» puede alternativa o acumulativamente- generar las siguientes ulterioridades: a) declaración acerca de que una facultad o prerrogativa no puede ser ejercida en el caso o, a lo menos del modo que lo pretende el postulante; y también acerca de que, consiguientemente, la contraria de éste no puede quedar incurso en una situación procesal desventajosa como consecuencia del accionar abusivo en cuestión; b) reputar nula el acto o actuación procesal correspondiente; c)

hacer pasible al autor del «abuso procesal» co rrespondiente, del pago de la indemnización a quiliana del caso y/o de la satisfacción de las sanciones disciplinarias pertinentes.

5.- Sólo excepcionalmente se puede declarar «ex officio» que se registra un abuso en las vías proce sales, debiendo en la materia actuar el órgano ju dicial con toda mesura y prefiriendo, en la duda no emitir dicho pronunciamiento.

# Hoy más que nunca. Volvo. Líder en las rutas del Perú.

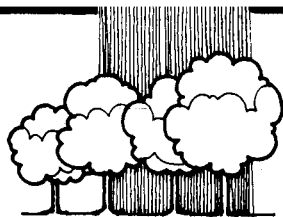


Seguimos creciendo.  
Por eso somos los primeros.

**VOLVO**

RUC: 10007003

INTERCOM / DGB NEDHAM



# 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, Cuaione 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 SISTEMA INTERAMERICANO DE COOPERACION JUDICIAL EN MATERIA DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCION DE SENTENCIAS EXTRANJERAS<sup>1</sup>

José Daniel Amado V.  
Master en Derecho por la Universidad de Harvard  
Ex-miembro del Comité Directivo  
de THEMIS-Revista de Derecho

*El artículo examina el tratamiento que el Derecho de los países latinoamericanos brinda al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. Para efectos del análisis, el autor toma en consideración no sólo los tratados celebrados, sino también la legislación peruana, distinguiendo entre los países suscritos a los Convenios de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y los que no lo están. La distinción radica en la celeridad del procedimiento, ya que en el primer caso no se necesita acreditar la existencia de reciprocidad.*

*El autor señala, además, la necesidad de implementar un procedimiento automático de reconocimiento y ejecución debido a que, con Tratado o sin él, resulta necesario acudir al exequatur.*

*Con el fin de fomentar la movilidad de las sentencias latinoamericanas, el autor sugiere -para los países que no los han suscrito- la adhesión a los mencionados convenios.*

## I. INTRODUCCION.

La necesidad de una mayor cooperación internacional en materia judicial se ha incrementado significativamente en las últimas décadas con el fenómeno de la globalización del comercio, la inversión y el financiamiento. Los esfuerzos para enfrentar estas cuestiones se han visto frustrados muchas veces por perspectivas chauvinistas de la soberanía, y por «una desconfianza profundamente arraigada en la administración de justicia en otros países».<sup>2</sup>

Los países de América Latina han estado siempre a la vanguardia en cuanto a la celebración de tratados multilaterales dirigidos a superar la desconfianza y a dar uniformidad y predictibilidad a las ramificaciones extranjeras de los procedimientos judiciales. De hecho, al comenzar el siglo, existían ya varios convenios vigentes sobre la materia entre países latinoamericanos,<sup>3</sup> y hacia 1928 ya había sido aprobado un Código de Derecho Internacional Privado, cubriendo una diversidad de conceptos sobre conflicto de leyes y de

<sup>1</sup> Dedicado al Dr. Francisco Velasco Gallo, maestro y magistrado ejemplar.

<sup>2</sup> Lorenzen, *The Enforcement of American Judgments Abroad*, 29 *Yale Law Journal* 188 (1920). Dado que el material bibliográfico utilizado ha sido en su mayor parte en idioma inglés, en las citas al pie de página del presente artículo se ha utilizado el sistema uniforme que exigen las revistas de Derecho de los Estados Unidos de América. Para su mejor comprensión, véase: *A Uniform System of Citation* (1988).

<sup>3</sup> Convención de Lima sobre Derecho Internacional Privado, suscrita en Lima, Perú, el 29 de enero de 1879; los signatarios originales fueron Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, Perú y Venezuela; reproducido en *Iros. Congresos Americanos de Lima -- Recopilación de Documentos* 343 y ss. (Archivo Diplomático del Perú, ec. 1938); *Tratado de Montevideo sobre Procedimientos Civiles*, suscrito en Montevideo, Uruguay, el 25 de octubre de 1989; los signatarios originales fueron Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay; reproducido en *Actas y Tratados del Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado 1988-1989* (República Argentina, Ministerio de Relaciones Exteriores, ed. 1928) y en *33 American Journal of International Law* 147 (Supp. 1939).

jurisdicción<sup>4</sup>.

En las últimas décadas, ha surgido una nueva generación de convenios latinoamericanos en materia de cooperación judicial, en el contexto de las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado patrocinadas por la Organización de Estados Americanos<sup>5</sup>. Como se verá más adelante, los esfuerzos regionales para codificar el derecho internacional privado han llevado a las naciones de América Latina a un relativo aislamiento internacional en la materia. Tal como observa Bruno Ristau:

«Parece haber considerable renuencia por parte de las naciones de América Latina para adherirse a cualquier régimen de tratados desarrollado en Europa, o desarrollados entre los Estados Unidos y cualesquiera otros Estados no latinoamericanos»<sup>6</sup>.

La afirmación de Ristau se comprueba si consideramos que sólo tres países latinoamericanos - Argentina, Surinam y Venezuela - son miembros de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado<sup>7</sup>. Sin embargo, se sabe que su labor ha influido significativamente en los convenios interamericanos, como pone de manifiesto

el hecho que la ratificación por Estados Unidos de tres de las convenciones interamericanas haya sido sustentada en la similitud con las convenciones de la Haya<sup>8</sup>. De cualquier modo, la cooperación judicial con países no latinoamericanos continúa estando regida por códigos locales basados en normas de reciprocidad en materia judicial, salvo contadas excepciones que incluyen el Tratado argentino-italiano sobre el Procesamiento de Exhortos y Sentencias Judiciales, el Tratado entre España y Colombia sobre Ejecución de Sentencias Civiles, y el Tratado brasileño-francés sobre Cooperación Judicial en Cuestiones Civiles, Comerciales, Laborales y Administrativas.

El presente artículo trata sobre el Derecho actual en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en los países latinoamericanos. A partir de una visión general de los principales convenios latinoamericanos que regulan la ejecución de sentencias extranjeras originadas en otros países latinoamericanos, se sigue con una comparación con el derecho interno peruano en cuanto a la regulación del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras si el país de origen no ha ratificado los tratados sobre la materia, en cuyo

<sup>4</sup> Código Panamericano de Derecho Internacional Privado, ver nota 13 abajo. Para información general sobre el Código Bustamante, ver Lorenzen, *The Pan American Code on Private International Law*, 4 Tul. L. Rev. 499 (1930) y Comentario titulado, *The Need for Revision of the Bustamante Code on Private International Law*, 65 *American Journal of International Law* 782 (1971) (por K. Naddelman).

<sup>5</sup> Entre 1965 y 1968, tanto el Consejo Interamericano de Juristas como el Comité Jurídico Interamericano aconsejaron a la OEA convocar a una conferencia especializada sobre derecho internacional privado para revisar y actualizar el Código Bustamante. En 1971, la Asamblea General de la OEA aprobó una resolución convocando a la Primera Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (conocida como CIDIP-I). CIDIP-I, realizada en Ciudad de Panamá, Panamá, en enero de 1975, produjo convenciones interamericanas sobre: arbitraje comercial internacional; letras de cambio, pagarés y cheques; poderes, exhortos; y obtención de pruebas en el extranjero. El texto de los convenios de Panamá está reproducido en 14 I.L.M. 325 (1971). La segunda conferencia, CIDIP-II, se realizó en Montevideo, Uruguay, en abril de 1979, y produjo convenciones interamericanas sobre conflictos de leyes concernientes a cheques; validez extraterritorial de sentencias extranjeras; medidas preventivas; prueba de derecho extranjero; normas generales sobre derecho internacional privado; y domicilio de personas naturales, así como un protocolo adicional a la convención sobre exhortos. El texto de las convenciones de Montevideo está reproducido en 18 I.L.M. 1211 (1979). CIDIP-III tuvo lugar en La Paz, Bolivia, en julio de 1984 y aprobó convenciones interamericanas sobre la adopción de menores; la capacidad de personas morales; y jurisdicción internacional para la validez extraterritorial de sentencias extranjeras; así como un protocolo adicional a la convención sobre pruebas. El texto de las convenciones de La Paz está reproducido en 24 I.L.M. 459 (1984). CIDIP-IV tuvo lugar en Montevideo, Uruguay, y produjo convenciones interamericanas sobre la devolución de niños, obligaciones alimentarias y contratos para el transporte internacional de bienes. El texto de las convenciones de Montevideo está reproducido en 29 I.L.M. 62-97 (1989).

<sup>6</sup> Ristau, *Overview of International Judicial Assistance*, 18 *International Law* 525 (1984).

<sup>7</sup> La Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado fue organizada al comenzar el siglo como un foro internacional permanente para que representantes de diferentes países discutieran y propusieran acuerdos multilaterales para la unificación y uniformización del derecho privado. Ver Pfund, *International Unification of Private Law: A Report on the United States Participation, 1985-1986*, 20 *International Law* 623 (1986).

<sup>8</sup> Ver *Inter-American Convention on Letters Rogatory and Additional Protocol*, *Inter-American Convention on the Taking of Evidence Abroad and Additional Protocol*; *Inter-American Convention on International Commercial Arbitration*. Al respecto, el Embajador Kearney ha señalado que la Convención sobre exhortos «en conjunto con el Protocolo es muy similar a la Convención de La Haya sobre notificaciones», en tanto que la Convención sobre Pruebas «estaba basada en cierta medida en la Convención de La Haya sobre obtención de Pruebas en el Extranjero». Kearney, *Developments in Private International Law*, 81 *American Journal of International Law* 724, 737.

<sup>9</sup> Para una visión más amplia de este sistema dual, puede verse, del mismo autor, Amado, *Recognition and Enforcement of Foreign Judgements in Latin American Countries*, 31 *U. Va. J. Int'l L.* 99 (1990).

caso, el sistema de cooperación judicial tendrá como sustento el antiguo principio de reciprocidad<sup>9</sup>.

## II. CONVENIOS SOBRE LA EJECUCION DE SENTENCIAS ORIGINADAS EN PAISES MIEMBROS DEL SISTEMA INTERAMERICANO.

El Profesor Arthur von Mehren ha escrito que los convenios que tratan sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras adoptan una de las dos modalidades siguientes: (1) regulan las bases para la determinación de la jurisdicción por los tribunales de un Estado contratante y disponen luego que todas las sentencias de un Estado contratante sean reconocidas y ejecutadas por los otros Estados; o (2) guardan silencio acerca de cuándo existe jurisdicción, pero especifican las condiciones jurisdiccionales que deben cumplirse antes que un Estado pueda reconocer o ejecutar las sentencias originadas en otros Estados<sup>10</sup>.

El Convenio Europeo de 1968 sobre Jurisdicción y Ejecución de Sentencias en Cuestiones Civiles y Comerciales<sup>11</sup> ejemplifica la primera categoría descrita por von Mehren. Las bases para el ejercicio de jurisdicción por un tribunal en la Comunidad varían, dependiendo de si el demandado está domiciliado o no en la Comunidad, pero no hay mayores exigencias para efectos del reconocimiento o la ejecución. Si el tribunal de origen ejerció juris-

dicción con arreglo al Convenio, el Estado requerido<sup>12</sup> debe otorgar reconocimiento automático sin imponer ninguna clase de requisito jurisdiccional. Los Estados de América Latina están mucho menos integrados que un sistema supranacional como la Comunidad Europea, de modo que las convenciones latinoamericanas sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras asumen la existencia de un sistema político subyacente que es esencialmente anárquico. Estas convenciones se refieren a los procedimientos judiciales internos sólo para efectos de determinar si las sentencias derivadas de éstos merecen ser reconocidas o aplicadas por el sistema judicial de otro Estado miembro.

A diferencia de la convención de la Comunidad Europea, las convenciones latinoamericanas no se refieren específicamente a la uniformización de los procedimientos judiciales entre los Estados miembros. Por esta razón, caen dentro de la segunda categoría descrita por von Mehren<sup>13</sup>.

Existen tres principales convenios que regulan las condiciones para el reconocimiento y ejecución de las sentencias de un Estado latinoamericano por los tribunales de otro Estado: El Código Bustamante de 1928,<sup>14</sup> la Convención de Montevideo de 1979 sobre la Validez Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros,<sup>15</sup> y la Convención de La Paz de 1984 sobre Jurisdicción en la Esfera

<sup>10</sup> Von Mehren, *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: Contemporary Practices and the Role of Conventions, in Private Investors Abroad: Problems and Solutions in International Business in 1980*, 223, 278-79 (M. Landwehr ed. 1980).

<sup>11</sup> 21 O.J. Eur. Comm. (No. L 301) 77 (1978). El tratado original está reproducido en 8 I.L.M. 229 (1969) y la Convención de 1978 relativa al Acceso al Convenio sobre Jurisdicción está reproducida en 18 I.L.M. 8 (1979).

<sup>12</sup> Para efectos del presente artículo, el «Estado requerido» se refiere a aquél donde se busca que la sentencia sea reconocida o ejecutada; el «Estado de origen» se refiere a aquél donde se dio la sentencia original.

<sup>13</sup> Otro ejemplo de la segunda categoría de convenciones sobre ejecución descritas por von Mehren es el proyecto de Convención de La Haya de 1966 sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Cuestiones Civiles y Comerciales, *Final Act of the Extraordinary Session of the Hague Conference on Private International Law*, 26 de abril de 1966, reproducida en 5 I.L.M. 636 (1966) y en 6 *Digest of International Law* 236 (M. Whiteman ed. 1968). Aunque nunca entró en vigor, se sabe que la Convención de La Haya sobre Ejecución ha tenido un efecto profundo sobre el pensamiento general en este campo. Ver von Mehren, nota 9 arriba, 229 p. 9.

<sup>14</sup> Código Panamericano de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante), promulgado como Acta Final de la Sexta Conferencia Internacional de Estados Americanos, 25 de noviembre de 1928, en La Habana, Cuba, reproducida en F. García-Amador, *The Inter-American System* 398-435 (1987). El Código lleva el nombre de su principal arquitecto, Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvaen, jurista y académico cubano que fue antes magistrado de la Corte Permanente de Justicia Internacional. Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú y Venezuela han ratificado el Código Bustamante. Organización de Estados Americanos, *Status of Inter-American Treaties and Conventions* 6 (1987).

<sup>15</sup> Convención Interamericana sobre Validez Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, 8 de mayo de 1979, OEA/Ser.A/28 (SEPF), 18 I.L.M. 1224 (1979) <de aquí en adelante la «Convención de Montevideo»>. Argentina, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela han ratificado la Convención de Montevideo. Está pendiente la ratificación por el Congreso en Bolivia, Brasil, Costa Rica, Chile, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras y Panamá. Organización de Estados Americanos, ver nota 13 arriba, p. 23.



Internacional para la Validez Extraterritorial de Sentencias Extranjeras<sup>16</sup>. Si bien algunos convenios anteriores continúan en vigencia, están siendo sobreesidos cada vez más por las convenciones interamericanas, y son considerados por tanto de menor interés para los jusinternacionalistas<sup>17</sup>.

## 1. EL CODIGO BUSTAMANTE.

El Código Panamericano de Derecho Internacional Privado de 1928, o Código Bustamante, representó un esfuerzo amplio para codificar principios relativos al conflicto de leyes y de jurisdicción y a la cooperación judicial a nivel de todo el hemisferio. El alcance de las normas del Código Bustamante sobre la ejecución de sentencias extranjeras es bastante amplio, siendo aplicable a una variedad mayor de fallos judiciales que convenios similares.

El Código, en sus Artículos 423 a 437 inclusive, trata sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias administrativas contenciosas o civiles extranjeras,<sup>18</sup> laudos arbitrales extranjeros,<sup>19</sup> y adjudicaciones de responsabilidad civil en sentencias penales extranjeras<sup>20</sup>.

Conforme al Artículo 423, una sentencia emitida en un Estado contratante tendrá validez en otro Estado si:

(A) El tribunal del Estado de origen tuvo **competencia** para tomar conocimiento del caso y dictar sentencia sobre el mismo, conforme a lo dispuesto en este Código<sup>21</sup>;

(B) Las partes fueron **citadas** a juicio ya sea personalmente o a través de sus representantes legales;

(C) La sentencia no se opone al orden público en el país en que se busca su ejecución;

(D) La sentencia es **ejecutable** en el Estado en que fue dictada<sup>22</sup>.

(E) La sentencia está **traducida** oficialmente si el idioma oficial del Estado requerido es diferente al del Estado de origen;

(G) Si el documento en que está contenida la sentencia es **auténtico** en el Estado de origen y en el Estado requerido.

No obstante este marco, el Código mantuvo dos obstáculos principales al libre tráfico de sentencias en América Latina: (1) el Código no creó un procedimiento uniforme de ejecución, apoyándose más bien en la legislación local del Estado requerido,<sup>23</sup> lo cual permitió que muchos de los Estados contratantes continuasen exigiendo un procedimiento contencioso en el tribunal más alto del Estado requerido, antes que una sentencia pudiera ser presentada a un tribunal inferior para ser ejecutada,<sup>24</sup>; y (2) el Código descansaba en una

<sup>16</sup> Convención Interamericana sobre Jurisdicción en la Esfera Internacional para la Validez Extraterritorial de Sentencias Extranjeras, 24 de mayo de 1984, OEA/Ser.A/39 (SEPF), 24 I.L.M. 468 (1985) <de aquí en adelante «Convención de La Paz»>. Conforme al Artículo 13, la Convención entra en vigor solamente después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación. Sólo México la ha ratificado, de modo que no se encuentra en vigor. Otros signatarios son Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, República Dominicana, Ecuador, Haití, Nicaragua, Perú, Uruguay y Venezuela. Organización de Estados Americanos, nota 13 arriba, p. 26.

<sup>17</sup> Para una discusión sobre la relación entre las convenciones interamericanas y tratados multilaterales anteriores entre los Estados latinoamericanos, ver Santos, *Vigencia de los Tratados de Montevideo 1889 y 1940 a la Luz de las CIDIP I, II y III*, En *Revista Jurídica Estudiantil*, N° 7, pág. 67, 1989.

<sup>18</sup> Código Bustamante, nota 13 arriba, Artículo 423.

<sup>19</sup> Id., Artículo 432.

<sup>20</sup> Después de declarar en el Artículo 436 que «Ningún Estado contratante ejecutará las sentencias dictadas en uno de los otros Estados en cuestiones penales», el Código dice en su Artículo 437: «Podrán, no obstante, ejecutar dichas sentencias en lo que respecta a la responsabilidad civil y sus efectos sobre los bienes de la persona sentenciada, si han sido emitidas por un juez o tribunal competente de conformidad con este Código y en mérito a una audiencia donde comparezca la parte interesada, y siempre que se observen las demás condiciones de forma y procedimiento establecidas en el capítulo primero de este título» Id., 428.

<sup>21</sup> Ver Código Bustamante, nota 13 arriba, Artículos 314-43.

<sup>22</sup> Este es esencialmente un requisito de finalidad, que insiste en que antes que la sentencia sea ejecutada en el extranjero, sea ejecutable en el Estado de origen. Ver Casad, *Civil Judgment Recognition and the Integration of Multi-State Associations: A Comparative Study*, 4 *Hastings International & Comp. L. Rev.* 1, 36-37 (1980).

<sup>23</sup> Código Bustamante, nota 13 arriba, art. 424.

<sup>24</sup> Casad, nota 22 arriba, p. 20-21. «Ninguna razón es aparente, salvo la tradición, para requerir la participación del tribunal más alto del país en la ejecución de toda sentencia civil ordinaria de orden monetario» Id. p. 22.



teoría ambigua de la jurisdicción, pues, a la vez que pretendía establecer «normas internacionales», protegía los intereses del Estado requerido al subordinar expresamente las normas jurisdiccionales del Código a la legislación local, lo que permitía que un Estado pudiera seguir sus propias reglas en cuestiones de competencia **ratione loci** (referida a cualquier norma en que el criterio para determinar el tribunal competente es la ubicación del bien) en lugar de las normas jurisdiccionales dispuestas por el Código. Así, dado que la mayoría de las acciones que podían producir sentencias monetarias eran **ratione loci**, no había, «...ninguna seguridad de que sería aplicado un conjunto de normas uniformes sobre competencia para determinar si una sentencia es ejecutoria, como ocurre en los Estados Unidos (donde la cláusula de la Decimocuarta Enmienda sobre un proceso debido y la Cláusula de Plena Fe y Crédito imponen una gran medida de uniformidad) y en la Comunidad Europea (donde las normas sobre competencia de la Convención son aplicadas directamente en el tribunal que pronuncia la sentencia y no pueden ser reexaminadas)<sup>25</sup>.

Incluso en aquellos casos en que el Código no declara expresamente que la legislación local pudiese sobrepasar las normas internacionales, los Estados podían reservarse el derecho de aplicar su propia ley<sup>26</sup>.

En consecuencia, puede afirmarse que la principal debilidad del Código Bustamante fue que hacía concesión excesiva a los intereses locales del Estado requerido, al dar a sus tribunales amplia oportunidad para negarse a reconocer o ejecutar las sentencias de otro Estado.

Recién en 1973 se circuló un borrador de propuesta para una nueva convención latinoamericana sobre el reconocimiento de sentencias, que contemplaba una serie de normas de competencia que debían primar sobre las leyes locales<sup>27</sup>. Mientras la pro-

puesta de 1973 hubiera hecho avanzar a América Latina en la dirección del modelo de la Comunidad Europea, de reconocimiento casi automático, la convención que fue finalmente adoptada no alcanzó este objetivo. Como ha opinado Siqueiros, el tratado resulta demasiado general y simplista,<sup>28</sup> no obstante lo cual, puede afirmarse que las Convenciones Interamericanas de 1979 y 1984, consideradas en conjunto, representan un adelanto significativo en dirección a dar mayor facilidad para el reconocimiento de sentencias extranjeras.

## 2. LAS CONVENCIONES INTERAMERICANAS.

La Convención Interamericana de 1979 sobre la Validez Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (la «Convención de Montevideo») surgió de la Segunda Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado realizada en Montevideo, Uruguay, en 1979.

El Artículo 2 de la Convención de Montevideo especifica las ocho condiciones que deben cumplirse para que las sentencias civiles, comerciales o laborales de uno de los Estados Partes tengan validez extraterritorial en otros Estados Partes:

- (A) La sentencia extranjera debe ser **auténtica** en el Estado de origen;
- (B) La sentencia y los documentos anexos deben estar **traducidos** al idioma del Estado requerido;
- (C) La sentencia debe estar debidamente **legalizada** de conformidad con la ley del Estado requerido;
- (D) El juez o el tribunal que dicta la sentencia debe ser **competente en la esfera internacional** para juzgar la cuestión y para emitir sentencia sobre ella de conformidad con la legislación del Estado requerido;
- (E) El demandando debe haber sido **citado o emplazado** de una manera apropiada y sustancialmente equivalente a la aceptada por la legislación del Estado requerido;

<sup>25</sup> Casad, nota 22 arriba, p. 21.

<sup>26</sup> Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador y El Salvador ratificaron el Código pero hicieron reserva expresa de todas las cuestiones en que el Código se oponía a la legislación local. Ver F. García-Amador, nota 13 arriba, p. 430 y ss. Está demás decir que esto no ayudó a lograr un sistema uniforme de reconocimiento de sentencias a nivel regional.

<sup>27</sup> Ver Casad, nota 22 arriba, p. 52-53.

<sup>28</sup> Ver Siqueiros, *Enforcement of Foreign Civil and Commercial Judgments in the Mexican Republic*, 2 *Hous. J. International Law* 375, 385 (1980).

(F) Las partes deben haber tenido oportunidad de **presentar su defensa**;

(G) La sentencia debe ser final o tener autoridad de **cosa juzgada** en el Estado de origen; y

(H) La sentencia no debe ser manifiestamente contraria al orden público del Estado requerido<sup>29</sup>.

El Artículo 4 permite explícitamente la ejecución parcial si la «sentencia, laudo o decisión extranjera no puede ser ejecutada íntegramente»<sup>30</sup>. En tanto, el Artículo 6 de la Convención de Montevideo deja la determinación de los procedimientos específicos de ejecución a la legislación del Estado requerido.

Las únicas normas generales de procedimiento expuestas en la Convención de Montevideo son las de los Artículos 3 y 5. En efecto, el Artículo 3 enumera los documentos que el Estado requerido puede exigir a quienes solicitan la ejecución de una resolución extranjera, mientras que el Artículo 5 exige a los tribunales del Estado requerido reconocer una declaración de los tribunales del Estado de origen en el sentido que la parte está litigando **in forma pauperis**.

La Convención Interamericana de 1984 sobre Jurisdicción en la Esfera Internacional para la Validez Extraterritorial de Sentencias Extranjeras (la «Convención de La Paz») está dedicada principalmente a desarrollar el concepto contenido en la frase «competente en la esfera internacional» a que se refiere el Artículo 2(d) de la Convención de Montevideo.

El requisito de jurisdicción en la esfera internacional se considerará cumplido cuando la autoridad decisoria del Estado de origen hubiera tenido jurisdicción conforme a cualquiera de las disposiciones siguientes:

(A) En una acción **in personam**, si se cumple cualquiera de las condiciones siguientes o las condiciones dispuestas en la sección D siguiente, según corresponda:

1. El demandado ha tenido domicilio o residencia habitual en el territorio del Estado de origen, o, en el caso de una persona jurídica, ha tenido su domicilio principal en dicho territorio;

2. En el caso de una empresa privada, si ésta ha tenido su domicilio principal en el Estado de origen al momento de iniciarse la acción;

3. Si las actividades que dan lugar a la acción contra una sucursal, agencia o filial de una empresa privada fueron realizadas en el Estado de origen;

4. Si el demandado ha consentido por escrito a la jurisdicción de la autoridad que emitió la sentencia, o no ha cuestionado oportunamente la jurisdicción de esa autoridad;

(B) En una acción sobre derechos reales relativos a bienes muebles tangibles, si se cumple cualquiera de las condiciones siguientes:

1. Si al momento de iniciarse la acción, el bien estaba ubicado en el territorio del Estado de origen;

2. Si se cumple cualquiera de las condiciones estipuladas en la Sección A anterior;

(C) En una acción sobre derechos reales relativos a bienes inmuebles, si la propiedad está ubicada en el Estado de origen;

(D) En una acción derivada de un contrato internacional, si las partes han acordado por escrito someterse a la jurisdicción del Estado de origen, siempre que dicha jurisdicción no hubiera sido establecida de manera arbitraria y tenga una vinculación razonable con el objeto de la acción<sup>31</sup>.

El artículo 2 de la Convención de La Paz dispone que el requisito de jurisdicción se cumple si el tribunal del Estado requerido considera que el Estado de origen asumió jurisdicción con el objeto de evitar una denegatoria de justicia por falta de una autoridad judicial competente o de otra autoridad que resuelva<sup>32</sup>.

Además de las normas jurisdiccionales, la Convención de La Paz contiene dos disposiciones destinadas a aclarar las normas sobre ejecución de la Convención de Montevideo. Así, el Artículo 5 añade un nuevo requisito a los enumerados en el Artículo 2 de la Convención de Montevideo: para ser ejecutada en el Estado requerido, la sentencia no sólo debe ser **res judicata** sino que debe ser de ejecución obligatoria en todo el territorio del Estado de origen. Por su parte, el Artículo 4 de la Conven-

<sup>29</sup> Convención de Montevideo, nota 14 arriba, Artículo 2 (énfasis dado por el autor) (las disposiciones han sido parafraseadas).

<sup>30</sup> Id., Artículo 4.

<sup>31</sup> Convención de La Paz, nota 15 arriba, Artículo 1. Estas disposiciones han sido parafraseadas.

<sup>32</sup> Id., Artículo 2.

ción de La Paz afirma que la validez extraterritorial de la sentencia puede ser denegada si el tribunal del Estado requerido considera que el tribunal extranjero invadió su jurisdicción exclusiva al dictar una sentencia sobre una cuestión determinada.

Aunque las Convenciones de Montevideo y La Paz son menos amplias que el Código Bustamante, también hacen más factible el mutuo reconocimiento y ejecución de las sentencias originadas en los países miembros del sistema interamericano. Sin embargo, incluso una comparación superficial con la Convención de la Comunidad Europea indicaría que las Convenciones Interamericanas son más estrictas de lo que podrían ser: mientras la Convención Europea parte de la premisa de que las sentencias emitidas por un tribunal con jurisdicción competente son ejecutables, las Convenciones Interamericanas parecen basarse en la presunción opuesta -que las sentencias extranjeras no son por lo general ejecutables- para después enumerar las condiciones que deben cumplirse si se desea el reconocimiento o ejecución de una sentencia.

Sin embargo, una importante excepción a esta regla está constituida por una reciente Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias que fue suscrita en el contexto de la Cuarta Conferencia Interamericana sobre Derecho Internacional Privado realizada en Montevideo, Uruguay (la «Convención Alimentaria»). La Convención Alimentaria incluye, en los Artículos 11 al 18 inclusive, normas relativas a la ejecución de sentencias originadas en países miembros sobre pensión de alimentos y sustento económico de menores. A diferencia de las Convenciones de La Paz y Montevideo, la Convención Alimentaria sí establece requisitos jurisdiccionales generales y un sistema casi automático de reconocimiento y ejecución. Aunque todavía no está en vigencia, la Convención Alimentaria representa un importante avance en esta área particularmente delicada de la cooperación internacional en materia judicial<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> El texto de la Convención Alimentaria está reproducido en 29 I.L.M. 73 (1990).

<sup>34</sup> Juenger, *The Recognition of Money Judgments in Civil and Commercial Matters*, 36 Am.J.Comp.L. 1, 9 (1988).

<sup>35</sup> G. Born & D. Westin, *International Civil Litigation in United States Courts* 562 (1989). Ver también, Restatement (Second) of Conflicts of Laws, Chap. 5, Topic 2, Introductory note & No. 93-98 (1969); Restatement (Third) Foreign Relations Law of the United States No. 481, comments a & b (1987).

<sup>36</sup> Id. Ver también, Restatement (Second) of Conflicts of Laws, Chap. 5, Topic 2, Introductory note & seq. 99-102 (1969); Restatement (Third) Foreign Relations Law of the United States No. 481, comments a & b (1987).

<sup>37</sup> No obstante, un autor ha sostenido que «La cuestión más difícil de determinar es si una sentencia extranjera debe pasar por el reconocimiento formal para constituir una excepción de cosa juzgada. No hay consenso sobre esta cuestión; incluso dentro de cada país los analistas difieren.» Larsen, *Enforcement of Foreign Judgments in Latin America*, 17 Tex. Int'l. L.J. 213, p. 214-215.

### III. EJECUCION DE SENTENCIAS ORIGINADAS EN PAISES QUE NO SON MIEMBROS DEL SISTEMA INTERAMERICANO.

Quienes pretenden alcanzar la ejecución de una sentencia extranjera en un país latinoamericano deben conocer las importantes diferencias existentes entre el sistema basado en tratados para la ejecución de sentencias originadas en la región, y las disposiciones más restrictivas de derecho interno que son aplicables al reconocimiento de las resoluciones de países que no son miembros del sistema interamericano. Esta dualidad ha llevado al Profesor Juenger a afirmar que «los esquemas regionales (como el interamericano) pueden ser criticados por discriminar contra los extranjeros»<sup>34</sup>.

Asimismo, deberá tenerse presente que no todos los países latinoamericanos son parte de las Convenciones existentes sobre ejecución de sentencias extranjeras, y que los países miembros aplicarán a los países latinoamericanos que no son miembros las mismas normas restrictivas que aplican a los Estados de fuera de la región.

Como se sabe, el **reconocimiento** y la **ejecución** de una sentencia extranjera son conceptos vinculados pero enteramente diferentes. El **reconocimiento** ocurre «cuando un tribunal se basa en una decisión judicial extranjera para evitar un litigio sobre una demanda particular, en razón de que ya ha sido objeto de juicio en el extranjero»<sup>35</sup>. En contraste, la **ejecución** de una sentencia extranjera ocurre cuando un tribunal «utiliza sus poderes coercitivos para obligar a un demandado a cumplir una sentencia emitida en el extranjero»<sup>36</sup>.

Varios Estados latinoamericanos reconocen el carácter de **res judicata** de una sentencia extranjera sin exigir un procedimiento de confirmación formal<sup>37</sup>. Sin embargo, se exige invariablemente un procedimiento formal de reconocimiento o con-

firmación -conocido generalmente como **exequatur**- para la ejecución de una sentencia extranjera.

La diferencia más significativa entre la ejecución basada en un tratado y la que no lo es radica en los requisitos para el **exequatur**<sup>38</sup>. La ejecución basada en tratados requiere normalmente la acreditación de cuestiones de procedimiento relativas a la ejecutabilidad de la sentencia en el Estado de origen, y a la jurisdicción del tribunal que conoció el caso originalmente. En cambio, cuando la confirmación no se basa en un tratado, el Estado requerido generalmente examinará las leyes del Estado de origen, con el fin de determinar si se cumple con el requisito de la reciprocidad.

La **reciprocidad** es una doctrina de derecho internacional según la cual, «se da a la sentencia emitida en un Estado extranjero el mismo tratamiento dado por los tribunales de ese país a las sentencias del país en el que se solicita la ejecución de la sentencia en cuestión».<sup>39</sup>

A comienzos de este siglo, el requisito de reciprocidad era considerado la regla general en los países latinoamericanos<sup>40</sup>. La situación ha cambiado algo en décadas recientes con la mayor difusión de la ejecución de sentencias extranjeras que tiene como sustento los tratados. Como ha escrito

David Westin, «la sola existencia de un tratado de ejecución puede garantizar la forma más poderosa de reciprocidad»<sup>41</sup>.

No obstante ello, un número considerable de países latinoamericanos exigen todavía la reciprocidad, cuando la ejecución no se basa en un tratado. Con el objeto de ejemplificar la aplicación del principio de reciprocidad a aquellas sentencias que no se originan en países miembros del sistema interamericano, es conveniente revisar las disposiciones de derecho interno actualmente vigentes en el Perú<sup>42</sup>.

En cuanto a las normas procesales, debe anotarse que por aplicación del Decreto Legislativo No. 768, el derogado Código de Procedimientos Civiles continúa aplicándose a aquellos procedimientos de reconocimiento y ejecución que se encuentran en trámite, en tanto que el reciente Código Procesal Civil será de aplicación a las ejecuciones que se inicien a partir de su vigencia.

Por su parte, el Código Civil de 1984, incorporó nuevas disposiciones sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras<sup>43</sup>. El Código ratificó la adhesión del Derecho peruano a la doctrina de la reciprocidad,<sup>44</sup> la cual se aplica para denegar la ejecución de sentencias extranjeras si el Estado de origen no ejecuta las sentencias peruanas o sus

<sup>38</sup> Como se explicará más adelante, el requisito de reciprocidad es otra distinción significativa en varios países latinoamericanos, tales como Chile, México, Perú y Venezuela.

<sup>39</sup> *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113, 227 (Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América).

<sup>40</sup> En su veredicto de 1894 en *Hilton v. Guyot*, el Juez Gray se basó parcialmente en la doctrina de reciprocidad en los países latinoamericanos para concluir que ese requisito era virtualmente universal entre las «naciones civilizadas». Su veredicto describió la situación del derecho sobre ejecución de sentencias extranjera en Sudamérica como sigue: «La norma de reciprocidad parece también haber prevalecido generalmente en Sudamérica. En el Perú, las sentencias extranjeras no son ejecutadas sin examinar los méritos, salvo cuando la reciprocidad está establecida por tratado. En Chile, no ha habido legislación sobre el tema; pero según una decisión de la Corte Suprema de Santiago de 1886, «los Tribunales (chilenos) no deben otorgar un exequatur, salvo sobre decisiones que tengan la forma correcta, y preservando también el principio general de reciprocidad». En Brasil, las sentencias extranjeras no son ejecutadas, salvo si el país donde fueron emitidas admite el principio de reciprocidad, o debido al *placet* del gobierno del Brasil, que puede ser concedido según las circunstancias del caso. En la República Argentina, el principio de reciprocidad fue sostenido por los tribunales y afirmado por el Código de 1878, como una condición *sine qua non* para la ejecución de sentencias extranjeras, si bien ha sido modificado parcialmente por legislación posterior. *Hilton v. Guyot*, p. 226.

<sup>41</sup> Westin, *Enforcing Foreign Commercial and Arbitral Awards in the United States, West Germany and England*, 19 *L. & Pol. International Bus.* 325, 327 (1987).

<sup>42</sup> Como es evidente, el presente artículo no trata sobre la ejecución de laudos arbitrales extranjeros, que es el otro gran tema regulado por las mismas disposiciones de derecho interno peruano. Al respecto, ver: Boza, *Reconocimiento y Ejecución el Perú de Laudos Arbitrales Extranjeros*, en *Thémis-Revista de Derecho*, N° 16, pág. 61, 1990, y Cantuarias, *Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Internacionales*, en *Thémis-Revista de Derecho*, N° 21, pág. 17, 1992.

<sup>43</sup> Código Civil de la República del Perú, Decreto Legislativo No. 295 de 24 de julio de 1984 (de aquí en adelante denominado el C.C. 1984), Artículos 2102-11. Las nuevas normas se aplican también a resoluciones consentidas, determinaciones de responsabilidad civil en sentencias penales y laudos arbitrales.

<sup>44</sup> *Id.*, Artículo 2102.

tribunales efectúan una revisión de fondo de las sentencias peruanas<sup>45</sup>.

Sin embargo, cabe anotar que desde fines de la década pasada ha venido gestándose un criterio jurisprudencial según el cual se presume reciprocidad cuando no existe razón para suponer que las sentencias peruanas no serían ejecutadas por los tribunales del Estado de origen<sup>46</sup>.

Además del requisito de la reciprocidad, el Código Civil exige a la parte que solicita la ejecución de la sentencia extranjera, el cumplimiento de las condiciones siguientes:

- 1) Que el tribunal del Estado de origen haya tenido jurisdicción con arreglo a sus propias normas de derecho internacional privado y a las normas internacionales sobre jurisdicción;
- 2) Que la sentencia no trate de cuestiones que son de jurisdicción exclusiva de los tribunales peruanos;
- 3) Que el demandado haya sido citado de conformidad con las leyes del Estado de origen, haya tenido oportunidad razonable de comparecer y se haya garantizado su derecho al debido proceso;
- 4) Que la sentencia tenga la autoridad de cosa juzgada en el Estado de origen;
- 5) Que no haya litigio pendiente en el Perú entre las mismas partes y sobre la misma materia, salvo que la demanda en la acción extranjera hubiera sido presentada primero;
- 6) Que la sentencia extranjera no sea incompatible con otra sentencia ejecutable, salvo que la sentencia extranjera hubiera sido presentada primero; y
- 7) Que la sentencia no sea contraria al orden público ni a las buenas costumbres<sup>47</sup>.

Los tribunales peruanos reconocerán automáticamente la condición de **res judicata** de una sentencia extranjera si satisface todos los requisitos anteriores, sin exigir un **exequatur** o procedimiento de confirmación<sup>48</sup>.

De conformidad con el Código de 1984, los tribunales peruanos tienen jurisdicción para conocer demandas contra personas naturales y jurídicas domiciliadas en el Perú<sup>49</sup>. Se entiende que un no domiciliado consiente tácitamente a la jurisdicción de los tribunales peruanos cuando sale a juicio sin oponerse a dicha jurisdicción<sup>50</sup>.

En cuanto a los casos de jurisdicción exclusiva, el Código establece que los tribunales peruanos la ejercen cuando la disputa se refiere a bienes ubicados en el Perú, en caso de una acción civil derivada de un crimen o delito cometido en el Perú, o cuando las partes han consentido expresa o tácitamente a su jurisdicción, salvo que se hubiera pactado válidamente algo distinto<sup>51</sup>.

Según las reglas del antiguo Código de Procedimientos Civiles, el interesado debía presentar su solicitud para el **exequatur** ante la Sala Civil de la Corte Superior del domicilio del demandado,<sup>52</sup> acompañándola de una copia legalizada de la sentencia, su traducción oficial al idioma español, y todos los demás documentos que prueben el cumplimiento de los requisitos antes mencionados<sup>53</sup>. Después de oír tanto al demandado como al fiscal, la Sala Civil debía resolver sobre el otorgamiento del **exequatur**<sup>54</sup>. Una vez que la resolución hubiera sido confirmada, el Juez de Primera Instancia del domicilio del demandado debía

<sup>45</sup> Id., Artículo 2103.<sup>46</sup> Ver, por ejemplo, una discusión del caso *Maxfield* (Corte Superior de Lima, Sentencia de 18 de setiembre de 1987) en *Enforcement of Money Judgments Abroad* <de aquí en adelante citado como *Money Judgments Abroad*> (P. Weems ed., 1989) en Peru-3 (autor Jorge Velarde).

<sup>47</sup> C.C. 1984, Artículo 2104.

<sup>48</sup> Id., Artículo 2110.

<sup>49</sup> Id., Artículo 2057.

<sup>50</sup> Id., Artículo 2059.

<sup>51</sup> Id., Artículo 2058. La norma sobre sometimiento voluntario se aplica solamente cuando los tribunales peruanos tienen jurisdicción concurrente. Revoredo, *Exposición de Motivos y Comentarios--Derecho Internacional Privado*, en 6 *Código Civil--Exposición de Motivos y Comentarios* 867, 927 (D. Revoredo ed. 1985).

<sup>52</sup> *Código de Procedimientos Civiles* (de aquí en adelante citado como C.P.C. 1911), Artículo 2107.

<sup>53</sup> C.C. 1984, Artículo 2107.

<sup>54</sup> La Corte Suprema del Perú ha dictaminado que el **exequatur** será nulo si no se concede el deudor el plazo de ley para oponerse a la ejecución. Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 20 de enero de 1950, señalada en M. García Calderón, *Derecho Internacional Privado*.

ejecutar la sentencia como si se tratara de una sentencia peruana<sup>55</sup>.

El nuevo Código Procesal Civil de 1993 ha adecuado al Código Civil de 1984 las normas sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras<sup>56</sup>. Si bien el procedimiento ha variado sólo en cuanto no exige el dictamen del Fiscal Superior, contiene una importante novedad que está llamada a tener un efecto muy significativo en la jurisprudencia sobre la materia: el Código, en su Artículo 838, recoge expresamente el criterio jurisprudencial de presumir la existencia de reciprocidad, correspondiendo la prueba negativa a quien se opone a la ejecución.

Al respecto, debe reiterarse que con anterioridad al nuevo Código Procesal la jurisprudencia nacional había intentado consagrar este principio, ahora recogido legislativamente. Por ejemplo, en un voto en discordia de los magistrados Wilber Baca y Raúl Mendoza, de la Corte Suprema de la República, se justifica dicho principio en los siguientes términos:

«Siendo la reciprocidad un acto de buena fe internacional, que por sí misma no puede ser probada, dado que sólo son objeto de probanza los hechos y efectos negativos, la carga de la prueba en la exigencia legal de la reciprocidad de que trata el inciso octavo del artículo dos mil ciento cuatro del Código Civil, debe ser necesariamente interpretada por el Órgano Jurisdiccional como invertida, de manera tal que si de autos no aparece acreditada la inexistencia de reciprocidad en la nación del fallo a homologarse, sea porque se niega el reconocimiento de los fallos peruanos, sea porque se revisa el fondo de los mismos antes de otorgarse exequatur, debe presumirse legal y válidamente, que existe reciprocidad por ser un principio general de buena fe o cortesía internacional, dado que al negar injustificadamente el exequatur de un fallo de una nación extranjera, el órgano jurisdiccional peruano debe ser conciente que está poniendo en la misma situación ante dicha nación extranjera con los perjuicios que ello conlleva

a sus decisiones, precisamente por aplicación del mencionado principio de reciprocidad»<sup>57</sup>.

La importancia de la disposición comentada, como elemento que favorece a la cooperación judicial internacional, se hará evidente en el corto plazo. Se trata indudablemente de un principio moderno, perfectamente coherente con el sistema de cooperación que los tratados interamericanos pretenden implementar.

#### IV. CONCLUSION.

No obstante el hecho que los países de la América Latina están aún lejos de configurar una sola unidad económica o política, el sistema interamericano sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras se encuentra bastante desarrollado.

Si bien los convenios interamericanos no instituyen un sistema automático (como el que existe entre las naciones de la Comunidad Europea), facilitan considerablemente el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras al eliminar el requisito de la reciprocidad y establecer condiciones uniformes para las sentencias originadas en otros países de la región.

La situación es diferente con relación al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras originadas en países que no tienen tratados vigentes sobre la materia con países latinoamericanos. A pesar de existir posiciones divididas con respecto a la imposición del criterio de la reciprocidad, la mayoría de las jurisdicciones latinoamericanas exigen un proceso complicado de confirmación que en algunos casos incorpora a los más altos tribunales de la nación.

Vale la pena señalar, sin embargo, que las cortes latinoamericanas declinan unánimemente llevar a cabo una revisión de los méritos de la disputa original o permitir que los deudores se opongan a la ejecución en base a razones distintas a lo expre-

<sup>55</sup> Id., Artículo 1165. Ver también C.C. 1984, Artículo 2108.

<sup>56</sup> Código Procesal Civil de la República del Perú, Decreto Legislativo No. 768 de 29 de febrero de 1993, -en adelante será citado como C.P.C. (1993)-. Véase P. Sagastegui, *Código Procesal Civil del Perú*, p. 297: «El Código Procesal tiene como base el Código Civil de 1984 que prácticamente reguló toda la materia concerniente al reconocimiento y la ejecución».

<sup>57</sup> Caso *León Rupp*. Ejecutoria Suprema de 5 de noviembre de 1992, Segunda Sala Civil de la Corte Suprema (voto en discordia de los vocales Wilber Baca y Raúl Mendoza).

samente previsto en la ley. Además, las normas positivas internas sobre ejecución generalmente no exigen el procedimiento de confirmación para efectos de reconocer la autoridad de cosa juzgada de una sentencia extranjera.

Es improbable que un tratado automático sobre reconocimiento y ejecución de sentencias -como el Proyecto de Convenio de La Haya<sup>58</sup>. puede entrar en vigencia en un futuro cercano. Por lo tanto,

corresponderá a los tribunales de cada país miembro del sistema interamericano, interpretar las convenciones y normas internas de tal forma que garanticen al menos cierta movilidad de las sentencias extranjeras en la región. Será determinante para alcanzar este objetivo que aquellos países latinoamericanos que no hayan ratificado aún las convenciones interamericanas se adhieran pronto al sistema que conforman dichos tratados.

<sup>58</sup> Ver nota 12 arriba.

## **ERNESTO VELARDE ARENAS**

Abogado  
Notario de Lima

Conquistadores No. 960, San Isidro  
Telfs. 70-3766 - 41-8236  
Fax: 41-7371

### **PUMOCA INGENIEROS S.R.L.** CONTRATISTAS MINEROS EQUIPO PESADO

F.S. SALAVERRY N° 206  
URB. EL PINO SAN LUIS  
LIMA 30

TELF / FAX: 733313



# SONRÍA

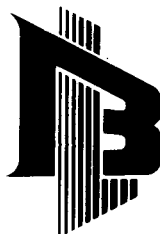


*La única que no le cuesta  
ni al adquirirla ni al usarla.*

El Banco Latino le entrega, completamente gratis, la mejor tarjeta de crédito: Latino Tarjeta Banco. Única por sus múltiples funciones, que le permite:

- Comprar en miles de establecimientos.
- Comprar en soles o en dólares.
- Comprar al crédito.
- Pagar sus compras cada 30 días, sin intereses ni comisiones.
- Llenar su tanque de gasolina.
- Accionar nuestros Cajeros Automáticos.
- Tener absoluta seguridad. (Lleva impresas su fotografía y firma).

Ahora que conoce todas sus ventajas, venga por su Latino Tarjeta Banco. Y sonría.



**Banco Latino**

Donde usted exige.

# LA OBLIGACION: APUNTES PARA UNA DOGMATICA JURIDICA DEL CONCEPTO

Gastón Fernández Cruz  
Profesor de Derecho Civil  
Pontificia Universidad Católica y  
Universidad de Lima.

**SUMARIO:** I.- El Postulado Fático de la Obligación: La Cooperación. II.- La Obligación como Relación Jurídica. III.- La Obligación como Relación Jurídico-Patrimonial. IV.- Notas Conclusivas.

## I. EL POSTULADO FACTICO DE LA OBLIGACION: LA COOPERACION.

1.- Abordar el problema conceptual de la Obligación, representará siempre una labor fascinante para el jurista. Sin embargo, resultará también siempre válido cuestionarse sobre su utilidad, máxime si la Doctrina comparada se ha ocupado con particular interés y profundidad sobre el tema y si, además, el presente trabajo, pretende sólo brindar lineamientos generales - «apuntes» lo hemos llamado - sobre dicho concepto.

Pese a lo expuesto, nuestra experiencia en la cátedra universitaria, nos convence sobre la necesidad de abordar la temática de la Obligación - propia más bien de un libro sobre la materia - en el presente artículo, con dos propósitos muy concretos :

- El primero, el de demostrar al lector, la utilidad práctica del concepto de Obligación, que se desprende necesariamente de otro concepto, prejurídico: la cooperación humana. Por ello, será vital que, previo a la lectura de este trabajo, alejemos de nuestra mente, todo tipo de dogmatismo o pseudo conocimiento de verdades preconcebidas, propio de pensamientos decadentes, que tanto daño han hecho y hacen al Derecho, tratando de frenar su «avance dialéctico». Este trabajo, constituye, en sí mismo, una revisión de conceptos aparentemente absolutos.

*Aunque de modo introductorio, el Dr. Fernández Cruz esboza en el presente trabajo dos puntos centrales de su posición personal sobre la Teoría General de las Obligaciones.*

*Como señala el autor, los temas tratados -el de la Obligación como Relación Jurídica y el de la Patrimonialidad de la Obligación- revisten especial interés práctico, a pesar de su apariencia eminentemente teórica.*

*Particular atención merece la distinción entre los conceptos de patrimonialidad de la prestación y patrimonialidad de la obligación que el autor formula por primera vez, en nuestra Doctrina Nacional.*

- El segundo, el de demostrar también al lector como el concepto que uno adopte de Obligación, debe responder, necesariamente, a una «forma de ver» el Derecho; esto es que, lógicamente, el concepto de Obligación debe derivarse de la propia «cosmovisión» que se tenga de lo jurídico, pues, dicho concepto, será sólo un instrumento o herramienta de trabajo empleado en la construcción del lenguaje técnico de las vinculaciones intersubjetivas patrimoniales.

2.- Si reconocemos al Derecho Objetivo una función básica y esencial como creación humana, esta será necesariamente su función relacional. El Derecho existe, en cuanto existe el hombre como ser social, por lo que la sociabilidad del ser humano postula la idea de relación o vinculación. No solamente, sin embargo, la idea de un ser humano como ente social postula la idea de relación. También la necesidad es un dato de la realidad que representa un postulado cierto para la vinculación entre sujetos. Por ello, se ha dicho que la falta de ciertos bienes dentro de la esfera patrimonial o personal, conlleva la necesidad de adquirirlos de otros; por lo que dicho concepto, la necesidad, «es una exigencia, un menester, que proviene de la falta de ciertas cosas, por lo que tiende a la propia satisfacción y postula, consiguientemente, al bien».<sup>1</sup> Esta idea de bien - conceptualmente hablando - no es otra cosa que «todo lo que puede satisfacer una necesidad»<sup>2</sup> y cuando esta necesidad puede ser satisfecha a través de la cooperación de otro sujeto, el Derecho - como creación humana - necesita de la elaboración de otro concepto: la relación jurídica. Repárese entonces que la idea de relación parte siempre de dos necesidades humanas concretas: la de sociabilización y la de satisfacción que, en su momento, influirán decididamente en la concepción del «Vínculo Jurídico» y del «Interés», como elementos de la Relación Jurídico-Obligatoria.

3.- Sin embargo, un importante sector de la Doctrina continental europea y latinoamericana ha afirmado -no sin cierta diferenciación amplia de matices- que la cooperación no constituye el único postulado fáctico del concepto de Relación Jurídica. Así, BETTI<sup>3</sup>, por ejemplo, en lo que a vinculaciones intersubjetivas patrimoniales respecta, afirma que

éstas responden a dos tipos de problemas distintos que el Derecho pretende resolver: la atribución de bienes, por un lado, resuelta a través de las denominadas «relaciones de derecho real»; y, de otro, los problemas de cooperación, resueltos a través de las llamadas «relaciones de obligación». Surge entonces una primera gran duda sometida a análisis por los juristas contemporáneos: ¿Es la cooperación un presupuesto de las relaciones jurídico-obligatorias en particular, o lo es de las relaciones jurídicas en general?. Nuestra primera tarea consistirá en dar respuesta a esta interrogante, lo que de por sí supondrá una «toma de posición» sobre el propio concepto de Relación Jurídica. Al respecto, el lector debe ser consciente de que la posición a asumirse representará una opción doctrinaria, de naturaleza lógica, pero no exclusiva en el tema, que para el autor constituye su «forma de ver y ordenar el Derecho».

## II. LA OBLIGACION COMO RELACION JURIDICA.

4.- Hemos afirmado antes que, para nosotros, el Derecho tiene una función relacional. Con ello, no queremos significar nada más que el destino o fin del Derecho Objetivo: regular la convivencia pacífica de los sujetos dentro de determinado Orden Social. Para esto, el Derecho se vale de dos «supra-conceptos» para desarrollar un lenguaje jurídico, cuales son, los de «Situación Jurídica» y «Relación Jurídica». Repárese que estos conceptos serán para el Derecho, lo que la «letra» y la «palabra» es para cualquier idioma: herramienta de construcción idiomática.

Al igual que en el lenguaje, el Derecho puede ser construido de manera diversa, atribuyendo a determinada palabra o vocablo, significados distintos, por lo que también en él se da la necesidad de que el jurista sea «políglota». Así, por ejemplo, en el plano idiomático, la sola enunciación de una palabra no puede darnos su significado, si no la ubicamos dentro de su contexto lingüístico. La palabra «guarda», en español (del verbo guardar) significa conserva, custodia; empero, en italiano (del verbo guardare) significa «mira» (del verbo castellano mirar), por lo que no sabríamos que significado

<sup>1</sup> ROCCO. «Opere giuridiche». Vol I, Roma, 1932. Págs. 259-260. También: SPECKER, «Die Persönlichkeitsrechte», Aarau, 1911, Pág. 37; y SCHULZ-SCHÄFFER. «Das sub. Recht im Gebiet d. Unerlaubten Handlung», Vol. I, Marburg, 1915. Pág. 63. Citados en: DE CUPIS, Adriano. «El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil». Traducción de la Segunda edición italiana por Angel Martínez Sarrión. Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona, España, 1975. Pág. 109.

<sup>2</sup> BARASSI. «I Diritti Reali nel Nuovo Codice Civile», Milano, 1943, Pág. 123. También: SPECKER, Ob. Cit. Pág. 37; SCHULZ-SCHÄFFER, Ob. Cit. Vol. I. Pág. 63. citados por: DE CUPIS, Adriano. Ob. Cit. Pág. 109.

<sup>3</sup> BETTI, Emilio. «Teoría General de las Obligaciones» Tomo I. Traducción de la edición italiana por José Luis de los Mozos. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1969. Pág. 3.

atribuirle sino sólo después de ubicar el tipo de lenguaje que se habla. Decíamos que igual sucede dentro del lenguaje jurídico: los conceptos de Situación Jurídica, Relación Jurídica - y hasta el de Obligación - no siempre tienen el mismo significado. Este dependerá de la forma como se ha construido el tipo de lenguaje, de acuerdo a una particular concepción que se tenga del Derecho. Y el Derecho, a través de la Doctrina, ha desarrollado cuando menos cuatro importantes conceptos -distintos y hasta antinómicos - que son atribuidos al vocablo «Relación Jurídica» :

- Uno primero, propio de la Doctrina Civilista del siglo pasado, que entendía a la Relación Jurídica como «todo vínculo de Derecho entre dos o más personas, o entre una de ellas al menos y una cosa corporal o incorporeal, con trascendencia en el ordenamiento vigente»<sup>4</sup>.

En la actualidad, sin embargo, la Doctrina comparada es unánime<sup>5</sup> al negar la posibilidad de que pueda configurarse una relación jurídica entre un sujeto y un objeto corpóreo, desde que la capacidad volitiva necesaria para configurar una relación, sólo puede ser reconocida a los sujetos (con aptitud para emitir declaraciones de voluntad).

- Uno segundo, que entiende a la Relación Jurídica como la vinculación existente «entre un determi-

nado sujeto y el Ordenamiento Jurídico, por medio de una norma jurídica»<sup>6</sup>, el cual, criticando una visión intersubjetiva de la Relación, señala que los contactos recíprocos que se dan entre los miembros de una comunidad, son «relaciones de hecho, cuyo valor no es una determinada disciplina, sino una determinada relevancia, a los efectos de la aplicación de una norma jurídica»<sup>7</sup>.

Sin embargo, esta concepción nunca ha gozado de gran aceptación, siendo prevaleciente la noción de relación jurídica como vinculación intersubjetiva, en donde se entiende al Derecho Objetivo como «ente tutelar» de la relación en sí, desde que reconoce su existencia y la protege, definiéndose a la relación jurídica como «relación de vida reconocida por el ordenamiento jurídico con la atribución de un derecho a un sujeto, al que corresponde la subordinación de uno o más sujetos»<sup>8</sup>.

- Otro tercero, que concibiendo a la relación jurídica como vinculación intersubjetiva, hace válido el empleo de dicho concepto aún dentro de una vinculación aparentemente abstracta: vinculando sujetos indeterminados o, cuando menos, un sujeto determinado con otro indeterminado<sup>9</sup>. Esta posición, goza en la actualidad de gran predicamento y puede considerarse la mayoritaria dentro de la Doctrina comparada, permitiendo con ello afirmar dos grandes tipos de relaciones jurídico-patrimoniales:

<sup>4</sup>. CABANELLAS, Guillermo. «Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual». Tomo VII. Décimo Quinta Edición. Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1982. Pág. 117, También: LEHMANN, Heinrich. «Tratado de Derecho Civil. Volumen I, Parte General. Traducción de la edición alemana por José María Navas. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1956. Pág. 116; VON TUHR. «Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts», Bd. I.1, Halbband, 1914 y ENNECCERUS-NIPPERDEY. «Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts», Bd. I.3, 1959. Citados en: LARENZ, Karl. «Derecho Civil. Parte General. Traducción de la Tercera edición alemana (1975) por Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Editorial Revista de Derecho Privado - Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, España, 1978. Pág. 247.

<sup>5</sup>. Confróntese, por todos: REALE, Miguel. «Introducción al Derecho». Traducción del portugués por Jaime Brufau Prats. Ediciones Pirámide S.A., Madrid, España, 1979. Pág. 176; TRABUCCHI, Alberto. «Istituzioni di Diritto Civile». Trentesima Quarta Edizione. Casa Editrice Dott. Antonio Milani - CEDAM, Padova, Italia, 1993. Pág. 51; GIORGIANNI, Michele. «La Obligación (La Parte General de las Obligaciones)». Traducción de la edición italiana por Evelio Verdura y Tuells. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, España, 1958. Pág. 91; DE LOS MOZOS, José Luis. «Concepto de Obligación». En: «Derecho Civil. Método, Sistemas y Categorías Jurídicas». Editorial Civitas S.A., Madrid, España, 1988. Pág. 313; DIEZ-PICAZO, Luis. «Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial». Volumen I. Editorial Tecnos S.A., Madrid, España, 1983. Pág. 54; HERNANDEZ GIL, Antonio. «Derecho de Obligaciones». Editorial Ceura, Madrid, España, 1983. Pág. 41; LARENZ, Karl. Ob. Cit. Págs. 246-249.

<sup>6</sup>. BARBERO, Doménico. «Sistema del Derecho Privado». Volumen I. Traducción de la Sexta edición italiana (1962) realizada por Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1967. Pág. 149. También: CICALA. «Il Rapporto Giuridico», Milano, 1959. Citado por: BARBERO, Doménico. Ob. Cit. Pág. 149 y TRABUCCHI, Alberto. Ob. Cit. Pág. 48.

<sup>7</sup>. BARBERO, Doménico. Ob. Cit. Pág. 150.

<sup>8</sup>. TRABUCCHI, Alberto. Ob. Cit. Pág. 48.

<sup>9</sup>. Confróntese entre otros: TRIMARCHI, Pietro. «Istituzioni di Diritto Privato». Nona Edizione. Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1991. Pág. 64; REALE, Miguel. Ob. Cit. Pág. 177; LARENZ, Karl. Ob. Cit. Pág. 247; DU PASQUIER, Claude. «Introducción al Derecho». Traducción de la edición en francés por Julio Ayasta Gonzales. Editora y Distribuidora «EDINAF», Cuarta Edición, Lima, Perú. 1990. Págs. 83 a 86, inclusive; VINOGRADOFF, Paul. «Introducción al Derecho». Traducción de la edición inglesa (1913) por Vicente Herrero. Fondo de Cultura Económica, Primera reimpresión de la Cuarta edición, México D.F., México, 1980. Pág. 52.

la relación jurídico-real y la relación jurídico-obligatoria. La primera de ellas, caracterizada por la oponibilidad de derechos que encuentra en la propiedad, su paradigma. El profesor DIEZ-PICAZO, ubicado en esta posición, señala al respecto en forma ilustrativa:

«...Sólo cuando una persona entra en conflicto con otra u otras se pone en juego el ordenamiento jurídico. El derecho de propiedad no consiste tanto en lo que el propietario pueda directamente hacer en su jardín (goce), como en la posibilidad de ponerle al jardín una verja y excluir a los demás de la utilización del jardín»<sup>10</sup>. Esta oponibilidad de derechos como fundamento último de intersubjetividad, incuestionable en un plano jus-filosófico, ha sido sometida a agudas críticas por una cuarta posición doctrinaria que pretende asignar al vocablo «Relación Jurídica», un significado de vinculación intersubjetiva concreta.

- Así, este cuarto concepto o acepción del vocablo «Relación Jurídica», considerará a la misma como vinculación de sujetos determinados o determinables, negando la posibilidad de que pueda hablarse de relación jurídica entre sujetos indeterminados o, entre un sujeto determinado y otro indeterminado.

5.- Las críticas a la concepción de Relación Jurídica como vinculación intersubjetiva abstracta, han sido desarrolladas con variados matices:

- De un lado, tenemos posiciones como la sostenida por BRANCA <sup>11</sup>, quien afirma que sólo puede hablarse de relación jurídica en sentido estricto, «cuando contra el derecho de uno (sujeto activo) exista correlativamente una obligación, positiva o negativa, específica, de algún otro (sujeto pasivo)» y en donde, entonces, no cabe hablar propiamente

<sup>10</sup>. DIEZ-PICAZO, Luis. Ob. Cit. Volumen I. Pág. 59.

<sup>11</sup>. BRANCA, Giuseppe. «Instituciones de Derecho Privado». Traducción de la Sexta edición italiana por Pablo Macedo. Editorial Porrúa S.A., México D.F., México, 1978. Págs. 15, 175 y 251.

<sup>12</sup>. Así, por ejemplo, el propio BRANCA afirmaba; «... el derecho de crédito implica necesariamente una relación entre dos personas, acreedor y deudor; en vez de esto, en la propiedad, el titular del poder (el propietario) se encuentra solo ante la cosa, no habiendo nadie que tenga una obligación específica en su contra». Ob. Cit. Pág. 15. Ver también al respecto: CAZEAUX, Pedro y TRIGO REPRESAS, Félix. «Compendio de Derecho de las Obligaciones». Tomo I. Primera Reimpresión. Librería Editora Platense S.R.L., La Plata, Argentina, 1984. Págs. 16 y sgtes.

<sup>13</sup>. GIORGIANI, Michele. Ob. Cit. Pág. 91; BETTI, Emilio. Ob. Cit. Tomo I. Pág. 4; TRABUCCHI, Alberto. Ob. Cit. Pág. 49. Respecto a este último autor, su posición no resulta del todo clara, por cuanto luego de haber afirmado que, propiamente, sólo cabe hablar de relación jurídica concreta en los derechos reales cuando surja un eventual sujeto que se oponga al ejercicio por el propietario de su derecho, termina admitiendo como posible la existencia de relaciones - inclusive obligatorias - «erga omnes». Confróntese las páginas 49 y 51, con la 52. Sin embargo, creemos que su posición es definida cuando afirma: «... Il rapporto giuridico è quindi soltanto potenziale, poiché tutti indistintamente hanno un eguale obbligo negativo di rispettare il diritto reale; il rapporto sorge direttamente e immediatamente verso chiunque venga a pretendere o a far valere degli interessi contrastanti con il diritto sulla cosa che è oggetto del diritto reale». (Pág. 52).

<sup>14</sup>. BETTI, Emilio. Ob. Cit. Tomo I. Pág. 4. También: DE LOS MOZOS, José Luis. Ob. Cit. Pág. 313.

de relación jurídica cuando la aparente vinculación intersubjetiva se da ente un sujeto activo determinado (propietario) y un sujeto pasivo universal (la comunidad toda).<sup>12</sup>

- De otro, tenemos posiciones como las sostenidas por BETTI, GIORGIANNI y el propio TRABUCCHI <sup>13</sup> quienes muestran su escepticismo sobre la posibilidad de que pueda originariamente hablarse de relación jurídica con la presencia de sujetos indeterminados. Son claras, al respecto, las expresiones vertidas por BETTI: «... No menos viciada de abstracción es la (...) concepción que construye los derechos reales incluyéndolos dentro de las llamadas situaciones jurídicas, previamente delimitadas, las cuales poseen su fin en sí mismas y, a semejanza de los «status» de la persona, no tendrían sujetos pasivos, por lo que en su origen no surgirían como relaciones jurídicas.

Debe ponerse en claro que tales concepciones bordean el absurdo, cuando no caen en él, puesto que es absolutamente falso que el derecho real (...) sea «ab origine» una relación jurídica en la que estén presentes un sujeto activo y, aunque sea indeterminadamente, unos sujetos pasivos. La verdad es que no son tales «todos» éstos sujetos pasivos, sino sólo aquellos que pueden llegar a estar, de hecho, en contacto con la cosa (...)»<sup>14</sup>.

6.- Nosotros compartimos plenamente la opinión doctrinaria que asigna al vocablo «Relación Jurídica» un significado de vinculación intersubjetiva concreta. Pero, al respecto, tomamos una posición particular y estricta: Creemos que si la relación jurídica es la gran herramienta de construcción del lenguaje relacional del Derecho es, precisamente, por la necesidad de cooperación humana. Y, entonces, aún cuando existan conexiones intersubjetivas concretas entre individuos, si éstas se pre-

sentan por circunstancias factuales de oposición, las mismas no pueden ser calificadas de relaciones jurídicas. Las conexiones intersubjetivas de oposición son negación de la cooperación y se presentan, siempre, con una característica típica: la mediatez subjetiva. Ilustremos esta, nuestra aseveración, con un ejemplo:

En el derecho de propiedad, Pedro, en su condición de propietario, pretende gozar -en forma directa- su propia cosa. Esto es, que la estructura del poder que el Orden Jurídico concede al titular propietario, está pensada para el goce inmediato del hombre sobre la cosa. La circunstancia de que Juan, abruptamente, intente interrumpir o interrumpa dicho goce (mediante una usurpación del bien, por ejemplo), materializa una conexión intersubjetiva concreta entre Pedro y Juan, pero de oposición, en donde Pedro no ha buscado «relacionarse» con Juan. Su conexión ha sido fortuita y mediata, pues la única «conexión» por Pedro buscada fue con su propia cosa.

Por ello, consideramos sumamente interesante la opinión vertida por GIORGIANNI sobre la diferenciación de los derechos en torno a la estructura del poder. Para el destacado autor italiano, «los derechos patrimoniales, en consideración de la estructura del poder concedido al titular, pueden por ello ser clasificados así: obligación, derecho de goce (que podría distinguirse en derecho de goce de la propia cosa o de la cosa ajena), derecho de garantía (sobre la cosa ajena), a los que podría añadirse el derecho potestativo»<sup>15</sup>.

En consecuencia, habrán ciertos derechos patrimoniales en donde el carácter inmediato del poder del titular sobre la cosa sirva para la consecución de la satisfacción de su interés; en cambio, habrán otros derechos patrimoniales en donde la estructura del poder del titular de una situación jurídica, está pensada para conseguir, mediante la cooperación de otro sujeto, la satisfacción de su interés.

Aquí, el carácter inmediato del poder del titular se ejerce sobre la conducta del titular de una situación jurídica antitética (la de deber), para que, mediante dicha conducta, le procure la utilidad que satisfaga su interés, en lo cual, éste, ha comprometido su patrimonio.

7.- Por lo expuesto anteriormente, discrepamos de aquella posición doctrinaria que - en la construcción de su lenguaje jurídico - atribuye al concepto de relación jurídica la categoría de «última supraestructura» o «concepto-base» del Derecho. Creemos nosotros que, en el mundo del Derecho, se presentan Situaciones Jurídicas que no califican como Relaciones Jurídicas. Afirmar que la relación jurídica es el concepto «madre» de los demás conceptos jurídicos, es confundir, en nuestra opinión, la noción de relación jurídica con la función relacional del Derecho, pues, en última instancia, el Derecho Objetivo todo (comprendido como Sistema Jurídico) terminaría siendo entendido como la relación jurídica fundamental<sup>16</sup>.

Hemos afirmado que asignar al Derecho una función relacional, no es sino hacer referencia a su finalidad esencial, cual es, regular la convivencia pacífica de los sujetos dentro de determinado Orden Social. No es sino, entonces, afirmar que el Derecho existe en cuanto creación humana y con finalidad humana. A esto se refiere, por ejemplo, GALGANO, cuando refiriéndose al Derecho Objetivo, lo define como «norma general y abstracta, que regula las relaciones entre los hombres, imponiéndoles determinados comportamientos (o sea prescribiendo obligaciones) o imponiéndoles no asumir determinados comportamientos (o sea, prescribiendo prohibiciones)...»; atribuyéndole una función clara y concreta: «la solución no violenta de conflictos entre los hombres»<sup>17</sup>.

La función relacional del Derecho, no es sino, entonces, la concepción del Derecho Objetivo como fenómeno social<sup>18</sup>, que dista mucho de significar

<sup>15</sup>. GIORGIANNI, Michele. Ob. Cit. Pág. 96.

<sup>16</sup>. Ver al respecto: BULLARD GONZALES, Alfredo. «La Relación Jurídico-Patrimonial. Reales Vs Obligaciones». Lluvia Editores, Primera Edición, Lima, Perú, 1990. Pág. 127. El mismo autor señala más adelante: «...Si admitimos que existen situaciones jurídicas que no se configuran como relaciones jurídicas, admitiríamos que hay un «algo» jurídico que no es relación. Esto implicaría que el Derecho no desarrolla, en estricto, una función relacional, pues existe juricidad fuera de la relación entre los hombres. Bastaría entonces un hombre y no dos para que exista el Derecho...». (Pág. 127).

<sup>17</sup>. GALGANO, Francesco. «Diritto Privato». Settima Edizione. Casa Editrice Dott. Antonio Milan - CEDAM, Padova, Italia, 1992. Pág. 19.

<sup>18</sup>. BIANCA, Massimo. «Diritto Civile». Tomo I: la Norma Giuridica; I Soggetti. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1990. Pág. 6. Este autor, destacando la concepción del Derecho como fenómeno social, afirma: «...La considerazione dell'essenziale interdipendenza tra diritto e società é importante al fine di intendere perchi esiste un ordinamento giuridico. Le esigenze che sottostanno all' formazione di un ordinamento giuridico sono le stesse esigenze che spingono l'uomo alla vita associata. Esse non sono solamente di natura economica ma investono tutti gli interessi fondamentali dell'uomo che possono essere soddisfatti attraverso la solidarietà o il rispetto degli altri»

lo mismo que relación jurídica, en sentido técnico. Por ello, afirmar, por un lado, que entre relación jurídica y situación jurídica existe una relación de continente a contenido, significaría restringir el concepto de situación a un «status» o posición singular en que se encontrarían los sujetos dentro de la relación; como indica GARCIA AMIGO, estaríamos hablando de «la polarización subjetiva de la relación»<sup>19</sup>: polo pasivo, representado por la situación jurídica de deber, enfrentado pero definido a la vez por un polo activo, caracterizado por la situación jurídica de poder.

Esta posición representa una posibilidad de ordenar y ver el Derecho. Es válida, en cuanto todos los conceptos que de la misma deriven, gocen de coherencia con dicha visión general.

Simplemente, estamos diciendo que nosotros pretendemos ordenar de otra forma el Derecho, por cuanto creemos que hay situaciones jurídicas que no merecen calificarse de relaciones jurídicas; concepto este último entendido como vinculación intersubjetiva concreta. No pretendemos negar que toda calificación que realiza el Derecho de determinado hecho o acontecer, está pensada dentro de la función relacional reconocida al Derecho Objetivo, pero sí pretendemos afirmar que la calificación de un hecho como situación jurídica, no depende de la concreta vinculación de alguien con otro; esto es, que la calificación jurídica es dada por el Ordenamiento, con prescindencia de la concreta relación de un sujeto con otro. Compartimos más bien posiciones como las planteadas por REALE, DIEZ-PICAZO Y GULLON<sup>20</sup>, que invierten la relación antedicha, considerando al concepto de «Situación Jurídica» como continente y al concepto de «Relación Jurídica» como contenido.

8.- Por lo dicho, precedentemente, consideramos

nosotros que el gran «supra-concepto» del Derecho Objetivo es, pues, el de «Situación Jurídica», que vendría a ser «todo hecho o acontecer de la vida social, que resulta trascendente para el Derecho, al merecer juridicidad por parte del Ordenamiento Jurídico, el interés sometido al mismo».

Esta definición - así planteada - pareciera implicar necesariamente a la de «Derecho Subjetivo», si entendemos por tal solamente «el interés jurídicamente protegido» o la «protección de un interés»<sup>21</sup>, con lo que sólo tendríamos Situaciones Jurídicas Subjetivas cuando, de por medio, existe la tutela de un Derecho Subjetivo.

Nada más alejado de la realidad, sin embargo, desde que el Derecho reconoce la existencia de intereses protegidos que no corresponden «a lo que técnicamente es un derecho subjetivo»<sup>22</sup>. Aún cuando no existe uniformidad en la Doctrina comparada en torno a la definición y utilidad del concepto «Derecho Subjetivo», se le reconocen al mismo, modernamente hablando, cuando menos, tres características típicas:

- a) Su naturaleza de Poder Jurídico,
- b) Que merece un tratamiento unitario e institucionalizado;
- c) Que deja al arbitrio del sujeto, la posibilidad de su ejercicio y defensa<sup>23</sup>.

En tal sentido, una «Situación Jurídica» puede y debe diferenciarse del «Derecho Subjetivo». Es más, el concepto de derecho subjetivo pertenece sólo a la categoría de las «Situaciones Jurídicas Subjetivas (en contraposición a las llamadas «Situaciones Jurídicas Objetivas»)»<sup>24</sup> y, dentro de aquéllas, cabe diferenciar el derecho subjetivo, el interés legítimo, el poder<sup>25</sup>, las expectativas de derecho<sup>26</sup> y, para algunos, las facultades jurídicas, las potestades

<sup>19</sup>. GARCIA AMIGO. «Instituciones de Derecho Civil». Tomo I. Madrid, España, 1979. Pág. 224. Citado en: BULLARD GONZALES, Alfredo. Ob. Cit. Pág. 128.

<sup>20</sup>. REALE, Miguel. Ob. Cit. Págs 200 a 205, inclusive; DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. «Sistema de Derecho Civil». Tomo I. Editorial Tecnos S.A., Madrid, España, 1981. Pág. 246.

<sup>21</sup>. IHERING y THON. Citados en: REALE, Miguel. Ob. Cit. Pág. 199.

<sup>22</sup>. PUIG BRUTAU, José. «Introducción al Derecho Civil». Casa Editorial Bosch S.A., Barcelona, España, 1980. Pág. 399.

<sup>23</sup>. Confróntese: CASTAN TOBEÑAS, José. «Situaciones Jurídicas Subjetivas». En: Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Año CXI, setiembre 1963, número 3, segunda época, Tomo XLVII. Págs. 193-270; DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Ob. Cit. Tomo I. Pág. 471; PUIG-BRUTAU, José. Ob. Cit. Pág. 400.

<sup>24</sup>. CASTAN TOBEÑAS, José. Ob. Cit. Pág. 199.

<sup>25</sup>. REALE, Miguel. Ob. Cit. Pág. 202.

<sup>26</sup>. TRABUCCHI, Alberto. Ob. Cit. Págs. 45 y 46.



jurídicas y los estados.

Como quiera que, lo que nos interesa en este trabajo, son las Situaciones Jurídicas Subjetivas, entenderemos al concepto de situación jurídica, comprendiendo a todas aquéllas antes mencionadas.

Empero, precisamente porque el Derecho brinda protección a los intereses sometidos a su tutela, de muy diversa forma, creemos que cabe distinguirse entre:

- Situaciones Jurídicas Simples o Monosubjetivas: Que serían aquellas situaciones fácticas en donde el Derecho extiende su manto protector sobre los sujetos, con prescindencia de la existencia de alguna vinculación intersubjetiva concreta. Son, en términos de DIEZ-PICAZO y GULLON, «maneras de estar de las personas en sí mismas consideradas»<sup>27</sup>, tales como los «status» en el Derecho. Verbigracia: el estado civil; la capacidad.

Tomemos como ejemplo a la Capacidad de Ejercicio. El Orden Jurídico, concede a un sujeto determinado, la potestad de realizar ciertos actos, sobre la base de un hecho objetivo: el transcurso del tiempo. Simplemente porque ha considerado que a determinada edad se adquiere «la capacidad de medir la trascendencia de determinadas instituciones (el matrimonio, por ejemplo)» y las consecuencias de ciertos actos (negocios jurídicos, por ejemplo), inviste al sujeto de una capacidad de obrar, que le es otorgada con prescindencia de si el mismo va a hacer uso o no de ella. Se la otorga en su calidad de sujeto (situación monosubjetiva), obviamente para que pueda - si lo desea - hacer uso de ella (función relacional del Derecho), pero no en atención a la existencia de una concreta vinculación intersubjetiva (relación jurídica). Repárese que podemos estar frente a un individuo de un ostracismo tal y de tan escaso patrimonio, que no se vincula con otros sujetos, más allá de su círculo familiar. Sin perjuicio de ello, el Orden Jurídico lo inviste de capacidad de ejercicio, simplemente para que pueda hacer uso de ella, alguna vez (situación potencial típica, que responde a la naturaleza relacional del Derecho).

- Situaciones Jurídicas Complejas o Plurisubjetivas: Que serían aquellas situaciones sociales en donde se produce, necesariamente, algún tipo de contacto intersubjetivo. Ahora bien, este contacto intersubjetivo, puede producirse, a su vez, de dos formas

distintas, en dos planos también distintos, dando lugar a:

- Vinculaciones Intersubjetivas Abstractas, en donde el contacto entre los sujetos se produce dentro de un plano de indeterminación subjetiva. Aquí precisamente cabe ubicar la categoría de la propiedad, como situación jurídica de poder concedido a un Titular para su ejercicio directo sobre la cosa, con el objeto de oponerla a todos los sujetos (Sujeto Pasivo Universal). También es el caso de la Representación General por ejemplo, como situación jurídica de poder concedido a un sujeto por otro, con el objeto de que éste, en nombre, por cuenta e interés de aquél, realice, con cualquiera, conexiones intersubjetivas concretas (negocios jurídicos, por ejemplo).

- Vinculaciones Intersubjetivas Concretas, en donde el contacto intersubjetivo se produce entre sujetos determinados o, cuando menos, determinables. Este tipo de conexión intersubjetiva, a su vez, puede producirse por dos diversas causas, ambas concretas, dando lugar a:

-.. Vinculaciones Intersubjetivas Concretas de Oposición, en donde un sujeto determinado, pretende excluir a otro sujeto determinado en el ejercicio de un derecho o situación jurídica en general, no habiendo nunca buscado el contacto intersubjetivo. Estamos, por ejemplo, ante la circunstancia de Pedro, dueño del Fondo «X», que repele a Juan, quien ha usurpado dicho Fondo.

-.. Vinculaciones Intersubjetivas Concretas de Cooperación, en donde un sujeto determinado o determinable, ha buscado «relacionarse» con otro sujeto determinado o determinable, para conseguir una utilidad que éste está en capacidad de procurarle y que satisfaga una necesidad experimentada por aquél, originada en la falta de ciertos bienes.

Nosotros creemos que aquí se ubica el concepto técnico de RELACION JURIDICA, entendida como vinculación intersubjetiva concreta de cooperación.

9.- En consecuencia, reducido completamente el concepto de Relación Jurídica a su sentido técnico, resulta fácil entender a esta noción como nexo jurídico que une entre sí a sujetos de derecho<sup>28</sup>; el cual, sin embargo, puede presentar una estructura simple o compleja, pero implicando o comprendiendo siempre una correlación entre situaciones de deber y poder. Ello, por cuanto creemos que la coope-

<sup>27</sup>. DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Ob. Cit. Tomo I. Pág. 246.

<sup>28</sup>. LARENZ, Karl. Ob. Cit. Pág. 246.



ración constituye el postulado fáctico de toda vinculación intersubjetiva que merezca llamarse relación jurídica. Las necesidades humanas de sociabilización y de satisfacción, engendran vinculaciones intersubjetivas concretas, cuyo contenido, variará según el tipo de necesidad que la haya postulado. Así, por ejemplo, el Matrimonio como Institución, da nacimiento a una relación jurídica de carácter complejo que involucra una serie de vínculos jurídicos (que no son sino también relaciones jurídicas de carácter simple) que correlacionan situaciones de deber y poder. En ese orden de ideas, los denominados deberes de fidelidad, asistencia recíproca y el propio débito sexual, no son sino relaciones jurídicas de orden inferior existentes dentro de una relación jurídica de orden superior, englobante de aquéllas, denominada relación jurídico-matrimonial. Y, ¿cuál es el postulado fáctico de esta relación jurídica compleja?. Pues, indudablemente, la necesidad de sociabilización de los hombres<sup>29</sup>.

Así también, por ejemplo, la falta de ciertos bienes de contenido económico, postulará otro tipo de vinculación intersubjetiva concreta: La relación jurídico-obligatoria u obligación, la cual, es también una relación jurídica compleja, englobante de otra u otras relaciones jurídicas simples denominada(s) vínculo(s) jurídico(s), que, establecida entre dos o más sujetos de derecho, está dirigida a que alguno de ellos «obtenga determinados bienes o servicios mediante la cooperación de la otra o al intercambio de dichos bienes y servicios mediante una recíproca cooperación»<sup>30</sup>. Aquí también, a la pregunta: ¿cuál es el postulado fáctico de esta relación jurídica compleja?, cabría contestar: la necesidad de satisfacción de los hombres que, ante la carencia de ciertos bienes en su esfera patrimonial o personal, los lleva a buscar adquirirlos de otros.

Por lo expuesto, entonces, si alguna definición nos

atreveríamos a ensayar acerca de la relación jurídica, diríamos que es aquella vinculación intersubjetiva concreta de cooperación, que liga a dos o más sujetos de derecho para la realización de una función económica o social, sea ésta patrimonial o no, dirigida a la tutela de intereses que han merecido juridicidad por el Orden Jurídico Positivo<sup>31</sup>. Así entendido el concepto de relación jurídica, estamos en aptitud de comprender cómo pueden presentarse diversos tipos de relaciones jurídicas, las cuales, pueden merecer dos clasificaciones generales:

- Una primera, realizada sobre la base de la naturaleza de la función económica o social, presupuesto-base de la relación jurídica, que nos indica la existencia de relaciones jurídicas patrimoniales y relaciones jurídicas extrapatrimoniales.

- Una segunda, realizada en torno al grado de «organicidad» que presente la relación jurídica, que nos indica la existencia de:

- Relaciones jurídicas simples o de orden inferior, que serían aquéllas que presentan una estructura única de correlación de dos situaciones jurídicas antitéticas de DEBER y PODER. Un ejemplo de éstas será el denominado «Vinculum Iuris» (o «Vínculo Jurídico») que correlacionará dos situaciones específicas de Deber y Poder llamadas DEBITO y CREDITO.

- Relaciones jurídicas complejas o de orden superior, que serían aquéllas que presentan una estructura orgánica, comprendiendo no una, sino varias relaciones jurídicas de orden inferior que correlacionan situaciones de Deber y Poder. Ejemplos de éstas, serán la relación matrimonial por un lado y la relación contractual por otra<sup>32</sup>.

Dentro de este espectro, la Obligación, será una

<sup>29</sup>. Aún cuando no faltarán algunos juristas que señalen a la necesidad de procreación (conservación de la especie) o, incluso, la satisfacción sexual ordenada, como postulados fácticos de este tipo de relación jurídica; conceptos que no hacen, sino, empequeñecer al Matrimonio como Institución Jurídica.

<sup>30</sup>. DIEZ-PICAZO, Luis. «Estudios de Derecho Privado». Capítulo VII: El Contenido de la Relación Obligatoria. Editorial Civitas S.A., Madrid, España, 1980. Nota a pie de página No. 4. Págs. 125 y 126.

<sup>31</sup>. Nuestra definición, toma como punto de partida aquella que el profesor Diez-Picazo ensayara en torno a la relación obligatoria, la cual concebía como «la total relación jurídica que liga a los sujetos para la realización de una determinada función económica o social en torno a un interés protegido por el ordenamiento jurídico». DIEZ-PICAZO, Luis. «Estudios...». Ob. Cit. Pág. 125. Sin embargo, creemos nosotros que dicha definición, antes de referirse a la relación obligatoria en sí, parece adecuarse mejor a aquella más general de relación jurídica, desde que olvida que la relación obligatoria es, típicamente, una relación jurídica PATRIMONIAL.

<sup>32</sup>. Para nosotros, la denominada «relación contractual» no debe ser entendida sino como «la relación jurídico-obligatoria de origen contractual».

específica relación jurídica patrimonial de naturaleza compleja.

### III. LA OBLIGACION COMO RELACION JURIDICO-PATRIMONIAL.

10.- Es común para la Doctrina comparada contemporánea, ubicar el concepto de Obligación dentro del mayor concepto de Deber Jurídico, pero con notas particulares que le brindan una identidad propia. Una de estas notas características que le dan un margen de autonomía a la obligación, en relación a otro tipo de deberes jurídicos, está dado - se dice - por la patrimonialidad de la prestación. El profesor español HERNANDEZ GIL <sup>33</sup>, brinda al respecto una interesante diferenciación de los Deberes Jurídicos, distinguiendo entre:

- Deberes Jurídicos Generales, entendidos como aquéllos que expresan «la fuerza obligatoria de las normas jurídicas», las cuales, no están dirigidas a destinatarios específicos, sino a los integrantes de la comunidad, en su conjunto.

- Deberes Jurídicos Particulares, entendidos como aquellos que se dan en el seno de una relación jurídica, incidiendo sobre «quienes se sitúan, en concreto, en la esfera de actuación de determinadas normas»; esto es, que los destinatarios de los mismos, son sujetos determinados o determinables.

- Obligaciones, entendidos como aquellos específicos Deberes Jurídicos Particulares regulados por el «Derecho de Obligaciones» y que reconocen las singulares características que el Orden Jurídico ha reservado para las mismas.

Aún cuando HERNANDEZ GIL pretenderá negar que la patrimonialidad constituye una de las caracte-

terísticas que singularizan a la obligación respecto a los restantes deberes jurídicos <sup>34</sup>, lo cierto es que la gran mayoría de la Doctrina contemporánea reconoce que, precisamente, es la patrimonialidad, el elemento central que diferencia a la Obligación de los restantes Deberes Jurídicos Particulares<sup>35</sup>.

Sin embargo, no siempre los Sistemas Legislativos han recogido (o no lo han hecho con la claridad deseada) a la patrimonialidad como requisito individualizador de la Obligación. Se dice así, por ejemplo, que bajo las críticas de WINDSCHEID y IHERING, el Código civil alemán omitió pronunciarse expresamente sobre el problema (art. 241o. C.c) y el Código japonés de 1896 llegó a disponer que la prestación pueda tener carácter no patrimonial (art. 399o. C.c)<sup>36</sup>. Ello, por cuanto, aparentemente, no se había obtenido la diferenciación entre contenido patrimonial de la prestación e interés, el cual puede ser patrimonial o no patrimonial.

Es mérito de la Doctrina italiana - a partir de las enseñanzas de SCIALOJA <sup>37</sup> - haber consagrado legislativamente la diferenciación entre contenido patrimonial de la prestación e interés, al estipular en su artículo 1174o. del Código de 1942: «La prestación que constituye el objeto de la obligación debe ser susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés, aunque no sea patrimonial, del acreedor»<sup>38</sup>. Pese a ello, la clara distinción legal consagrada por el Código italiano entre estas dos figuras, desató la polémica - aún no superada - sobre lo que debe entenderse por «contenido patrimonial de la prestación». A clarificar esta discusión debió haber contribuido la propia «Relazione» del Código, en su numeral 557, cuando textualmente afirmó: «la posibilidad de valoración económica no se obtiene sólo si la prestación

<sup>34</sup>. Ibidem. Págs. 110 a 119 inclusive.

<sup>35</sup>. Confróntese, por todos: BRECCIA, Umberto. «Le Obbligazioni». En: Trattato di Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti. Dott. A. Giuffrè Editore., Milano, Italia, 1991. Pág. 20; BIANCA, Massimo. Ob. Cit. Tomo 4: L'obbligazione. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, Italia. Ristampa Emendata. 1991. Pág. 22; TRIMARCHI, Pietro. Ob. Cit. Pág. 114; TRABUCCHI, Alberto. Ob. Cit. Pág. 48 (incluida nota a pie de página No. 2); GIORGIANNI, Michele. Ob. Cit. Págs. 24 y 71; DIEZ-PICAZO, Luis. «Fundamentos...». Ob. Cit. Volumen I. Págs. 333 y 334; DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Ob. Cit. Tomo II, Págs. 89 y sgtes.; CRISTOBAL MONTES, Angel. «La Estructura y los Sujetos de la Obligación». Editorial Civitas S.A., Madrid, España, 1990. Pág. 206; DE LOS MOZOS, José Luis. Ob. Cit. Págs. 309 a 311, inclusive; y, dentro de los dos últimos autores citados, la referencia a la mayoritaria Doctrina Española contemporánea: CASTAN TOBENAS. «Derecho Civil Español, Común y Foral». Tomo II-1, Madrid, España, 1978. Págs. 37 y sgtes; ESPIN CANOVAS. «Manual de Derecho Civil Español». Volumen III: Obligaciones y Contratos, Madrid, España, 1983. Pág. 46; PUIG BRUTAU. «Fundamentos de Derecho Civil». Tomo I-2, Barcelona, España, 1976. Págs. 5 y sgtes; ALBALADEJO. «Derecho Civil». Tomo II-1, Barcelona, España, 1970. Págs. 11 y sgtes.

<sup>36</sup>. GIORGIANNI, Michele. Ob. Cit. Pág. 38.

<sup>37</sup>. Ibidem

<sup>38</sup>. Estipula el artículo 1174o. del Código civil italiano de 1942: «Carattere patrimoniale della prestazione. La prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore.»

tiene un intrínseco valor patrimonial, sino también cuando lo recibe, de reflejo, de la naturaleza de la contraprestación, o bien de una valoración hecha por las partes, como en el caso en que se conviene una cláusula penal». <sup>39</sup> No fue ello así. A lo sumo, en palabras de BIANCA, se admite que la patrimonialidad - según la interpretación predominante - pueda ser objetiva o subjetiva. «Es decir, la prestación puede tener un valor de cambio objetivamente verificable o, puede tener un valor económico atribuible sólo por las partes. También en tal caso la prestación es susceptible de valuación económica si las partes han acordado atribuirle un valor patrimonial. Por ejemplo: fijando la entidad del precio o la entidad de la penalidad en caso de incumplimiento»<sup>40</sup>.

Es de esta posición, por ejemplo, GALGANO, quien afirma: «El objeto de la obligación, o sea la prestación debida del deudor al acreedor, debe tener carácter patrimonial; esto es, debe ser susceptible de valuación económica (art. 1174o.): debe consistir o en el pago de una suma de dinero o en un diverso comportamiento del deudor que sea, sin embargo, traducible en una suma de dinero que represente el valor económico. Si por la prestación se ha previsto un corresponsivo en dinero (por ejemplo, la retribución de la prestación de trabajo), es este corresponsivo en dinero su valor económico; pero un corresponsivo en dinero puede faltar, como cuando dos empresarios, por ejemplo, están recíprocamente obligados, por contrato, a no hacerse competencia. Aquí es, empero, evidente el valor económico de la prestación (en la especie, de no hacer): consiste en el mayor provecho que cada uno de los dos empresarios puede realizar por efecto de la no competencia del otro. Tanto que, si uno de los dos viola la obligación asumida y realiza actos de competencia, el otro podrá pedir el resarcimiento del daño; o sea, una suma de dinero correspondiente al mayor provecho frustrado»<sup>41</sup>.

A tesis como la expuesta, ha replicado en su oportunidad GIORGIANNI - creemos, con acierto - que, en realidad, confunde dos órdenes de problemas distintos: el de patrimonialidad de la prestación y

el de juridicidad del interés. «El carácter pecuniario de la contraprestación o la cláusula penal podrán ser, en efecto, sólo un índice del carácter patrimonial del INTERES del acreedor, que el artículo 1174o. distingue cuidadosamente de la PRESTACION; por lo que no es posible hacer derivar el carácter pecuniario de la segunda del carácter pecuniario del primero». Refiriéndose al numeral 557 de la «Relazione», afirma: «... este párrafo de la Relación no puede ciertamente vincular al intérprete, dado que cuanto se afirma en ésta debe considerarse decididamente contradicho por la letra del artículo 1174o., cuando dice que «la prestación ...debe ser susceptible de valuación económica», en base a cuya fórmula no puede ciertamente sostenerse que la valorabilidad económica pueda derivar del criterio subjetivo de las partes»<sup>42</sup>.

A juicio del ilustre ex-catedrático de la Universidad de Bologna, la patrimonialidad de la prestación tiene siempre un carácter objetivo: «En un determinado ambiente jurídico-social, los sujetos están dispuestos a un sacrificio económico para gozar de los beneficios de aquella prestación y que esto pueda tener lugar sin ofender los principios de la moral y de los usos sociales, además de, por supuesto, la ley»<sup>43</sup>.

11.- Existen pues, como apreciamos, dos grandes teorías que tratan de explicar la patrimonialidad de la prestación: Una primera, que nosotros llamaremos «Subjetiva Clásica», que sustenta la suficiencia de la voluntad de los sujetos para dotar de contenido patrimonial a comportamientos en sí mismos considerados como no patrimoniales, sin perjuicio de la existencia de comportamientos «per se» intrínsecamente económicos. Una segunda, «Objetiva», que afirma que la patrimonialidad de la prestación es dada por el ambiente jurídico-social en que dicha obligación surge, con prescindencia de la voluntad concreta de los sujetos. En el fondo, sin embargo, reducir la Teoría Objetiva de la Patrimonialidad de la Prestación a la Tesis del «Sacrificio Económico» de GIORGIANNI, puede resultar estrecho. Se ha planteado entonces una interesante tesis que pretende diferenciar entre con-

<sup>39</sup>. ZACCARIA, Alessio. En: «Commentario Breve al Codice Civile». A cura di Giorgio Cian e Alberto Trabucchi. Commentario al Artt. 1174o. del C.c. Casa Editrice Dott. Antonio Milani - CEDAM, Padova, Italia, 1992. Pág. 905; también: GIORGIANNI, Michele. Ob. Cit. Pág. 42.

<sup>40</sup>. BIANCA, Massimo. Ob. Cit. Tomo 4. Pág. 78.

<sup>41</sup>. GALGANO, Francesco. Ob. Cit. Págs. 180 y 181.

<sup>42</sup>. GIORGIANNI, Michele. Ob. Cit. Págs. 42 y 43.

<sup>43</sup>. Ibidem. Ob. Cit. Pág. 44.

tenido patrimonial de la prestación y contenido patrimonial de la obligación; esto es, entre contenido económico de la conducta y asignación de valor.

No siempre se ha percibido con nitidez la diferencia entre estos dos conceptos, a punto tal, que muchos han creído que la asignación de valor a los bienes, objetivamente realizada a través del concepto de VALOR DE MERCADO, corresponde a la problemática del «contenido patrimonial de la prestación», mientras que la asignación de valor a los bienes, desde un punto de vista subjetivo, corresponde a la problemática del «contenido patrimonial de la obligación».

Para ello, en lo que respecta al problema de asignación de valor objetivo a los bienes, conviene recordar que, en realidad, si reconocemos que la finalidad propia de todo Ordenamiento Jurídico es la de garantizar la convivencia pacífica de los hombres; debe prestarse particular atención sobre los bienes económicos escasos frente a la considerable cantidad de necesidades existentes de los sujetos, que ponen en peligro la paz social<sup>44</sup>. Por eso, el Orden Jurídico interviene asignando valores económicos a los bienes, sobre la base de la UTILIDAD que prestan dentro de una sociedad dada.

Esta tesis, que denominamos de la «Utilidad Social», creemos que explica más coherentemente la asignación de valor a los bienes, desde un punto de vista objetivo: Hay bienes (entendidos como todo aquello que puede satisfacer una necesidad) que merecen un valor objetivo, sobre la base de la utilidad social que prestan; esto es, merecen un valor de mercado asignado por las leyes económicas de la Oferta y la Demanda. Analicemos dos ejemplos: En primer lugar, imaginemos estar ante una variedad de bienes destinados a la pesca, por ejemplo, un equipo hidroneumático procesador de pescado. Resulta lógico pensar, que el valor objetivo de dicho bien está condicionado por la utilidad que presta en determinada sociedad (determinado ambiente jurídico-social). En el Perú, dicho equipo «vale», porque nuestro país posee litoral y el pescado es un bien de consumo humano. Si trasladáramos el equipo absorbente de pescado a una sociedad asentada en un territorio que no posee litoral o que, por creencias religiosas, no consume pescado, su valor económico - sobre la base de las leyes de la Oferta y la Demanda - sería nulo; es

decir, cero.

Imaginemos ahora un segundo ejemplo: Un modisto inglés, afamado por la confección de trajes de casimir que realiza en Gran Bretaña. Los servicios que presta o, mejor aún, la utilidad que se consigue a través de sus servicios, merece valoración económica dentro de la sociedad inglesa, pues responde a su «estilo de vida», condicionado además, por un clima frío. Este modisto inglés, logra darse un breve descanso de sus actividades y decide ir de vacaciones a Africa, donde participará en un «Safari». Emprende pues vuelo a un tórrido país africano, con tan mala suerte, que su avión, cuando ya estaba dentro de territorio continental africano, sufre un desperfecto en pleno vuelo, cayendo a tierra. Sin embargo, logra salvar su vida y su maleta, conteniendo telas de casimir inglés. Curado por una tribu estival africana y, ante la absoluta imposibilidad material de regresar a Inglaterra, decide integrarse a la tribu africana, haciendo lo único que sabe hacer: trajes.

Sin embargo, no logra intercambiar ni uno de los trajes que confecciona por otra clase de bienes que necesita (trueque), porque a sus trajes los aborígenes no les asignan ningún valor económico: no los necesitan a cuarenta grados a la sombra, ni responden a su «estilo de vestirse»; una incipiente, pero existente ley de Oferta y Demanda de productos, le ha asignado un valor económico nulo; es decir, cero.

Repárese entonces que, en ambos ejemplos, el valor patrimonial de las conductas (o, mejor aún, de la utilidad que se consigue a través de las mismas) es extrínsecamente asignado por el Orden Objetivo, sobre la base de la utilidad social que prestan dentro de una concreta sociedad; ello, sin perjuicio de la existencia, por excepción, de atribución de valores intrínsecamente económicos a los propios bienes, independientemente de la utilidad que prestan<sup>45</sup>.

Surgen, sin embargo, algunas interrogantes de difícil respuesta, si no profundizáramos más sobre este tema. Así, por ejemplo, podríamos preguntarnos: ¿Qué pasaría si un individuo - por curiosidad o porque no tiene las mismas creencias religiosas que la gran mayoría de los miembros de la sociedad- decide adquirir y adquiere el equipo absorbente de pescado?; ¿Que pasaría si también por

<sup>44</sup>. Ibidem. Ob. Cit. Pág. 40.

<sup>45</sup>. Como sucede, por ejemplo, cuando se intenta comercializar un lapicero de oro que ya no escribe, pues ha desaparecido la fábrica que elaboraba las «cargas de repuesto». Aquí, el bien, ya no vale como lapicero (es decir, en función a la utilidad que presta), sino en función a su elemento conformante: el oro.

curiosidad o por tener un «recuerdo del inglés», un aborígen decide intercambiar artículos utilitarios por un traje de casimir inglés?; ¿Qué constituye en este caso el contenido patrimonial de la prestación?

12.- A cuestionamientos como los antes planteados, resulta pertinente oponer la diferenciación entre contenido patrimonial de la prestación y contenido patrimonial de la obligación; este último concepto, entendido como un problema de asignación de valor. CANNATA <sup>46</sup>, por ejemplo, afirma al respecto que resulta necesario distinguir entre valor patrimonial de la prestación y asignación de valor, estando el primero referido al «quid», mientras el segundo al «quantum» patrimonial<sup>47</sup>.

TRIMARCHI, desarrollando aún más esta crítica, afirmaba que la patrimonialidad «...no es un problema de mensurabilidad de un valor económico objetivo mediante la referencia al precio de mercado o a otros criterios: tal posibilidad de medición no parece esencial a los fines jurídicos al punto que destruya un requisito de existencia de la obligación. El problema del artículo 1174o. cod. civ. (italiano) es otro: lo que la norma requiere es que se trate de «prestaciones que puedan ser objeto de intercambio económico», sin ofender los principios de la moral y de la costumbre social...»<sup>48</sup>.

Esto es, que el denominado problema de la patrimonialidad de la prestación, es siempre un problema abstracto que responde a la apreciación generalizada sobre qué bienes poseen la cualidad de ser susceptibles de intercambio económico.

Que, en tal sentido, les corresponda, en la generalidad de los casos, una asignación de valor también objetiva, manifestada a través del valor de mercado de los bienes, en relación a la utilidad social que prestan los mismos, en una sociedad dada, es ya un problema de contenido económico o patri-

monialidad de la obligación, que constituye la noción correlativa de aquélla que BETTI denominó con tanta propiedad «INTERES TIPICO», entendido como «categoría socialmente apreciable en su configuración abstracta»<sup>49</sup>.

Por ello, la denominada por nosotros Teoría de la «Utilidad Social», en el fondo, es una teoría aplicable a comprobar la patrimonialidad de la obligación, antes que la patrimonialidad de la prestación en sí.

También, sin embargo, existe un problema de patrimonialidad de la obligación, que responde a la asignación de valores por parte de los individuos, que mantiene relación con la noción de INTERES INDIVIDUAL (plano concreto), que no es sino la valoración humana, concreta y particular que realizan los sujetos sobre la utilidad que les brindan los bienes.

Esta tesis, ya sostenida por nosotros en un trabajo anterior <sup>50</sup>, permite afirmar que el contenido económico de la obligación (entendida siempre como relación jurídico-patrimonial de naturaleza compleja) debe estar integrada por la patrimonialidad de la prestación y una asignación de valor que puede ser objetiva (en cuyo caso la asignación de valor por los sujetos habrá coincidido con el valor de mercado asignado por el Orden Objetivo) o, subjetiva (en donde la asignación de valor puede haberse incrementado o disminuído en relación al valor de mercado de los bienes, con valores económicos subjetivos introducidos por los sujetos).

Un ejemplo ilustrará nuestra aseveración: Pedro, decide de común acuerdo con Juan, adquirirle el bien inmueble determinado que éste posee en Barrios Altos, Lima, pagando un precio ascendente a S/. 30,000.00 (Treinta Mil Nuevos Soles). Dicho precio, en realidad, es aquél que las leyes de la Oferta y la Demanda han asignado al referido in-

<sup>46</sup>. CANNATA, Carlo Alberto. En: «Trattato di Diritto Privato». Diretto da Pietro Rescigno. Volume 9. Tomo Primo. (Obbligazioni e contratti). Unione Tipografico-Editrice Torinese-UTET, Torino, Italia, 1982. Págs. 13 y sgtes.

<sup>47</sup>. Al respecto, conviene consultar: FORNO FLOREZ, Hugo. «Apuntes sobre el Contenido Patrimonial de la Obligación». En: *Advocatus*. Revista de Derecho de los alumnos y egresados de la Universidad de Lima. Año I, Primera Entrega, Lima, Perú. Págs. 21 a 27, inclusive. En dicho trabajo, Forno, siguiendo a Cannata, afirmaba: «...Como explica Cannata, del tema que ahora analizamos se derivan dos cuestiones que aunque están estrechamente vinculadas son distintas y deben resolverse con criterio también diverso. El primer aspecto se refiere a la existencia misma de la patrimonialidad de la prestación y se resume en la pregunta ¿Tiene Valor?. La segunda cuestión sólo debe abordarse cuando sea necesario y siempre después de haber contestado afirmativamente la primera cuestión. Este segundo problema se resume en la pregunta ¿Cuánto Vale?...» (Pág. 27).

<sup>48</sup>. TRIMARCHI, Pietro. Ob. Cit. Pág. 113.

<sup>49</sup>. BETTI, Emilio. Ob. Cit. Tomo I. Pág. 61.

<sup>50</sup>. FERNANDEZ CRUZ, Gastón. «Responsabilidad Civil y Derecho de Daños». En: *El Jurista*. Revista Peruana de Derecho. Año I, Número 4, Lima, Perú, Diciembre 1991. Págs 91, 92, 104 y 105.

mueble, en atención a sus características y ubicación. Con anterioridad, Juan había ofrecido en venta el mismo inmueble a S/. 35,000.00 (Trenticinco Mil Nuevos Soles), no habiéndose generado posibles compradores del mismo, simplemente porque dicho precio superaba el valor de mercado del inmueble. En este ejemplo, puede afirmarse que el contenido económico de la relación jurídico-obligatoria de Compraventa (patrimonialidad de la obligación) que vincula a Juan y Pedro, está integrado sólo por la asignación de valor objetivo realizado por el Orden Jurídico al bien, objeto de intercambio económico, presumiéndose la exacta identidad o coincidencia con el mismo, del valor subjetivo atribuido por los sujetos: Pedro no está dispuesto a pagar nada más allá del valor de mercado del inmueble.

En cambio, imaginemos una variante del ejemplo anterior: Pedro está dispuesto a adquirir de Juan el inmueble determinado que éste posee en Barrios Altos, Lima, cuya venta se ha ofertado al público en S/. 30,000.00 (Treinta Mil Nuevos Soles); precio que no es sino el valor de mercado del referido inmueble. Con el objeto de asegurarse la compra de dicho bien, Pedro ofrece pagar S/. 35,000.00 (Trenticinco Mil Nuevos Soles), precio superior al valor de mercado del inmueble. La razón que lleva a Pedro a realizar tal oferta, es que desea ahuyentar posibles compradores, toda vez que desea dicho inmueble para sí, en atención a que fue allí donde vivió toda su niñez y adolescencia, junto con sus hoy difuntos padres, que se sacrificaron para darle una honrosa profesión. Repárese que, en este ejemplo, el contenido económico de la relación jurídico-obligatoria de Compraventa (patrimonialidad de la obligación) es de S/. 35,000.00 (Trenticinco Mil Nuevos Soles), integrado por S/. 30,000.00 (Treinta Mil Nuevos Soles) correspondientes a la asignación de valor objetivo realizado por el Orden Jurídico y S/. 5,000.00 (Cinco Mil Nuevos Soles) adicionales introducidos por el Interés No Patrimonial (afectivo) de Pedro.

Empero, en ambos casos, el contenido patrimonial de la prestación - siempre presente - está constituido por el hecho que dicho inmueble, es calificado, abstracta y objetivamente por determinado ambiente jurídico-social (la sociedad peruana y su orden normativo), como susceptible de intercambio económico.

13.- A esta altura de nuestro discurso, estamos en capacidad de advertir que existe pues una diferencia entre patrimonialidad de la prestación y patrimonialidad de la obligación (entendida como relación jurídica compleja).

La patrimonialidad de la prestación supone una valoración siempre objetiva, de carácter abstracto, que introduce una presunción sobre el hecho que la asignación de valor hecha por los individuos a los bienes que satisfacen sus necesidades, coincide con el valor de mercado de los mismos. Sin embargo, podemos estar frente a una vinculación intersubjetiva concreta de cooperación en donde la utilidad perseguida no corresponda a bienes que poseen exactamente un valor de mercado. Ello sucede, por ejemplo, cuando:

- Uno de los polos de la relación jurídica decide adquirir un bien determinado, dentro de una sociedad dada, que no posee una utilidad social. Es el caso que analizáramos antes de la adquisición del equipo absorbente de pescado, por curiosidad; o, comúnmente hablando en sociedades como la nuestra, la adquisición de antigüedades.

Repárese que, para algunos, los ejemplos antes planteados, podrán significar un buen índice de que cabe hablar de obligaciones que no involucren conductas patrimoniales y que, inclusive, puedan corresponder a intereses no patrimoniales de la partes, desde que comprenden bienes que no poseen un valor de mercado y que son adquiridos movidos por intereses desprovistos de contenido económico (curiosidad, afecto, añoranza, etc).

Nada más alejado de la realidad. La duda se presenta, precisamente, en aquéllos que confunden los conceptos de contenido patrimonial de la prestación y asignación de valor económico a la obligación. El contenido patrimonial de la prestación no está dado por el valor de mercado de los bienes. Está dado por aquello que hemos llamado «posibilidad de que las conductas puedan ser objeto de intercambio económico», sin lesión de los grandes lineamientos o reglas sociales de convivencia pacífica (Moral, Orden Público, Buenas Costumbres, Normas Imperativas). Que normalmente el contenido patrimonial de la prestación suponga una asignación de valor objetivo, dado por el valor de mercado de los bienes, no significa que en ausencia de un valor de mercado, no exista contenido patrimonial de la prestación. Sino, todas las conductas que por primera vez se dan en la sociedad para alcanzar utilidades económicas novedosas, carecerían de contenido patrimonial. (Por ejemplo, la primera relación jurídica generada, en su momento, por un Contrato de Franquicia; o, más aún, cualquier relación jurídico-obligatoria atípica, generada en un Contrato Atípico).

Por ello, compartimos las posiciones planteadas por CIAN y DI MAJO que resume bien ZACCA-



RIA cuando afirma que «...debiéndose renunciar al requisito del precio de mercado, más allá de aquello de un efectivo cambio con dinero u otro bien patrimonial, es preciso reconocer que la patrimonialidad se disipa en el más amplio criterio de la «negociabilidad» del comportamiento, de la cual la posibilidad de valuación pecuniaria de la prestación podría, a lo más, constituir un índice...»<sup>51</sup>

- Uno de los polos de la relación jurídica decide pagar más por un bien, que aquél que correspondería a su valor de mercado.

Aquí, siempre estaremos ante una obligación que posee «contenido patrimonial de la prestación», dado por eso que hemos llamado «susceptibilidad de intercambio económico». Lo que sucede también es que la patrimonialidad de la obligación (o su contenido económico) sí está dado por la asignación de valor atribuido objetivamente por el mercado, más un «plus» atribuido por el interés (patrimonial o no) de los sujetos.

Esta distinción entre patrimonialidad de la prestación y patrimonialidad de la obligación, fue ya percibida por DIEZ-PICAZO, quien había sostenido lo siguiente: «...Quizá convenga diferenciar como cuestiones diversas la patrimonialidad de cada singular prestación y la patrimonialidad de la obligación como bloque o marco institucional que sirve de causa para la realización de los intereses de las partes. La admisibilidad de prestaciones extrapatrimoniales se encuentra a mi juicio fuera de toda duda. En las líneas anteriores hemos aludido a la prohibición impuesta a un inquilino de introducir animales en local arrendado o de dedicar éste a usos incómodos y a la obligación del director de una publicación de mantener la línea ideológica de la misma. Sin embargo, es de observar que tales prestaciones extrapatrimoniales aparecen integradas en una obligación que considerada en su conjunto posee un claro sentido económico: un contrato de arrendamiento o un contrato de trabajo...»<sup>52</sup>.

14.- Nosotros compartimos la diferenciación entre

<sup>51</sup>. CIAN y DI MAJO. Citados por ZACCARIA, Alessio. En: «Comentario...». Ob. Cit. Pág. 905.

<sup>52</sup>. DIEZ-PICAZO, Luis. «Fundamentos...» Volumen I. Ob. Cit. Pág. 361.

<sup>53</sup>. BRECCIA, Umberto. Ob. Cit. Pág. 135, con especial referencia a la abundante doctrina italiana que fundamenta la distinción: BIGLIAZZI GERI, BUSNELLI, NATOLI, GAZZONI, CANNATA y muchos otros. Respecto a la doctrina latinoamericana conviene consultar: WAYAR, Ernesto. «Derecho Civil». Tomo I: obligaciones. Ediciones De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1990. Págs 119 y sgtes. Sin embargo, para este autor, aún cuando debe distinguirse entre Prestación y Objeto, la patrimonialidad sólo es requerida para la prestación, no así para el objeto. (Pág. 136).

<sup>54</sup>. POTHIER, Robert Joseph. «Tratado de las Obligaciones». Traducción de la edición francesa de 1824 por M.C. de las Cuevas. Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1978. Numeral 138. Pág. 81.

<sup>55</sup>. Ver al respecto: GIORGIANNI, Michele. Ob. Cit. Págs. 38, 39 y 40; BIANCA, Massimo. Ob. Cit. Tomo 4. Pág. 80.

contenido patrimonial de la prestación y contenido patrimonial de la obligación, pero no enteramente por los argumentos esgrimidos por DIEZ-PICAZO. No creemos que sea propio hablar de «prestaciones extrapatrimoniales», cuando se indica por otro lado que debe haber siempre un «contenido patrimonial de la prestación», para hablar de la configuración de una Obligación.

Sin embargo, dicha aparente contradicción se salva si se traslada la problemática de la patrimonialidad de la prestación, de la prestación en sí, al objeto de la obligación. En efecto, repárese que en muchos pasajes de nuestro discurso hemos afirmado que, en vez de referirnos al «valor patrimonial de las conductas», resulta más propio hablar del «valor patrimonial de la utilidad que se consigue a través de las conductas», con lo que el eje de la patrimonialidad lo trasladamos de la Prestación al Objeto. Ello, por cuanto creemos en la distinción entre Contenido y Objeto de la Obligación: En toda obligación, siempre está implicado un resultado perseguido, entendido como Objeto. Esto es, «el bien o utilidad que corresponde al acreedor y que es conseguido por medio del comportamiento del deudor»<sup>53</sup>; siendo este medio, la prestación. Precisamente, es la valoración que se realiza de dichos bienes, en el sentido de que si pueden o no ser objeto de intercambio económico, lo que da el contenido patrimonial en el sentido en que venimos hablando.

15.- Finalmente, no habría sido completo nuestro análisis sobre la patrimonialidad de la prestación, sino hacemos, aunque sea mención, a una tercera teoría que ha creído encontrar el contenido patrimonial de la prestación en el carácter pecuniario del resarcimiento del daño<sup>54</sup>. Creemos también - junto con la doctrina mayoritaria al respecto- que no puede dar el resarcimiento del daño, el contenido patrimonial de la prestación, tanto porque son «entidades diversas»; «porque el incumplimiento de un deber de contenido no patrimonial puede dar lugar a un daño económico»; «porque la tutela del derecho de crédito no es confiado exclusivamente al resarcimiento del daño»<sup>55</sup>; pero tanto más,



porque estamos ante un análisis anterior a la posibilidad de la producción de un daño: Se decide si una obligación tiene contenido patrimonial (en la prestación), con independencia de si dicha obligación pueda o no ser incumplida y, con prescindencia también de si dicho incumplimiento genera o no un daño.

#### IV. NOTAS CONCLUSIVAS.

16.- Habíamos advertido al inicio de nuestro trabajo, que el presente discurso iba a constituir una revisión de conceptos aparentemente absolutos. He aquí, entonces, las conclusiones - siempre polémicas - a las que hemos arribado, agotado el discurso en su pretensión primaria; esto es, el de constituir «apuntes preliminares para una dogmática jurídica del concepto de obligación».

Para nosotros, entonces, de obligación cabe hablar cuando:

a.- Reconozcamos en dicho concepto, uno «eminentemente técnico», que califique como «Vinculación Intersubjetiva Concreta de Cooperación de Contenido Patrimonial». En tal sentido, la Obligación no constituye un tipo de Relación Jurídica Patrimonial. Constituye LA RELACION JURIDICO-PATRIMONIAL.

b.- Entendida como «la relación jurídico-patrimonial», califica como especie, dentro del género de relaciones jurídicas complejas o de orden superior, que constituyen verdaderos «organismos jurídicos»<sup>56</sup>.

c.- Posea, necesariamente, un contenido patrimonial de carácter abstracto y objetivo, constituido por la «Patrimonialidad del Objeto», representado por la «negociabilidad del bien o utilidad» que, se persigue obtener por la vía de la cooperación expresada a través del despliegue de energías de trabajo. Esto es que, estaremos ante Obligaciones, en su sentido técnico:

c.1.- Siempre que el objeto de la obligación sea susceptible de intercambio económico (Y, por ello, no puede hablarse de obligaciones en sentido técnico, por ejemplo, cuando alguien se «compromete» a «donar» un órgano no regenerable del propio cuerpo: artículo 60. del Cód. civ. peruano. Así también, en los denominados «deberes familiares»).

c.2.- Siempre que dicho objeto se consiga por medio

de una prestación, entendida como despliegue de energías de trabajo. Ello, por cuanto el Contrato es también en sí mismo, un vehículo de cooperación, siendo posible que la utilidad perseguida pudiera llegar a obtenerse por la sola declaración de voluntad de los sujetos, sin necesidad alguna de la realización de conductas. (Y así se habla, por ejemplo, de la fuerza suficiente del Consenso para producir el efecto traslativo de la propiedad, en algunos Sistemas, como el italiano).

Este contenido patrimonial de carácter abstracto y objetivo debe estar SIEMPRE presente para que una Obligación sea concebida como tal y es lo que la gran mayoría de la doctrina civilista aún llama «contenido patrimonial de la prestación».

d.- Sin perjuicio de la existencia de la Patrimonialidad del Objeto, se produce una «asignación de valor» a la Obligación, que le da su contenido patrimonial. En este sentido, puede hablarse de «Contenido Patrimonial de la Obligación» (entendida como relación jurídica compleja) que difiere del denominado «Contenido Patrimonial del Objeto», estando aquélla constituida por la valoración objetiva ínsita a los bienes, por estar catalogados como susceptibles de intercambio económico, que no es sino su VALOR DE MERCADO; o, el mayor o menor valor que las partes le hayan asignado, en atención a sus intereses patrimoniales o extrapatrimoniales.

Repárese que podemos estar presentes ante deberes propiamente jurídicos, en donde las partes han atribuido valores económicos al resultado de las conductas, pero creemos que ello no es suficiente para atribuirle «Contenido Patrimonial del Objeto», necesario para calificar como Obligaciones (Verbigracia: Actos de disposición del propio cuerpo, con espíritu de liberalidad. También, la mal llamada «obligación alimentaria» y que, en realidad, constituye un deber jurídico de prestar alimentos, en donde puede apreciarse la existencia de una asignación de valor, pero no patrimonialidad del objeto, desde que el bien tutelado está fuera de toda posibilidad de intercambio económico).

17.- No podemos concluir el presente estudio, sin dar respuesta a un interrogante evidente: ¿Constituye en el Código civil peruano la patrimonialidad del objeto (o de la prestación, para algunos), un requisito de configuración de la obligación, como tal? Cabe, previamente a ensayar cualquier

<sup>56</sup>. Concepción atribuida a Larenz. Ver: LARENZ, Karl. Ob. Cit. Pág. 254.

respuesta, realizar ciertas precisiones:

- Primeramente, el Libro VI de «Las Obligaciones» al guardar silencio sobre el concepto de Obligación, no solo no brinda ninguna utilidad al respecto, sino que abre un «abanico» inmenso de posibilidades de interpretación. Distinto hubiese sido el panorama si nuestro Código civil hubiese recogido un artículo equivalente al numeral 1174o. del Código italiano.

- En seguida, cabe remitirse al Libro VII sobre «Fuentes de las Obligaciones», para encontrar en su Sección Primera -interpretando sistemáticamente los artículos 1351o. y 1402o. del Cod. civ. - que se considera a la Obligación como la relación jurídico-patrimonial creada por el Contrato. Ello puede llevarnos a pensar que se exige a la patrimonialidad como requisito de configuración de la obligación, aún cuando el artículo 1403o. del C.c., sólo exija literalmente a la «licitud» como requisito de existencia de la obligación y a la «posibilidad» como requisito de configuración de la prestación. Fuera aún de que esta interpretación ya es de por sí limitada, al estar referida a obligaciones de origen contractual, nada impediría afirmar que el Código civil peruano está exigiendo aquéllo que nosotros hemos llamado, precisamente, «Contenido Patrimonial de la Obligación» y no el denominado «Con-

tenido Patrimonial de la Prestación» (dado que para el Código peruano la prestación es el «objeto» de la obligación. Verbigracia: los artículos 1168o, 1221o, 1403o y 1409o Cod. civ., entre otros); con lo que sería válido concluir que «las partes pueden asignar un contenido económico a la obligación», para que exista como tal, sin necesidad de exigir el contenido patrimonial de la prestación.

Creemos que para evitar interpretaciones como la antes indicada, cuya realización es ciertamente posible, hubiera sido deseable legislar el Libro de Obligaciones en forma más acorde con nuestros tiempos, tomando partido por alguna posición en torno al punto puesto en debate.

Corresponde entonces a nuestra Jurisprudencia y, concretamente, a nuestro máximo Tribunal, la Corte Suprema de la República, sentar precedente sobre la materia, de indudable trascendencia en la vida económica de la Sociedad. Hagamos un esfuerzo conjunto para transformar - dada la realidad de nuestro Poder Judicial - nuestro escepticismo en esperanza.

Este trabajo constituye precisamente eso: Un llamado de esperanza para que los jueces, imbuídos en la problemática jurídica, completen los vacíos y deficiencias de la Ley y administren justicia.

Lima, 06 de octubre de 1993

# PROTECCION DE LOS PROGRAMAS DE COMPUTACION: ASPECTOS COMPARATIVOS E INTERNACIONALES

Stanislaw Soltysinski  
Profesor de la cátedra Prawa Cywilnego  
Universidad AdamaMickiewicza  
Poznań, Polonia

**SUMARIO:** 1. Introducción. - 2. Revisión de desarrollos legislativos.- 3. Desarrollos de jurisprudencia.- 4. Deficiencias del enfoque del copyright.- 5. Efectos de la protección acumulativa de los programas de computación y consideraciones sobre la política de competencia.- 6. ¿Son los programas de computación obras sujetas a la Convención de Berna?.- 7. ¿Tratamiento nacional o reciprocidad?.

## 1. INTRODUCCION.

*El artículo que a continuación publicamos analiza hasta qué punto las nociones de propiedad intelectual ( copyright ) y los principios que de ella se desprenden resultan insuficientes para lograr, no sólo la protección, sino también la publicación y divulgación de los programas de computación. Por este motivo el autor plantea, en principio, la necesidad de considerar dichos programas dentro de los patrones de la propiedad Industrial, ya que este tipo de reglamentación permitiría alentar la competencia y beneficiar a los usuarios a través de la creación de obras mucho más eficientes, sin negar la posibilidad (cada vez más cercana) de establecer una protección "sui generis" para las innovaciones informáticas.*

El presente artículo comienza con una revisión de los recientes acontecimientos jurídicos en materia de protección de la propiedad intelectual para los programas de computación en determinados países<sup>2</sup>. Ilustra de qué manera los litigantes que buscan ampliar el alcance de la protección para sus programas, han tenido éxito en extenderlo no sólo a las nuevas formas de software, sino que obtuvieron además los remedios legales contra la imitación de otros aspectos diferentes de los de la «expresión» de sus innovaciones. La revisión del desarrollo legislativo muestra también de qué manera los legisladores de algunos países modificaron ciertas soluciones tradicionales de la propiedad intelectual en ese campo<sup>3</sup>.

\* Este trabajo fue publicado en inglés en «IIC, International Review of Industrial Property and Copyright Law», vol.21, no.1, 1990, p.1. Ha sido traducido por el Sr. Alejandro Tiscornia, y se publica con autorización del autor. Agradecemos al Dr. Baldo Kresalja R. por alcanzarnos el presente artículo para su publicación.

<sup>1</sup> Ver, por ejemplo: Estados Unidos de América: 17 «U.S.C.», p. 101 (1980); Alemania: ley del 24 de junio 1985, «BGBl», I, n° 33, ps. 1137 y ss.; Reino Unido: ley de copyright de 1985 (texto publicado en 1985, «EIPR», p. 242); Japón: ley 62 del 14 junio 1985 (traducción inglesa publicada en: 1985, «Copyright», 1294 y ss.); Francia: ley 85-660, del 3 julio 1985 (texto en inglés publicado en 1985, «Copyright», ps. 326 y ss.).

<sup>2</sup> Por ej. en los Estados Unidos, Japón y Francia.

<sup>3</sup> Ver más adelante, en la sección 6.

Los argumentos presentados en este artículo se basan en las siguientes premisas: en primer lugar, el copyright tradicional no es un sistema apropiado de protección para el software; en segundo lugar, una propiedad intelectual sustancialmente modificada puede adaptarse de tal manera de poder otorgar una protección significativa y socialmente justificable para los aspectos literarios de los códigos de computación y otros elementos de programación (por ejemplo, manuales, instrucciones, gráficos, etc.); en tercer lugar, la protección de los elementos no expresivos de las innovaciones en materia de software (por ejemplo, algoritmos, estructuras y procedimientos de programación) debería ser alcanzada por medio de un acto legislativo tendiente a establecer un nuevo derecho *sui generis* de la propiedad intelectual y no mediante la creación de derecho por los jueces; y en cuarto lugar, un sistema efectivo de protección a escala internacional requiere renovados esfuerzos a fin de alcanzar un consenso multilateral tendiente al establecimiento de un nuevo convenio<sup>4</sup>.

El presente artículo sostiene que aunque parece existir una correlación entre la protección de la propiedad intelectual y el progreso de la «ciencia y las artes útiles», la evolución de los sistemas de protección de los programas de computación no debería restringir la reserva de conocimiento que constituye el dominio público necesario para futuros desarrollos del software. La optimización del beneficio público requiere no sólo remunerar a los innovadores de software, sino tomar también en cuenta el interés de los usuarios. Este último objetivo puede ser alcanzado sólo si se redefinen las viejas doctrinas del «uso justo», de la «ingeniería inversa», de la «divulgación» y de la «copia permisible» de las ideas no protegibles, en el contexto de esquemas legales de protección de software basados ya sea en los principios del copyright, de la propiedad industrial o en principios *sui generis*.

El análisis también describe algunas consecuencias adversas por el hecho de permitir, a los propietarios de software, que dependan de dos o más sistemas paralelos de protección de la propiedad intelectual para la misma innovación (por ejemplo, copyright y secretos comerciales; o patentes y copyright combinados). El artículo expone el punto de vista

<sup>4</sup> Art.2 (1) (1) de la Law Amending the Copyright Act de 1985 clasifica los programas de computación como una subcategoría de «obras literarias» (*supra*, nota 1).

<sup>5</sup> Sección 117 de la enmienda de 1980 (*supra*, nota 1).

<sup>6</sup> Nakajama, *The Japan-U.S. dispute over software protection*, «Economic Eye», marzo de 1985, en p. 24. Según Ichiro Kato, presidente del Subcomité para Desarrollar la Fundación Legal para el Software, «la Ley de Copyright del Japón fue enmendada en 1985 debido a la necesidad de alguna forma de protección rápida y bajo la presión de los Estados Unidos». Observación hecha en el informe de la Conferencia sobre Protección Legal Internacional del Software de Computación, Palo Alto, 24 al 26 julio 1986, p. 43.

de que la protección múltiple de los programas de computación, en virtud de dos o más tipos de propiedad intelectual, debería ser tolerada sólo si el público no se ve privado de todos los beneficios expresa o tácitamente requeridos por las leyes de copyright o de patentes.

## 2. REVISION DE DESARROLLOS LEGISLATIVOS.

Un breve estudio de los acontecimientos recientes muestra que en la mayoría de los países la ambigüedad acerca de la protección de los programas de computación mediante el copyright, debe ser resuelta por medio de una clarificación legal. Con anterioridad a dicha clarificación, algunos tribunales y algunas autoridades de reglamentación se han mostrado prudentes en declarar hasta qué punto las innovaciones del software tienen la posibilidad de ser registradas como propiedad intelectual. Por ejemplo, en la República Federal de Alemania, las clarificaciones legales se reducen simplemente a una declaración en el sentido de que los programas de computación constituyen trabajos que pueden ser protegidos<sup>5</sup>.

Las promulgaciones legales en otros países, aun cuando distan de suministrar un régimen global en materia de software de computación, abordan cierto número de temas pertinentes que no pueden ser resueltos en forma adecuada dentro del marco de las leyes tradicionales de propiedad intelectual. Así, por ejemplo, la *US Copyright Act* de 1980 (Ley estadounidense de Propiedad Intelectual) introdujo una definición de «programa de computación» y dos limitaciones del derecho exclusivo sobre un programa original. Tratando de establecer un equilibrio entre los intereses de los propietarios y los de los usuarios del copyright, el Congreso otorgó al propietario de una copia de un programa, un privilegio limitado de hacer copias de seguridad y adaptaciones de su software legalmente adquirido. Desafortunadamente, la ley estadounidense de propiedad intelectual (1980) no contiene definiciones legales de ciertos términos relevantes contenidos en su inciso especial que limita el derecho exclusivo en un programa de computación<sup>6</sup>. Como resultado de ello, dichos términos-clave, tales como «propietario de una copia» y «adaptación», son ahora

objeto de interpretaciones conflictivas.

El esquema de protección, del software japonés vigente a partir de la enmienda de 1985, a la Ley de Propiedad Intelectual, contiene algunas modificaciones de los principios del copyright. Aunque las primeras propuestas recomendadas por el Ministerio de Industria y Comercio Internacional (Ministry of International Trade and Industry - MITI) estipulaban una protección *sui generis*, la Dieta eligió un enfoque del copyright modificado. El rechazo del proyecto del MITI que establecía un período de protección de 15 años y la licencia obligatoria, se atribuye a la presión de los Estados Unidos de América<sup>7</sup>. Sin embargo, la ley japonesa de 1985 exhibe ciertas características del proyecto del MITI, que recomendaba la adopción de un sistema *sui generis*. No ofrece protección a los lenguajes, reglas y algoritmos de programación<sup>8</sup>. La ley japonesa permite modificaciones en un trabajo de programación para utilizar al software en una computadora particular<sup>9</sup>. Resulta dudoso, sin embargo, si está permitida la copia para fines de ingeniería inversa, por ejemplo para tomar conocimiento de la estructura y la organización del programa<sup>10</sup>.

La ley japonesa estipula, además, que los programas efectuados por los empleados en el curso de su trabajo son considerados como creación del empleador, excepto que determinadas cláusulas contractuales o normas laborales proporcionen soluciones diferentes (art. 15 (2)). Así, el empleador no sólo adquiere derechos patrimoniales sobre la obra, sino morales. La ley japonesa ofrece una generosa exención a aquellos usuarios de software que lo hayan adquirido de buena fe a partir de fuentes ilegales<sup>11</sup>. Se le permite al usuario inocente continuar con el uso de dicho software aun sí se entera del origen del programa después de la compra. Finalmente, la ley de 1985 establece un registro voluntario de los programas.

<sup>7</sup> El art. 10(3) contiene definiciones legales de las tres categorías de obras excluidas.

<sup>8</sup> Art. 20(2) (III).

<sup>9</sup> Karjala, *Protección of computer programs under japanese copyright law*, 1986, «EIPR», n<sup>o</sup> 4, p. 109.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> F. Toubol, *The protection of computer programs in France*, 1986, «EIPR», n<sup>o</sup> 4, p. 16.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> Ver, además, Dreier, *Der Urheberrechtsschutz für Computerprogramme im Ausland- Rechtsfragen und Tendenzen in Rechtssprechung und Gesetzgebung*, 1986, «GRUR Int.», ps. 476 y ss.

<sup>14</sup> Cf.: Vida, *Zum Urheberrechtsschutz von Rechenprogrammen in Ungarn*, 1987, «GRUR Int.», ps. 769 y ss. El autor recibirá no menos del 10% y no más del 30% de los beneficios resultantes de la explotación de su obra. El empleador parece adquirir derecho sobre el programa hecho por sus empleados dentro de las tareas de su trabajo.

La más trascendente modificación de los principios de la propiedad intelectual para adaptarlos a las innovaciones del software se produjo en Francia. Las enmiendas de 1985 a la Ley de Propiedad Intelectual de 1967 le permitieron al comprador de un programa su libre adaptación. También otorgaron al empleador el derecho al software desarrollado por los empleados (art. 45). Se les permite a los usuarios efectuar una copia de un programa para fines de archivo. Por otra parte, el derecho exclusivo tradicional de ejecutar y reproducir un trabajo ha sido complementado por el derecho de uso de un programa. La finalidad de esta ampliación fue la de impedir cualquier explotación no autorizada del software registrado<sup>12</sup>. Al autorizar la cesión de un programa por una suma global, el art. 49 introduce una nueva excepción a las normas de la ley francesa de propiedad intelectual. En todos los otros casos, conforme al principio incorporado en el art. 35 de la ley, un contrato para la cesión de un trabajo garantizará para el autor una participación en los ingresos originados en la futura venta o explotación de su trabajo.

Finalmente, la desviación más importante de la ley de propiedad intelectual francesa y del Convenio de Berna consiste en la reducción del período de protección para los trabajos de programación, de 50 a 25 años (art. 48). La justificación de esa decisión invocando el artículo 7 del Convenio de Berna, que introduce un período de 25 años para trabajos de artes aplicadas, ha sido considerada *cum granosalis* por parte de los comentaristas franceses<sup>13</sup>.

Los programas de computación gozan de protección en virtud de sistemas de copyright más o menos modificados *inter alia* en el Reino Unido, Australia, la República de Corea, Singapur, Taiwán y la República Dominicana<sup>14</sup>.

Entre los países socialistas sólo Hungría y Bulgaria introdujeron normas legales especiales en ese

campo. El decreto húngaro del Ministerio de Cultura del 12 de julio de 1983 fue el primer acto legislativo europeo que enunció en forma expresa a los programas de computación entre los trabajos registrales en la propiedad intelectual. La ley no parece introducir ningún régimen especial para el software excepto el hecho de garantizar para el autor de un programa una remuneración legal en caso de explotación de su trabajo<sup>15</sup>. En todos los otros aspectos, los programas de computación están sujetos a los principios del copyright. Están clasificados como «obras escritas» y «trabajos de ciencia aplicada»<sup>16</sup>.

Al contrario, el decreto búlgaro 15 de 1979 estableció un sistema de protección *sui generis* para el software de computación que no se basa ni en un enfoque de copyright ni en uno de patentes<sup>17</sup>. Conforme al decreto, la titularidad y ciertos derechos de propiedad sobre un programa pertenecen a la unidad socialista de la economía que desarrolló el software<sup>18</sup>. El tenedor de dicho derecho *sui generis* debe registrar el nuevo programa y tiene el deber de tornarlo disponible para cualquier unidad socializada de la economía que así lo requiera, sujeto a un precio legal. El pago efectuado al «autor» se distribuye entre la organización donde se desarrolló el software y su(s) creador(es). En otros países socialistas, muchos analistas consideran al software como algo que puede ser registrado en la propiedad intelectual, pero el alcance de la protección disponible casi no se conoce y no ha sido sometido a prueba en los tribunales<sup>19</sup>. En la URSS, la República Democrática Alemana, Checoslovaquia y Polonia, las futuras normas serán elaboradas siguiendo la Ley Modelo de la OMPI (1978), o pueden adoptar la solución francesa introduciendo plazos de protección aún más cortos (10-20 años), depósitos y el otorgamiento de la propiedad

de un programa al empleador garantizando al mismo tiempo al creador un derecho legal a remuneración<sup>20</sup>. Recientemente, la Sociedad Polaca de Informática lanzó una ofensiva, recomendando un esquema *sui generis* de protección que estipule un derecho exclusivo de corto plazo para utilizar el programa (5-15 años). Su resolución declara que la nueva ley debería proteger el contenido, en lugar de la mera expresión del software, ya que las soluciones en materia de programación constituyen sus aspectos más creativos<sup>21</sup>.

### 3. DESARROLLOS DE JURISPRUDENCIA.

#### 3.1 Casos de la primera generación.

A principios de la década de 1980, los tribunales en varios países desarrollados enfrentaron los primeros problemas que surgieron por decisiones legislativas que reconocieron a los programas de computación como un elemento que podía ser protegido. Los así llamados precedentes de la «primera generación» incluyeron el tema de saber si la protección de la propiedad intelectual se extiende a los sistemas operativos, así como a los sistemas de aplicación; a los códigos-fuente, así como a los códigos-objeto; y al software fijados en los chips de memoria sólo de lectura (ROM)<sup>22</sup>. Estos temas abordaban la disponibilidad de la protección del copyright para el software de computación almacenado en diferentes maneras. Todos estos interrogantes fueron respondidos en forma afirmativa. Sólo un tema perteneciente a esa categoría espera su resolución final, a saber, la posibilidad de registrar al «microcódigo» en la propiedad intelectual. El último concepto señala «el límite entre el software del sistema y su hardware, usando el término «hardware» en un sentido amplio que engloba tanto a los micro-

<sup>15</sup> Ibidem, p. 774.

<sup>16</sup> Para un traducción al inglés del decreto, ver «Industrial Property, Laws and Treaties», noviembre de 1981, texto 1-001.

<sup>17</sup> Sección 1 de las «Disposiciones suplementarias» del decreto 6 de 1979. Ibidem. El decreto se aplica solamente a los programas desarrollados en Bulgaria. Eskenazi, *Bulgarian legislation for legal protection of computer software*, «Industrial Property», 291 (1981). El modelo búlgaro sigue una serie de recomendaciones contenidas en el Modelo de Disposiciones de la OMPI para la Protección del Software de Computación. Ver 1978, «Copyright», ps. 6 y ss.

<sup>18</sup> Ver: Czachorska, *Legal protection of software in Poland and other socialist countries*, 2 «Ind. Prop.» 7-22 (1980); Besarovic, *The legal protection of computer programs copyright*, 144-150 (1987). Cf. también informes de grupos nacionales de la AIPPI de los países socialistas, 2 «AIPPI Ann.» 60, 188, 193 (1987).

<sup>19</sup> Ibidem.

<sup>20</sup> Las resoluciones internas se hicieron accesibles al autor por los comentarios del Dr. J. Irlik, secretario general de la Sociedad.

<sup>21</sup> Cf. la revisión de estos y otros casos de la primera generación, Dreier, *supra*, nota 13, ps. 477 y ss., y Radcliffe, *Recent developments in Copyright Law related to computer software*, 1986 «EIPR», ps. 41 y ss.

<sup>22</sup> G. Myers, *Advances in computer Architecture*, 5 (1978).

programas como a la lógica electrónica»<sup>23</sup>. Conforme a otro autor, «un ROM es un cableado -no es otra cosa que un chip (o varios chips) que comprenden transistores y conductores (es decir, cables) como cualquier otro cableado»<sup>24</sup>. A pesar de las características tecnológicas de los microcódigos, todo indica que los tribunales se inclinan a resolver en favor de la protección por copyright de tales innovaciones<sup>25</sup>.

En los Estados Unidos y otros países, el umbral del requisito de «creatividad intelectual», o de «originalidad» se interpreta en forma muy liberal, apuntando a que el trabajo pertenece originalmente al autor que no lo copió, y la mayoría de los programas de computación lo cumplen con facilidad. Sin embargo, en aquellos sistemas legales donde una de las funciones básicas de la ley de propiedad intelectual no consiste en proteger los frutos de cualquier trabajo mental mundano contra la «apropiación indebida», sino que requieren más que una creatividad de *minimus*, el resultado es que muchos, si no la mayoría, de los programas de computación están al margen de la protección del copyright.

En algunos países -por ejemplo, en Francia, Austria y especialmente en Alemania-, algunos programas económicamente costosos y valiosos pueden quedar fuera de los sistemas nacionales de protección. La decisión de la Corte Suprema federal alemana en la causa del *Inkasso Programm*<sup>26</sup> ilustra el tema. Al tiempo que reconocía que el programa para el cobro de deudas de la parte actora podía ser registrado en la propiedad intelectual, la Corte Suprema devolvió la causa ordenando al tribunal inferior que encontrara más hechos que eran necesarios para evaluar si el trabajo representaba una «realización creativa». Al principio de su resolución, la Corte Suprema reiteró el principio de que el contenido de los procesos operativos descritos no puede ser protegido. No puede ser monopolizado en favor de la parte actora sino que debe quedar disponible para los productores y usuarios de otros programas de cobro<sup>27</sup>. Explicaba,

además, que la capacidad de un programador medio «estrictamente limitada a la destreza... queda fuera de la posibilidad de protección»<sup>28</sup>. Cabe enfatizar que un aspecto muy criticado de la resolución - a saber, el requisito de una «realización por encima de la media»- no resulta novedoso. Fue aplicado en el pasado por la Corte Suprema respecto a trabajos científicos y técnicos cuyo alcance, en cuanto a la protección de la propiedad intelectual, siempre ha sido interpretado en forma muy minuciosa. Los resultados de la resolución *Inkasso* fueron apropiadamente sintetizados por Dietz, según el cual, «actualmente en Alemania la única cosa realmente cierta es una gran incertidumbre en cuanto a las condiciones y la cantidad de casos en que la protección de la propiedad intelectual para los programas de computación se encuentra realmente disponible»<sup>29</sup>.

### 3.2 Casos de la segunda generación.

Por lo menos en algunos países, el legado de los precedentes en materia de software de computación de la «primera generación» contribuyó a la clarificación de las leyes de propiedad intelectual en ese campo. Sin embargo, con el advenimiento de los así llamados precedentes sobre programas de computación de la «segunda generación», el aparente consenso entre la mayoría de los tribunales, comentaristas y representantes de la industria del software se desvaneció gradualmente. Dado que casi todos los precedentes tuvieron lugar en los Estados Unidos y fueron ampliamente analizados en numerosas publicaciones jurídicas estadounidenses y europeas, limitaré mi estudio a unos pocos interrogantes importantes que no pueden ser respondidos fácilmente, debido a su complejidad legal, tecnológica y económico social. La segunda ola de la jurisprudencia en materia de computación está plagada de resoluciones jurídicas contradictorias que ofrecen a los productores y usuarios de software pautas muy incoherentes. Esta afirmación se ve ilustrada por resoluciones recientes relacionadas con la posibilidad de proteger por copyright la organización y la estruc-

<sup>23</sup> R. Jordan, *A letter to the editor*, «Jurimetrics Journal» (1984).

<sup>24</sup> Cf. *NEC Corp. v. Intel Corp.*, 645 «F. Supp.» 590 (1986).

<sup>25</sup> Decisión de la Corte Suprema Federal alemana del 9 mayo 1985, 1 «ZR» 52/83, 1985 «GRUR» 104, 5 «IIC» 681 (1986).

<sup>26</sup> Ver una traducción inglesa del caso en 1986 «EIPR», n<sup>o</sup> 6, p. 187.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 186.

<sup>28</sup> Dietz, *Copyright protection for computer programs: trojan horse or stimulus for the future copyright system?*, un documento inédito dictado durante la Stanford Conference on the Legal Protection of Computer Software, Palo Alto, 22 al 24 julio 1986, p. 6.

<sup>29</sup> 797 F. 2d 1222 (3d Cir. 1986).



tura de una computadora, la posibilidad de proteger los elementos de interfaz audiovisuales con la computadora y la exigibilidad de licencias de apertura del embalaje («*shrink-wrap*»), así como la legalidad de la ingeniería inversa en ese campo.

El alcance de la protección en virtud de la ley de propiedad intelectual resulta fundamental para responder a la siguiente pregunta: ¿bajo qué circunstancias, si las hubiere, puede un competidor de un creador de software de éxito adaptar y comercializar un trabajo funcionalmente equivalente sin violar el programa básico? En la causa «*Whelan Associates, Inc. c. Jaslow Dental Laboratory, Inc.*»<sup>30</sup>, el demandante desarrolló un programa para operar un laboratorio dental. El demandado obtuvo acceso legal al código-fuente del demandante al participar en una empresa conjunta para desarrollar el programa de Whelan. Posteriormente, Jaslow «reescribió» el software del demandante para usarlo en otra computadora. El tribunal admitió que la adaptación no era comparable con la traducción literal de un libro, ya que requería el estudio del código-fuente básico; y que una porción sustancial de la capacitación del demandante en cuanto a la manera de operar laboratorios dentales provino del demandado. No obstante lo cual, el tribunal sostuvo que las acciones de Jaslow equivalían a una copia punible. Aunque escritos en lenguajes de computación diferentes, el tribunal encontró una similitud sustancial en los dos programas, en su estructura y organización global. La prueba de similitud fue establecida a partir de sus estructuras de archivo, sus salidas de pantalla y sólo cinco subrutinas.

El caso fue sostenido por algunos comentaristas que afirmaron que la calificación de la estructura y la organización del programa como «expresión» era necesaria para «fortalecer la protección de la propiedad intelectual del software»<sup>31</sup>. Muchos otros no estuvieron de acuerdo, enfatizando que el tribunal había otorgado protección a elementos del trabajo que no eran registrables en la propiedad intelectual<sup>32</sup>. Resulta necesario observar que un caso reciente, «*Plains Cotton Cooperative Association*

*c. Goodpasture Computer Service, Inc.*»<sup>33</sup> no siguió la posición de Whelan y se denegó extender la protección del programa, a la estructura y la organización del demandante. El tribunal dio a entender que en el caso considerado se llegaría a la monopolización de la información de dominio público.

El «interfaz con el usuario» constituye uno de los factores más importantes en la comercialización de los programas de aplicación, especialmente aquellos concebidos para ser usados en conjunción con las computadoras personales. Las presentaciones audiovisuales de la pantalla generadas por un programa constituyen los medios por los cuales un usuario puede mantener su diálogo con una computadora. En general, una unidad de representación visual presenta información en forma pictórica, gráfica o textual. El usuario interactúa con la computadora por medio de cualquiera de los mecanismos de entrada, tales como el teclado, el «mouse», el «joystick», etc. Los emuladores de los programas de aplicación exitosos compiten con firmas establecidas mediante el desarrollo de versiones «clon» de los programas originales. Dichas versiones emulan el interfaz con el usuario y las funciones esenciales de populares productos de software. Los programas de emulación son a menudo más económicos y funcionalmente superiores. En la causa «*Broderbund Software, Inc. c. Unison World, Inc.*» el tribunal sostuvo que la protección por copyright del programa-fuente de la parte actora abarcaba también a sus formatos de pantalla («*look and feel*» = aspecto o impresión)<sup>34</sup>. Dicha afirmación no resulta conveniente, porque esencialmente los mismos formatos audiovisuales pueden ser generados por diferentes programas de computación. De esta manera, el tema de la posibilidad de protección del «*look and feel*» de computación depende de un registro separado de las representaciones audiovisuales.

La controversia dentro de la industria acerca del registro en la propiedad intelectual del interfaz de computación culminó en la causa «*Digital Communications Ass'n Inc. c. Softklone Distributing Corp.*»<sup>35</sup>. La parte actora, una industria líder, entabló

<sup>30</sup> Sandison, Whelan and Sas Institute, *Two new decisions on portability of computer programs*, 1986 «EIPR», n.º 3, p. 88.

<sup>31</sup> Cf.: Walter, *Defining the scope of software copyright protection for maximum public benefit*, 14 «Rutgers Computer & Technology Law Journal», 128-1334 (1988). El autor señala que el tribunal confundió «idea» con «propósito» y dio por sentado erróneamente que lo que aparecía en la pantalla era «prueba de la naturaleza de la estructura del programa subyacente de computación que lo generaba». Ibidem, p. 1332.

<sup>32</sup> 807 F. 2d. 1256 (1987).

<sup>33</sup> 648 «F. Supp.» 1127 (N.D. Cal., 1986). Contra: «*Stern Electronics Inc. v. Kaufman*», 669 F2d 852 (1982).

<sup>34</sup> 659 «F. Supp.» 449 (1987).

<sup>35</sup> 101 «U.S.» 99 (1979).

un juicio contra la demandada, un pequeño competidor, que había intentado comercializar un producto «clon» más económico, emulando la función y las representaciones visuales del interfaz del programa original desarrollado por el predecesor de Digital. Resulta importante subrayar que el programa del demandado (Mirror) no constituía una copia del código-fuente ni del código-objeto de la actora. El nuevo programa de función equivalente se anunciaba abiertamente como la «imagen refleja» (*mirror*) más económica del software de la actora. Sin embargo, una comparación de las dos pantallas revelaba parámetros de comunicación sustancialmente similares, muchas órdenes y abreviaturas idénticas utilizadas para la entrada del teclado del usuario. Aun cuando el tribunal rechazó el argumento de que la protección de un código-fuente se extiende a sus representaciones audiovisuales, opinó que los formatos creados por la parte actora eran idóneos para una protección independiente por la propiedad intelectual en tanto que artes audiovisuales. El tribunal rechazó los argumentos de la demandada en el sentido de que los formatos visuales concebidos para la grabación de información no pueden ser objeto de protección por propiedad intelectual en virtud de «*Baker c. Selden*»<sup>36</sup>. Habiendo establecido que Softklone podría haber dispuesto «los parámetros/órdenes en una amplia variedad de pautas sin obstaculizar la operación de su programa», el tribunal rechazó la defensa basada en la argumentación de que las ideas del interfaz copiado estaban mezcladas con su forma.

Además, el juez no se mostró de acuerdo con el argumento de la parte demandada en el sentido de que la «deslegalización» de «clonado» trabaría los avances en materia de software, ya que los competidores no podrían usar libremente aquellos elementos que se convierten en estándares en la industria. Sin embargo, el tribunal no quiso otorgar protección a las órdenes textuales encontradas en el trabajo original, negándose así a impedir que los competidores usaran términos idénticos siempre que su forma fuera suficientemente distinta.

*Broderbund* y *Softklone* no sólo dividió a los comentaristas, sino también a la industria estadounidense de software. Especialmente las firmas más pequeñas, sostienen que la extensión de la protección del software al interfaz con el usuario equivale a monopolizar la experiencia del usuario<sup>37</sup>. Advierten que la nueva interpretación judicial eliminará la competencia y, en lugar de promocionar la estandarización, obligará a los programadores a diferenciar las órdenes y otras ideas conocidas en materia de interfaz, forzando así a los usuarios a aprender nuevas órdenes a fin de utilizar los programas de éxito.

La protección por copyright también arroja dudas sobre la futura validez de la ingeniería inversa, una práctica industrial común que permite que un experto pueda estudiar un producto legalmente adquirido para obtener la información necesaria para producir un artículo similar (trabajo). En el campo de la computación, la única manera práctica de usar y acceder a ciertas ideas no protegidas, tales como los algoritmos, los flujos lógicos y los procedimientos que sirven de base al software y el hardware del competidor, es estudiar las instrucciones del programa incorporadas en el código-objeto o, más frecuentemente, en el código-fuente<sup>38</sup>. Sin embargo, para lograr esto el ingeniero debe efectuar copias fuera de la forma del código binario o debe descompilar su código-objeto. Una interpretación literal del art. 117 de la ley estadounidense de propiedad intelectual respaldaría la conclusión en el sentido de que dichos procedimientos constituyen una copia ilegal. Cabe observar que las formas exceptuadas de duplicación de los programas de computación objeto de protección en favor del «propietario» de una copia de software, no incluyen una exención para los fines de la ingeniería inversa<sup>39</sup>. Algunos dictámenes judiciales indican que, aunque la mera ingeniería inversa no está prohibida por el copyright, el uso de dicha información para crear un programa derivado constituye una copia ilegal. Otras resoluciones sostienen que la copia del software para dichos fines constituye una violación de la propiedad

<sup>36</sup> Ver: Middleton, A. *Thousand clones: the scope of copyright protection in the «look and feel» of computer programs*, 63 «Washington Law Rev.», 195-197 (1988); Adapso, *Split over the Lotus Copyright Suit*, «Infoworld», 6 abril 1987, p. 9; Stern, *The centre will not hold. Recent developments in protecting «idea aspects» of computer software*, «EIPR», n.º 5, ps. 126 y ss. (1987). Lo sostenido en «Softklone» es incoherente con una sentencia anterior en «*Synercom Technology, Inc. v. University Computing Co.*», 462 «F. Supp.», 1003 (1978). Muchos nuevos casos «look and feel» están esperando una resolución judicial.

<sup>37</sup> Walter, *supra*, nota 31, ps. 146-147.

<sup>38</sup> 17 «U.S.C.» § 101 (1980).

<sup>39</sup> Cf. *Synercom Technology, Inc. supra*, nota 36, p. 1003, que parece permitir la ingeniería inversa, con un dictamen menos claro en «*Johnson Co. v. Unidem Corp. of America*», 623 «F. Supp.» 1485 (1985). Ver también «*Hubco Data Corp. v. Management Assistance Inc.*», 219 «U.S.P.Q.» 450 (1983), que sostiene que hacer copias de un programa con el fin de aplicar ingeniería inversa constituye una violación.

intelectual<sup>40</sup>.

Contando con la favorable disposición del poder judicial, los creadores de software han buscado en forma constante nuevas maneras de proteger tanto la forma como el contenido de sus desarrollos. Así, por ejemplo, muchos tipos de paquetes de software de computación masivamente comercializados, se ofrecen a los consumidores finales no en forma de «ventas», sino de «licencias de propiedad intelectual». El propósito de estas licencias de «apertura del embalaje» (*shrink wrap*), cuyos términos se hallan impresos en el paquete del software, es el de reducir el alcance de los derechos del consumidor en virtud del art. 117 de la ley estadounidense de copyright, que le otorga sólo al «propietario» de una copia de un programa de computación, el derecho a efectuar copias de reserva y adaptaciones esenciales para la utilización del software adquirido. Dado que los derechos otorgados por el Congreso se limitan al «propietario de un programa», los licenciantes de la «*shrink wrap*» tratan de explotar esta obvia «escapatoria»<sup>41</sup> difundiendo sus productos en la forma de una licencia. Aunque un «licenciatario» merece la misma protección que un comprador de un programa de computación, habitualmente se le prohíbe efectuar adaptaciones, además de las copias para fines de ingeniería inversa.

La ola de sentimientos en favor de la computación en los Estados Unidos, ha llevado a algunas legislaturas estatales a remediar la dudosa validez de las prácticas de concesión de licencias «*shrink wrap*», por normas especiales tendientes a reforzar dichas transacciones. Pero las posibilidades de exigibilidad de dichos términos y condiciones opresivos encontrados en contratos de adhesión, han disminuido considerablemente desde el momento en que un tribunal federal de Lousiana se pronunció en contra de disposiciones clave de la reglamentación del Estado sobre «*shrink wrap*»<sup>42</sup>.

El dictamen enfatiza que las formas de concesión de licencias utilizadas por la parte actora y varias disposiciones de la ley de Lousiana, entran en conflicto con las políticas federales incorporadas *inter alia* en el art. 117 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1980. Muchos comentaristas aprobaron el resultado. Algunos de ellos sostienen que las licencias de «*shrink wrap*» son tan injustas, que deberían ser consideradas inaplicables también por el derecho de los contratos.<sup>43</sup>

#### 4. DEFICIENCIAS DEL ENFOQUE DEL COPYRIGHT.

##### 4.1 Naturaleza de las innovaciones del programa de computación.

En la actualidad, se ha convenido casi en forma unánime en que ha sido una gran falacia en la literatura jurídica clasificar al software como una creatividad artística, literaria o científica<sup>44</sup>. Funcionalmente, la programación en computación constituye un arte moderno de ingeniería. Walter escribe:

La ingeniería del software, como otras disciplinas de ingeniería, está relacionada con el mejoramiento de la rentabilidad en la producción de los programas de computación. En términos generales, esto se lleva a cabo asignando recursos a la concepción y producción de software a fin de producir programas que sean inicialmente más confiables, que tengan mayor adaptación a las aplicaciones específicas y que sean fáciles de modificar y mantener<sup>45</sup>.

Los programas de computación se fabrican como muchos otros productos industriales: elaborando un concepto de proyecto seguido por el diseño del programa (el producto), creando un prototipo (el código-fuente), poniéndole a prueba (puesta a punto) y finalmente comercializando el producto<sup>46</sup>. El hecho de que el software sea a la vez *mecánico*

<sup>40</sup> El Congreso cometió un error grave al sustituir el término «poseedor» que fue propuesto por la National Commission on New Technological Uses of Copyright (de ahora en adelante CONTU) por el concepto más restrictivo de «propietario de una copia», «Copyright Law Report» (31 agosto 1976), ps. 1 y ss.

<sup>41</sup> «*Vault Corp. v. Quaid Software Ltd.*» 655 «F. Supp.» 750, confirmada 847 F. 2d 255 (1988).

<sup>42</sup> Hazen, *Contract principles as a guide for protecting intellectual property rights in computer software*, 20 U.C.; Samuelson, *Modifying copyrighted software: adjusting copyright doctrine to accommodate a technology*, 28, «Jurimetrics J.», p. 179 (1988).

<sup>43</sup> Davidson, *Protecting computer software: a comprehensive analysis*, «Jurimetrics J.», p. 228 (1983).

<sup>44</sup> Walter, *supra*, nota 31, p. 50.

<sup>45</sup> Davidson, *supra*, nota 43, *ibidem*.

<sup>46</sup> Cf., por ej., los ejemplos citados por Vaver, *The national treatment requirements of the Berne and Universal Copyright Conventions*, 17 «IIC» 577, p. 605 (1986).

y *simbólico* no significa que se trate en algún sentido de una obra literaria (*Sprachwerk*). Aun cuando los ingenieros de software escriban sus programas en lugar de diseñar un nuevo cableado, la principal función de estos trabajos es operar una máquina en lugar de apuntar a la comunicación con seres humanos. Aunque muchas formas de software (por ejemplo, las descripciones de un programa, el código-fuente, etc.) resultan perceptibles para un experto, el receptor final del programa siempre es una computadora. Al contrario, el único receptor de una obra literaria u otra obra típicamente registrable en la propiedad intelectual es el ser humano. Este rasgo característico de las obras literarias, artísticas y científicas está ausente en el caso de los programas de computación. Las numerosas analogías que asemejan los códigos de la máquina a las traducciones, obras cinematográficas, etc., dejan sencillamente a un lado este importante atributo<sup>47</sup> de las obras protegibles y las funciones afines de la propiedad intelectual. El hecho mismo de que varios partidarios del registro en la propiedad intelectual del software hayan asemejado los programas incorporados en la ROM a virtualmente todas las categorías conocidas de las obras tradicionales de la propiedad intelectual, muestra que ninguno de esos conceptos resulta apropiado para cubrir todos los tipos de software.

Una característica importante del software de computación, que lo distingue de la mayoría de las obras que pueden registrarse en la propiedad intelectual, consiste en la «eficiencia del programa». El objetivo principal de cada ingeniero de software es reducir la cantidad de modos en que la idea, el procedimiento o el método de programación pueden ser expresados. Tal como lo explica Walter: «La eficiencia del software está relacionada con el nivel de abstracción de los programas de computación. El nivel ideal de abstracción de un programa de computación es el nivel más cercano al algoritmo subyacente, es decir, el nivel con la menor

cantidad de elementos posibles de expresión»<sup>48</sup>.

La eficiencia de un programa es un concepto objetivo y que puede ser medido. El objetivo de optimización limita las elecciones del ingeniero<sup>49</sup>. Además, las elecciones se ven restringidas por las características de la máquina para la cual se escribe un programa, la familiaridad del usuario, etc. La eficiencia también puede ser alcanzada mecánicamente mediante el uso de compiladores de optimización.

Además, la evolución de la concepción moderna de computación se caracteriza por un desarrollo incremental. El progreso en este campo puede ser descrito como una cadena de cambios relativamente pequeños o incrementales en materia de programación del software. Los expertos están de acuerdo en afirmar que «sólo muy pocos programas que sobreviven a los rigurosos requisitos podrían ser patentados»<sup>50</sup>. La naturaleza incremental del desarrollo del software habla en favor de una forma legal de protección tal que permita la ingeniería inversa y la protección de perfeccionamientos modestos pero distinguibles de un arte previo<sup>51</sup>. Finalmente, dado que las computadoras son una tecnología con importantes redes externas y millones de usuarios, requiere una estandarización y una compatibilidad de los productos ampliamente usados (tanto en materia de hardware como de software). La adopción de estándares industriales alentaría la competencia y beneficiaría a los usuarios. Como en el caso del negocio telefónico, los estándares en la industria ampliarían la disponibilidad de productos complementarios y reducirían las barreras de ingreso para las empresas pequeñas. Tal como concluyó Menell, una amplia adopción de estándares comunes significaría que la experiencia del usuario, obtenida mientras operaba un programa, podría ser utilizada para otros programas de aplicación y otras computadoras<sup>52</sup>.

<sup>47</sup> Walter, *supra*, nota 31, p. 58.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> CONTU Report, *supra*, nota 40, ps. 17 y ss.

<sup>50</sup> Según un representante de la industria del software de los Estados Unidos: «Si las compañías tienen miedo de salir al mercado con lo que ellas piensan que son perfeccionamientos incrementales -pero concretos- de un diseño básico, nos transformaremos en una industria estancada. Williams, *A threat to future software*, 11 «BYTE», p. 6 (1986).

<sup>51</sup> Menell, *Tailoring legal protection for computer software*, 39 «Stanford Law Review», p. 1370 (1987). El autor sostiene que los miembros de la CONTU fracasaron al poner de manifiesto las consecuencias de la protección de copyright para el tema de la estandarización/compatibilidad. *Ibidem*, en p. 1331. Las firmas dominantes rechazan los estándares y protegen el acceso a sus sistemas negándose a dar licencias de software.

<sup>52</sup> Troller, *Immaterialgutrecht*, 3ª ed., vol. 1, ps. 65 y ss. (1983). Cf.: Schricker, *Urheberrecht, Kommentar*, 52-53, 89-90 (1987); Cornish, *Intellectual property: patents, copyright, trade marks and allied rights*, ps. 318 y ss. (1981).

Para sintetizar, las innovaciones de software constituyen soluciones tecnológicas tendientes a la operación eficiente de una máquina. Sus características tecnológicas y utilitarias las asemejan más a las invenciones y a los diseños industriales que a las obras tradicionales registrables en la propiedad intelectual. De esta manera, perdura un interrogante molesto. ¿Qué es lo que habilita a una clase dada de creaciones intelectuales para el registro en la propiedad intelectual o en la propiedad industrial?

#### 4.2 Las fronteras en las áreas de copyright y propiedad industrial.

A pesar de varias diferencias encontradas en las leyes nacionales, la esencia de los objetos protegibles consiste en obras de literatura, arte y ciencia<sup>53</sup>. Los trabajos técnicos figuran habitualmente en las periferias de dichas reglamentaciones y gozan sólo de una protección limitada del copyright. La delimitación de los respectivos campos de la ley de patentes (en el sentido más amplio, incluyendo a los diseños industriales, patentes de plantas, etc.) y del copyright *sensu largo*, incluyendo derechos vecinos, no resulta fácil. Sin embargo, existe un consenso considerable entre los estudiosos en el sentido de que, mientras que el copyright cubre fundamentalmente obras de literatura, arte y ciencia (legado cultural), las leyes de patentes protegen las soluciones útiles en el campo de la ciencia aplicada y la tecnología<sup>54</sup>. La expansión de la propiedad intelectual a obras básicamente utilitarias (por ejemplo, los diseños industriales) ya ha contribuido al surgimiento de interminables controversias en muchos países.

Las normas en materia de propiedad intelectual definen raramente la noción de «obra». Si uno la usa en el sentido más amplio, cubre a «toda expresión ordenada del pensamiento»<sup>55</sup>. Pero dicha

definición abarca todas las formas de creatividad humana y resulta inútil para el propósito de delimitar el alcance del copyright. En la literatura europea continental se proponen definiciones más precisas de ese concepto. Schricker pone de relieve que la propiedad intelectual protege sólo «aquellas creaciones intelectuales personales» tendientes a la «comunicación humana calificada»<sup>56</sup>.

No cabe ninguna duda de que esta característica saliente de las obras literarias, artísticas y científicas está ausente en el caso de muchas formas de software de computación.

Otra diferencia importante entre las obras registrables en la propiedad intelectual y las invenciones patentables es que, mientras las primeras son bienes independientes en el sentido de que no requiere transformación o aplicación alguna por parte del último destinatario y quedan inmediatamente disponibles a la percepción humana mediante su publicación (divulgación) limitada o general, las segundas (las invenciones) constituyen simples medios para enseñar a un experto la manera de producir o explotar bienes o alcanzar otros resultados prácticos<sup>57</sup>. A diferencia de las obras registrables en la propiedad intelectual, requieren una puesta en práctica y una adaptación constante a condiciones concretas. Estas diferencias importantes se hallan adecuadamente sintetizadas por Troller, que presenta el contraste entre la naturaleza estática de las «obras», y la naturaleza dinámica de las invenciones técnicas<sup>58</sup>.

Resulta claro, a partir de lo que se caba de mencionar, que los programas de computación comparten las características salientes de las invenciones técnicas y carecen de los rasgos distintivos de las obras protegibles. Evidentemente, un legislador puede otorgar la propiedad intelectual a todas las formas de software, y negar o limitar la protección

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 53 (Schricker); Bernhardt y Krasser, *Lehrbuch des Patentrechts*, 15 (1986); Troller, *supra*, nota 52, ps. 65-66.

<sup>54</sup> Sterling y Carpenter, *Copyright in the United Kingdom and the rights of performers, authors and composers in Europe*, p. 214 (1986).

<sup>55</sup> *Supra*, nota 52, p. 54. Que todas las obras protegidas, excepto varias formas de software, están dirigidas a los seres humanos, es también reconocido por los países con el sistema legal anglosajón. Cf. Vaver, *supra*, nota 4, ps. 605 y ss.; Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, ps. 899-901 (1987).

<sup>56</sup> «El propósito manifiesto de las invenciones es que, al seguir las instrucciones intelectualmente comprensibles que son dadas, otros bienes pueden ser producidos; al contrario, las obras literarias, científicas y de arte tienen la intención de ser «disfrutadas» directamente por medio de la percepción sensorial» (Bernhardt y Krasser, *supra*, nota 53, p. 17).

<sup>57</sup> «Una obra de arte o de literatura es estática. Es en sí misma el objeto intelectual que proporciona deleite artístico, y es, no sólo, como es norma en el caso de la tecnología, el medio para producir bienes» (Troller, *supra*, nota 52, ps. 65 a 67). Pero las invenciones patentables pueden servir ahora para otros propósitos que fabricar bienes.

<sup>58</sup> Esta declaración no implica que un enfoque *sui generis* no debiera ser visto como una alternativa viable.

por patentes a los programas de computación, por razones de política pública. En forma retrospectiva, sin embargo, las decisiones legislativas y judiciales que otorgaron la protección de la propiedad intelectual a los programas de computación y les negaron la protección de las patentes deben ser consideradas como un error de política<sup>59</sup>. Los sistemas de la propiedad intelectual y de las patentes difieren porque sirven objetivos sociales distintos.

Consecuentemente, los dos esquemas de protección legal garantizan formas dispares de apropiación de la propiedad intelectual. Una patente le otorga al titular de ella el derecho a bloquear a otros inventores independientes de invenciones paralelas<sup>60</sup>, pero el monopolio se limita a la aplicación industrial de la invención. En la mayoría de los países, tanto el uso privado de la tecnología patentada como su explotación para propósitos de investigación o desarrollo, están, en principio, fuera del alcance de la prohibición<sup>61</sup>. Una parte independiente puede usar la información contenida en una solicitud de patente o una descripción de patente una vez publicada y luego puede solicitar una patente independiente o dependiente propia sin autorización alguna. Únicamente la explotación no privada de una patente dependiente requiere la obtención de una licencia por parte del propietario de la patente básica. De esta manera, el sistema de patentes requiere una divulgación sustancial, a veces la divulgación del *mejor método* de poner en práctica una invención, asegurando así una aplicación, una adaptación y un nuevo desarrollo eficiente de las innovaciones básicas.

No hay duda de que las leyes de propiedad intelectual, en especial las que no introducen normas dando cabida al software de computación, carecen de aquellas características tendientes a beneficiar a los usuarios y a alentar la competencia mediante la ampliación de la fuente de ideas libres.

Con respecto a las obras tradicionales protegibles, esas medidas especiales no son necesarias por cierto número de razones. En primer lugar, en la mayoría de los casos la publicación o la representación pública constituye una precondition de su explotación comercial. Así, el público se beneficia en forma inmediata de su divulgación teniendo acceso a elementos no protegibles de dichas obras. En segundo lugar, las obras de literatura, arte y ciencia están listas para la percepción humana y el goce intelectual una vez que son publicadas o exhibidas públicamente. La adaptación para fines de uso es de menor importancia y, desde el punto de vista legal, siempre requiere el consentimiento del propietario del copyright. Esto, sumando al alcance sobredimensionado de la protección del copyright, en principio, restringe cualquier reproducción, adaptación u operación sin una licencia del propietario<sup>62</sup>. De esta manera, las prohibiciones que tienen sentido en el contexto de obras verdaderamente literarias o artísticas parecen ser claramente inapropiadas en el contexto de la ingeniería del software. No sólo impiden una puesta eficiente en práctica de los programas, sino que además no permiten la ingeniería inversa aun en aquellos sistemas legales que otorgaron a los usuarios un derecho minuciosamente definido de adaptación de una copia de un programa<sup>63</sup>. Así paradójicamente, el beneficio de los monopolios de la propiedad intelectual con respecto a los programas de computación está sujeto a requisitos y limitaciones reglamentarios mucho más benignos -dictados por consideraciones de política pública- que en el caso de todos los otros avances tecnológicos protegidos por la propiedad industrial.

Además, debido a la posibilidad de una protección acumulativa de los avances del software por el copyright y por los secretos comerciales, los propietarios de los programas de computación a menudo pueden viciar los objetivos de política pú-

<sup>59</sup> Bernhardt y Krasser, *supra*, nota 53, ps. 15-16.

<sup>60</sup> Troller, *supra*, nota 52, vol. 2, p. 627; Vomhof, *Die Forschung ist frei, 1967 «GRUR»*, ps. 278 y ss.

<sup>61</sup> Cf., por ej., art. 47 de la ley francesa de copyright de 1985, *supra*, nota 11, sec. 15 de la ley alemana de copyright de 1965 (BGBl, I, p. 2496), y sección 1(2) de la ley de copyright del Reino Unido, *supra*, nota 1.

<sup>62</sup> Por ej. en los Estados Unidos. Cf.: Samuelson, *supra*, nota 42, ps. 179 y ss.; Stern, sec. 117 de la Ley de Propiedad Intelectual: «Charter of the software User's Rights or an Illusory Promise», 7 «W.N.Eng. L.Rev.», ps. 459 y ss. (1985). Aun el «profundamente» modificado modelo de copyright francés no a fin de estudiar al usuario hacer una copia de un programa legalmente adquirido a fin de estudiar el código y sus ideas libres subyacentes, con el objeto de crear una versión derivada de la obra. Conforme a la ley de copyright de 1985, comprende también el derecho de uso fuera de las prohibiciones tradicionales de reproducción y la ejecución de una obra. Toubol, *supra*, nota 11, p. 15.

<sup>63</sup> Ver, más adelante, parte 5, *infra*.



blica normalmente asociados a la explotación de otros tipos de obras<sup>64</sup>. Aun sin tener que recurrir a la protección del secreto comercial, los propietarios de la propiedad intelectual de los programas pueden obstaculizar a los creadores de desarrollos paralelos, e impedirles que produzcan versiones derivadas más eficientes a partir del diseño básico del software, comercializando simplemente sus productos en forma de código-objeto. Esta práctica altamente exitosa y difundida, es recomendada por los consultores industriales para impedir la ingeniería inversa y el fácil acceso a las ideas no protegibles, los sistemas, los métodos de operación<sup>65</sup>. Por las razones indicadas anteriormente, las leyes de propiedad intelectual no contienen normas especiales que hagan cumplir la plena divulgación de la información o de las ideas no protegidas necesarias para una satisfactoria utilización de las obras protegidas. Como resultado de ello, el principal efecto del otorgamiento de la protección por copyright es el de obstruir la innovación y la difusión de las ideas no protegibles en materia de software.

En algunos casos, las dificultades en la adaptación de la prueba tradicional de la copia ilegal en materia de programas de computación, ha llevado a los jueces a otorgar a los propietarios de software un derecho de *facto* de prioridad respecto a los fabricantes paralelos. En el marco de la ley de propiedad intelectual, un autor paralelo, que crea en forma independiente una obra sustancialmente si-

milar, no viola al «original». Adquiere un derecho independiente sobre su creación<sup>66</sup>. Nuevamente, el tema tiene una importancia práctica marginal en el campo de las obras de copyright tradicional, con la posible excepción de las creaciones musicales y científicas. Sin embargo, la similitud y el paralelismo sustancial de los programas de computación constituyen un fenómeno muy difundido dictado por necesidades objetivas de eficiencia, por la arquitectura del hardware y por el hecho de que los ingenieros competidores de software tienen la libertad de usar las mismas fuentes no protegidas de inspiración, a saber, «ideas, procedimientos, procesos, sistemas, métodos de operación, conceptos, principios y descubrimientos»<sup>67</sup>. Sin embargo, los tribunales tienden a darle demasiado valor probatorio a la prueba de «similitud sustancial» desarrollada en los casos de violación que involucran a las obras de ficción y artísticas y a menudo no logran analizar si los elementos «prestados» por los demandantes son dictados por restricciones externas (por ejemplo, consideraciones de eficiencia y compatibilidad) o contienen dichos elementos no protegibles, tales como los procedimientos, o los sistemas<sup>68</sup>. «Amordazados» por los viejos principios de la propiedad intelectual, los jueces se sienten inclinados a dictaminar que existe una violación de un programa si un supuesto copiadador ha tomado en préstamo elementos sustanciales de un trabajo anterior, aun cuando haya logrado la misma función escribiendo el programa en forma diferente<sup>69</sup>. Además, la mera existencia

<sup>64</sup> Ver, por ejemplo, una publicación de ADAPSO, la «American Computer Software and Services Association» titulada «Program License Agreement with End User» (1979). Según la sección 19,09, el usuario puede tener acceso al código-fuente solo en caso de quiebra del licenciante. Este código se entrega en custodia a un agente depositario. Pero la eficacia de esta solución es dudosa conforme a ley de quiebras de los Estados Unidos.

<sup>65</sup> Ver: Ulmer, *Urheber-und Verlagsrecht*, vol.3, p. 15 (1980).

<sup>66</sup> Ver 17 U.S.C., párr. 102(b). A partir de lo anterior es claro que la lista de elementos no protegibles por la ley de los Estados Unidos no está de ningún modo limitada a las «ideas». Al contrario, la delimitación de los elementos protegibles y no protegibles de un programa según la ley alemana puede plantear problemas aún más insuperables, dado que la distinción básica entre «forma» y «contenido» de una obra se complica aún más por las excepciones creadas por decisión judicial extendiendo la protección de copyright a ciertos elementos del contenido del trabajo, sentencia de la corte Suprema federal, 1981, «GRUR», 352.

<sup>67</sup> Para un excelente crítica de los últimos antecedentes de los Estados Unidos y lo inapropiado que resulta la prueba tradicional de similitud sustancial para los programas de computación, ver Walter, *supra*, nota 31, ps. 113 y ss. El autor alega que el «objetivo de eficiencia del programa también... reduce el valor probatorio de similitud sustancial de dos programas de computación como evidencia circunstancial de violación, ya que el objetivo de optimización limita el propio proceso de selección del autor». *Ibidem*, p. 59. También se criticó la prueba como no viable cuando era aplicable al software de otros autores. Ver nota *Copyright infringement of computer programs: a modification of the substantial similarity case*, 68 «Minn. L. Rev.», ps. 1264 y ss. (1984).

<sup>68</sup> Los tribunales a menudo no logran dilucidar si los elementos tomados en préstamo son materia protegible. Cf., por ej., «Johnson v. Uniden», *supra*, nota 39, y 150 y ss. Los efectos del bloqueo del copyright en un entorno de investigación y desarrollo donde los científicos toman prestado unos de otros es discutido por Reichman, *La prueba de la creación independiente puede convertirse en... un billete de lotería... Infra*, nota 89, p. 17.

<sup>69</sup> Este artículo sintetiza simplemente un excelente argumento presentado por Walter, un abogado y científico. Ver nota 31, p.70.



de formas alternativas de expresión no siempre debería hablar en favor de alentar a los competidores a dedicar sus recursos, ya sea a «reinventar la rueda» o a desarrollar una versión menos eficiente del programa básico.

El análisis anterior nos lleva a la paradoja del «programa más eficiente»<sup>70</sup>. Por definición, dicho trabajo expresa el algoritmo subyacente en una manera única y óptima, de modo que ningún otro programador pueda ponerlo en práctica en una forma más eficiente. Los programas que se aproximan a este ideal son aptos para una protección restringida, o directamente para ninguna protección por copyright, porque las ideas y los procedimientos no protegidos utilizados están mezclados con la forma de expresión elegida. De otro modo, la propiedad intelectual permitiría la monopolización del algoritmo subyacente y de los procedimientos de su puesta en práctica más eficiente. Este resultado aparentemente impropio es coherente con las políticas básicas de propiedad intelectual. Esto se ve ilustrado además por el hecho de que los logros más fundamentales de la ciencia reciben una protección mínima del copyright. Pero surge un interrogante mayor: ¿es realmente imposible idear un sistema de protección para aspectos verdaderamente innovadores de la ingeniería del software en lugar de sobreproteger la forma de programas ineficientes<sup>71</sup> y, por consiguiente, bloquear el acceso a ideas no protegibles por 50 o 70 años *post mortem auctoris*?

El limitado alcance de aplicación de la doctrina del *droit moral* en nuestro campo ya se reconoce ampliamente. Aun en Francia -la cuna de dicho concepto-, los derechos morales de los programadores

han sido drásticamente reducidos<sup>72</sup>. En otros países, como Alemania, los Países Bajos o Polonia, se los deja simplemente a un lado, con la posible excepción del *droit de paternité*. Los principios de la propiedad intelectual que ponen de manifiesto la naturaleza alimentaria de las retribuciones económicas para los autores, definen minuciosamente las situaciones en que la adquisición original del copyright pertenece a otras personas que al creador.

Estas normas exigen modificaciones en favor de empleadores y contratantes<sup>73</sup>, cuyas inversiones merecen una protección comparable a aquella que se otorga en el campo de otras innovaciones tecnológicas. En forma característica, el proyecto de Ley de Propiedad Intelectual suizo parcialmente abandonado (1987), que clasificó al software como una realización industrial, estipuló una aplicación análoga a la del art. 332 del Código de las Obligaciones en cuanto a las invenciones de los empleados. Además, daba por sentado que los programas efectuados dentro del marco de un contrato de trabajo pertenecen al empleador.

El tema de la protección de los intereses económicos de los programadores no reviste una importancia secundaria. Nuevamente, las soluciones legales aplicadas a las innovaciones tecnológicas pueden ser usadas aquí en forma directa, o estar sujetas a pequeñas modificaciones. Por otra parte, muchas normas de la propiedad intelectual que impiden una cesión directa de los derechos pecuniarios del autor, o, de otro modo, que limitan la libertad de disponer de sus intereses económicos, son demasiado rígidas en el contexto de las transacciones en materia de software. La expe-

<sup>70</sup> El hecho de que debido a las consecuencias de la doctrina de la fusión ciertos programas básicos menos eficientes quedan habilitados para una mayor protección por la propiedad intelectual que algunas obras de software más eficientes, resulta incomprensible para los ingenieros de software. Patt y Ahlstrom, *Microcode and the protection of intellectual effort*, 18 (Taller Anual de Microprogramación, 167, 168 (1985)). La paradoja del «programa más eficiente» puede crear una confusión aún mayor en aquellos sistemas legales que exigen de la obra registrable un nivel de creatividad que supere la capacidad promedio de un programador (por ej., la prueba introducida por el *Inkasso-Programm*; ver nota 25). Un programa promedio, que es perfectamente protegible en virtud de las normas liberales estadounidenses o británicas, corre el riesgo de no ser reconocido como una obra original y creativa; sin embargo, si un perito designado por el tribunal testifica que el diseño o sus elementos presentan el mejor método posible de aplicación del algoritmo subyacente, el que ha desarrollado dicha obra, posiblemente se convierta en una víctima de la doctrina de la fusión. Evidentemente, esta proposición se basa en la suposición, no siempre correcta, de que los antecedentes legales están regidos por las normas de la lógica deóntica.

<sup>71</sup> Art. 46 de la ley de 1985; ver nota 1.

<sup>72</sup> Buren, *Zur totalrevision des schweizerischen Urheberrechtsgesetzes*, 1988 «GRUR Int.», p. 575. Ver, también, Muenchinger, *Who owns software developed under contract? A french perspective*, 1986 «EIPR», n<sup>o</sup> 10, ps. 304-311.

<sup>73</sup> Los sistemas de remuneración para los programadores adoptados en Bulgaria y Hungría, se basan en el modelo de sus leyes de invención. Ver el texto que acompaña a las notas 14 y 18. Cf. También las modificaciones legales efectuadas en Francia (ver nota 11); y las propuestas en Suiza (ver nota 72). Enmiendas similares han sido contempladas en Alemania, donde la ley sobre inventores asalariados será probablemente extendida a los programadores. 1985, «GRUR», ps. 918-919.

riencia de los países socialistas y de aquéllos con economía de libre mercado confirman esta tesis<sup>74</sup>. La incorporación de los programas de computación dentro del sistema existente de leyes de copyright, acarrea tantos problemas simplemente porque las leyes están, sobre todo, dirigidas a proteger las obras culturales<sup>75</sup> antes que las innovaciones tecnológicas. Aunque las reglamentaciones modernas no requieren que las «obras tengan una naturaleza estética, muchas normas y principios de la propiedad intelectual, incluyendo las pruebas de «creatividad» y «copiado», fueron desarrollados, principalmente, para reconciliar intereses económicos conflictivos que aparecían con respecto a la apropiación de bienes culturales<sup>76</sup> (obras de arte y literatura). La aplicación de semejantes leyes a las innovaciones del software, a menudo conduce a resultados absurdos. Aun cuando los tribunales aplican a los programas de computación pruebas creadas por los jueces, modeladas conforme a normas especiales aplicables a obras científicas y otras no de ficción, los resultados son confusos<sup>77</sup>. Los diseños de software también difieren de los trabajos científicos. Además, las sentencias judiciales no pueden cumplir con las expectativas razonables de la industria y de los ingenieros de computación, quienes esperan pautas claras que protejan cada programa eficaz que implique un progreso incremental en el arte de la programación del software. Este progreso debería medirse conforme a criterios que sean pertinentes para las personas expertas en el arte (por ej. eficiencia) y a la luz de otros criterios socialmente significativos (por ej. utilidad), antes que según «normas» del *copyright* que son aquí mayormente irrelevantes. Es una afirmación errónea sostener que los programas

de computación se ubican en el límite entre la ley de la propiedad intelectual y las leyes de patente. En realidad comparten todas las características sobresalientes de las otras innovaciones tecnológicas protegidas por la propiedad industrial. En efecto, los programas están más cerca de las invenciones patentables tradicionales que las innovaciones biológicas, ya que son diseñados para ser usados en una máquina y no incluyen manipulación de organismos vivos.

## 5. EFECTOS DE LA PROTECCION ACUMULATIVA DE LOS PROGRAMAS DE COMPUTACION Y CONSIDERACIONES SOBRE LA POLITICA DE COMPETENCIA.

Las leyes de patentes y copyright tienen un doble objetivo. Primero, aspiran a promocionar el progreso de la cultura, la ciencia y las artes útiles (la tecnología), beneficiando de este modo a la sociedad. Segundo, proporcionar un incentivo moral y pecuniario a los autores, innovadores e investigadores en este campo. En los países del sistema jurídico anglosajón, especialmente en los Estados Unidos, es bastante claro que el objetivo de recompensar al autor (inventor) debe ceder cuando está en pugna con intereses sociales importantes. A veces es llamado como «consideración secundaria»<sup>78</sup>. En los sistemas legales europeos continentales, la fraseología de la teoría de los derechos naturales tiende a subrayar la teoría de la recompensa, pero también allí el derecho del creador a distintas formas de protección está fundamentado, en parte, en el punto de vista utilitario de que los incentivos legales proporcionados a los autores e inventores deben beneficiar al público<sup>79</sup>.

<sup>74</sup> Cf. Betten, *Copyright protection of computer programs in the F.R.G., 1986*, «Copyright», p. 358.

En un caso destacado de los Estados Unidos, en la nota 24, p. 1234, el tribunal, después de haber clasificado los programas de computación como creaciones análogas a las «obras literarias», ni siquiera distinguía entre prueba de copiado aplicable a obras literarias de ficción y obras literarias de no ficción, tales como libros de recetas, mapas, etc. En consecuencia, el tribunal aplicó la prueba de copiado desarrollada para trabajos de ficción, lo cual permite encontrar violaciones aún ausentes copiando los elementos literales de una obra. Ver: Walter, nota 31, ps. 124-132.

<sup>75</sup> Así, por ejemplo, la prueba aplicada en el *Inkasso-Programm*, bajo nota 25, provocó críticas no sólo entre los estudiosos sino, en primer lugar, entre los profesionales y los representantes de la industria. Cf.: Dietz, nota 28; Loewenheim, en *Kommentar* de Schricker, nota 53, p. 131; Betten, nota 74, p. 358. Los críticos sostienen que el tribunal utilizó un criterio, basado en patentes, de superioridad del diseño, por encima de «la capacidad promedio general», para lo cual no hay bases jurídicas. Segundo, las indicaciones legalmente relevantes del carácter personal de la forma de un programa protegible, continúan siendo poco claras. Tercero, al negarse a proteger los programas comunes pero útiles y costosos, la Corte Suprema federal desilusionó a la industria de la computación. Lo anterior ilustra las limitaciones inherentes a la tarea legislativa de los jueces, y la limitada adaptabilidad de las leyes de copyright a las necesidades de protección del software.

<sup>76</sup> «Paramount Pictures», 334 «U.S.» 158 (1947).

<sup>77</sup> Ver: Schricker, *supra*, nota 53, ps. 56-57; Beier, *Traditional and socialist concepts of protecting inventions*, 1 «IIC», p. 328 (1970); Troller, *supra*, nota 52, ps. 20 y ss.; Jonasco, *Protection of copyright in socialist countries*, 75 «RIDA», ps. 84 y ss. (1973).

<sup>78</sup> Whelan explica que la función constitucional de la ley de copyright consiste en equilibrar la protección y «la divulgación de la información para promover el conocimiento». Ver nota 29, p. 1235.

Los postulados de que las leyes de patente y de copyright deberían beneficiar a la sociedad, y no deberían ser usadas para interferir con los objetivos más importantes de política pública, son de carácter normativo, y no sólo moral. Es suficiente mencionar el art. 1, punto 8, de la Constitución de los Estados Unidos<sup>80</sup>, los arts. 33-34 del Tratado de Roma, las disposiciones concernientes a las licencias obligatorias que se hallan en las leyes nacionales, etc. Entre los principales beneficios que las leyes de propiedad intelectual deberían proporcionar a la sociedad figuran: la divulgación de las creaciones intelectuales protegibles, el estímulo de una publicación rápida, la limitación del secreto para las innovaciones valiosas, y libre acceso a las ideas subyacentes en las invenciones y los trabajos publicados<sup>81</sup>. En lo que concierne a las patentes, no sólo aspiran a proporcionar incentivos a la investigación y el desarrollo, sino también a promocionar la aplicación y la difusión del conocimiento técnico<sup>82</sup>.

Los objetivos enumerados anteriormente no pueden ser alcanzados, o pueden estar viciados, a causa de las decisiones poco afortunadas que someten los programas de computación a las leyes nacionales de copyright. Estas leyes no incluyen requisitos legales de publicación y divulgación suficiente, comparables con los que existen en las leyes de patentes y otras leyes de propiedad industrial. Aun en los países que introducen el registro voluntario de programas, su objetivo fundamental parece ser la protección de los dueños del software. No se le dio prácticamente ninguna importancia al acceso de la sociedad a las ideas no protegibles subyacentes en los programas registrados. Los propietarios de software en los Estados Unidos y el Japón están ganando la batalla para que se les permita depositar solamente una copia ROM de un programa u otras formas que pre-serven

su confidencialidad<sup>83</sup>. De este modo, la Oficina de Copyright de los Estados Unidos en vez de defender los mandatos constitucionales, puede llegar a transformarse en un agente de los propietarios de programas al ayudarlos a preservar el secreto de aquellos elementos de sus creaciones que supuestamente deberían ser divulgados y libremente accesibles a la sociedad. Algunos autores sostienen que, irónicamente, estas bóvedas de seguridad pueden incluso ser protegidas contra una solicitud efectuada en virtud del Freedom of Information Act (Ley de Libertad de Información), ya que la Oficina del Copyright está, de manera ciertamente discutible, «legalmente imposibilitada para producir una copia sin permiso del propietario de la propiedad intelectual»<sup>84</sup>.

Los defensores de la confidencialidad de los depósitos de los programas sostienen que «el sistema de propiedad intelectual está concebido para divulgar las ideas en forma privada (sic) mediante transacciones comerciales, y no públicamente, por medio de la inspección de los expedientes de registro. En realidad, los programas secretos están siendo ampliamente divulgados a cualquier miembro del público que pague un precio justo por su uso privado»<sup>85</sup>.

Ninguna de estas afirmaciones es convincente. En primer lugar, los depósitos de copyright de los trabajos tradicionales han sido depositados tanto en la Oficina de Copyright como en la Biblioteca del Congreso, efectuando de esta manera un valioso servicio informativo a la sociedad. En segundo lugar, los contratos incluidos en el envase («*shrink-wrap*») y otras formas de concesión de licencias de software apuntan deliberadamente a impedir que los usuarios puedan tener acceso a las ideas no protegibles. La actual forma de registro permite a los propietarios de copyright disfrutar simul-

<sup>80</sup> Esta es la así llamada teoría del «intercambio de secretos», que es una de las justificaciones más populares de los modernos sistemas de patentes. Ver: Beier, *supra*, nota 78. Soltysinski, *Computer programs and patent law: a comparative study*, 3 «Rutgers Journal of Computer and the Law», ps. 64 y ss. (1973).

<sup>81</sup> Beier, *The significance of the patent system for technical, economic and social progress*, 11 «IIC» 582 (1980), «*Bakers v. Selden*», *supra*, nota 35, ps. 101-103.

<sup>82</sup> Wilbur, *Copyright registration for secret computer programs: Robbery of the Phoenix's Nest*, 1984 «Jurimetrics Journal», 372-376; Karjala, *protection of computer databases under japanese law*, «EIPR», n.º 9, en 267 (1986). Recientemente, la «US Copyright Office» ha permitido el registro de códigos-objeto que contienen secretos comerciales. 54 «Federal Regulations», 13173; «Copyright Office», 37. Cfr. Part 202 (1989).

<sup>83</sup> Davidson, en la nota 43, p. 402. Así, el concepto de «inspección pública» de los programas depositados en una forma ROM se vuelve prácticamente sin sentido.

<sup>84</sup> Wilbur, *supra*, nota 43, p. 397.

<sup>85</sup> Cf.: Davidson, *supra*, nota 43, p. 397.

táneamente de la protección de la propiedad intelectual de la forma, y de la protección del secreto comercial de las ideas no protegibles de un programa de computación, aun en los casos de licencias con miles de receptores de información. Los programas de aplicación registrados y masivamente distribuidos todavía son considerados «confidenciales» y «secretos»<sup>86</sup>.

Los actuales sistemas de registro desalientan la publicación<sup>87</sup> en vez de promocionar la divulgación de las ideas libres, e introducen excepciones poco razonables en favor de una sola clase de obras. Estas soluciones se vuelven aún más absurdas cuando se las compara con los estrictos requisitos de publicación y divulgación plena, dirigidos a quienes desarrollan otras innovaciones tecnológicas protegidas por las leyes de propiedad industrial.

La protección acumulativa de las innovaciones del software por las leyes de copyright y de secreto comercial plantea temas difíciles en materia de política. ¿Cómo pueden las políticas de divulgación de las ideas que enriquecen el pozo común del libre conocimiento necesario para el avance del arte del software, y para propósitos educativos, ser compatible con la expansión de la protección de los secretos comerciales? A diferencia de lo que sucede con los patentes, el creador de software no se enfrenta con ningún dilema ni requisito legal para divulgar sus secretos. Sorprendentemente, las leyes de copyright, tal como se las interpreta en los principales países desarrollados, toleran y *ayudan* (sic) a mantener la información en secreto, indefinidamente. Los efectos «sinérgicos» de la protección acumulativa son descritos por Davidson:

«Es interesante cómo la protección por copyright de la forma binaria incrementa la protección del secreto comercial de los algoritmos subyacentes. Es una violación del copyright imprimir el código a partir de una forma binaria, o decompilarlo si es código-objeto. Por tanto, no se permite legalmente el tornar inteligible la forma binaria y, por tanto

no se permite legalmente el intentar aplicar la ingeniería inversa a los secretos comerciales...; de este modo, la distribución de la forma binaria en virtud de licencias de copyright no debería divulgar los secretos comerciales del código-fuente o del código-objeto»<sup>88</sup>.

La proposición anteriormente citada está mejor ilustrada en *Hubco*<sup>89</sup>. La firma ganó el «primer round» alegando que se había violado el código MAI por medio de ingeniería inversa, y luego se había perfeccionado el diseño. Como consecuencia, MAI perdió su acción legal en materia de secreto comercial. Luego MAI depositó su programa en la Oficina de Copyright y obtuvo un requerimiento judicial por violación del copyright.

Se otorga demasiada protección acumulativa a modestos logros de tecnología del software (por ejemplo, los sistemas operativos propiedad de los fabricantes de costosos equipamientos de hardware) y por periodos demasiado prolongados. Esta protección es más barata, más prolongada y menos sujeta a constricciones de política pública, así como a desafíos judiciales (es decir, acciones por «mal uso» o invalidez) que la protección por patentes ofrecida sólo a las innovaciones nuevas y no obvias.

La sobreprotección del software en los Estados Unidos ha cambiado las prácticas industriales y universitarias en lo referente a la libre utilización y divulgación de los algoritmos y el software. Ahora, no sólo las empresas comerciales, sino también las universidades exigen a sus científicos y programadores que retengan la publicación y distribuyan estas innovaciones bajo reserva de secreto. Esto crea un sinnúmero de costosos problemas operacionales al medio universitario, entra en conflicto con su misión principal<sup>90</sup>, y puede causar un abastecimiento insuficiente de adelantos libremente disponibles, que son cruciales para el progreso de la ciencia y la tecnología.

Los problemas legales de intercomunicación que surgen entre las diferentes formas de propiedad intelectual requieren nuevas normas destinadas a

<sup>86</sup> La mayoría de los tribunales de los Estados Unidos sostienen que una notificación de registro de copyright no es contradictorio con hacer valer la protección del secreto comercial. Ver: «*Warrington Ass. Inc. v. Real-Time Engineering Systems*», 522 «F. Supp.» 369 (1981).

<sup>87</sup> Davidson, *supra*, nota 43, p. 206.

<sup>88</sup> *Supra*, nota 39, p. 109. Pero contrastes con «*Nec v. INTEL*», n.º C-84-20799 (N.D. Cal., 6 febrero 1989). El tribunal aprobó las defensas contra la «descompilación» y la compatibilidad.

<sup>89</sup> Reichman, *Implication of software protection for universities and research institutes*, un trabajo inédito enviado al «Annual Meeting of ATRIP», que tuvo lugar el 25 julio 1988, en Washington D.C., ps. 21-4.

<sup>90</sup> La sección 301 de la ley de Copyright de 1976 le concede prioridad a las leyes estatales «equivalentes» al copyright.

delimitar sus respectivos campos de aplicación y a resolver potenciales conflictos de política. Algunos de ellos son el resultado de la múltiple protección del software, otros son las consecuencias inevitables de la proliferación y la superposición de distintas leyes de propiedad intelectual dentro de un determinado sistema legal. El Congreso de los Estados Unidos insinuó que comprendía el problema cuando introdujo la norma del Federal Copyright Preemption (Prioridad del Copyright Federal) definido en la sección 301<sup>91</sup>. De todos modos, debido al lenguaje absolutamente poco instructivo de esta disposición, resulta incierto hasta qué punto el copyright federal tiene prioridad sobre las leyes estatales de secreto comercial. De modo parecido, la historia legislativa de la Semiconductor Chip Protection Act de 1984<sup>92</sup> sugiere que la disponibilidad de la protección de las máscaras de chips excluye la protección por copyright.

En 1985 un autor estadounidense exploró los peligros de superponer la protección de patentes con la de copyright para los programas de computación y sugirió que se debía exigir a los propietarios de software patentable que eligieran sólo una de las formas disponibles de protección<sup>93</sup>. Kline alegó, de modo convincente, que el peligro de la protección «múltiple» existe, por ejemplo, «cuando un proceso o equipo está protegido por patente y el programa de computación usado en ese proceso o equipo está protegido por copyright»<sup>94</sup>. La protección múltiple sucede cuando el software apto para copyright es tan esencial para el funcionamiento del proceso patentado (equipo), que este último no puede ser usado efectivamente sin el software protegido por el copyright después del vencimiento de la patente. En consecuencia, la protección múltiple puede impedir el progreso de las «artes útiles» al frustrar la divulgación del software y permitir su monopolización durante décadas luego del plazo de 17 años de la patente. La oscura línea que actualmente separa los

dominios de las leyes de patentes y de copyright, ha sido defendida recientemente, pero a costa de crear aún más confusión. En «*Pennwalt Corp. v. Durand-Wayland*»<sup>95</sup>, un tribunal profundamente dividido decidió que una versión de software de un hardware patentado no era una violación de la patente del demandante<sup>96</sup>. Si esta interpretación subsiste, muchas patentes de hardware serán «reinventadas» por medio de la ingeniería de software. También aparecen otras cuestiones: una versión cableada de un software de computación protegido por copyright ¿es una obra independiente o un diseño industrial, o es una obra «derivada» capaz de infringir el copyright? Si es correcto que la protección acumulativa de patente y de copyright para un programa de software es permisible, entonces ¿cuál es el beneficio para la sociedad en caso de invalidación o vencimiento de la patente?; ¿tendrá el público la libertad para usar el programa o deberá esperar cincuenta años o más hasta el vencimiento del copyright?.

## 6. ¿SON LOS PROGRAMAS DE COMPUTACION OBRAS SUJETAS A LA CONVENCION DE VIENA?

La elección del enfoque del copyright a nivel nacional fue principalmente impuesto por las fuertes presiones de las industrias de computación de los países desarrollados, y por las genuinas dificultades existentes para adoptar una convención *sui generis* aceptable para todas las partes. El copyright es considerado el instrumento más simple y más barato de protección internacional del software, dentro del sistema de la Convención Revisada de Berna y de la Convención Universal de la Propiedad Intelectual. Este punto de vista es compartido todavía por muchos expertos de los países desarrollados y de algunos países en desarrollo. También es defendido por los escritos prolíficos e influyentes de la mayoría de los estudiosos del Max Planck Institute for Foreign and Interna-

<sup>91</sup> 17 «U.S.C.» párr. 901 y ss.; en adelante citado como «Ley del Chip».

<sup>92</sup> Kline, *Requiring and election of protection for patentable and copyrightable computer programs*, 67 «J.P.O.S.», ps. 281 y ss. (1985)

<sup>93</sup> Ob. cit., p. 303.

<sup>94</sup> 833 F. 2d. 931 (1987).

<sup>95</sup> Samuelson observa que el software puede ser tan fácilmente aplicado en el hardware como en forma binaria, y pregunta: si un copyright puede ser aplicado al software, ¿por qué no podría aplicárselo al hardware equivalente? Samuelson, *The perils of teaching software copyright law in the United States*, un trabajo inédito entregado en la Conferencia de la ATRIP celebrada el 25 julio 1988, en Washington D.C., p.1.

<sup>96</sup> Ver: Ulmer y Kolle, *Copyright protection of computer programs*, 14 «IIC», p. 159 (1983); Dreier, *infra*, nota 103; Katzenberger, *infra*, nota 103. Sus opiniones son totalmente compartidas por Beier y Schricker. Contra: Dietz, *supra*, nota 28, ps. 6 y ss.



tional Patent Copyright, and Competition Law (Instituto Max Planck de Derecho Extranjero e Internacional sobre Patentes, Copyright y Competencia)<sup>97</sup>. Los argumentos propuestos en favor de la clasificación del software como obra registrable en la propiedad intelectual conforme al alcance de la Convención de Berna, no son convincentes.

En realidad, la lista de obras en el art.2 (1) incluye futuros desarrollos, pero los trabajos preparatorios y la Declaración hecha durante las celebraciones del centenario en 1986 indican que los Estados miembros se adhieren al propósito original de proteger «a los creadores de belleza, entretenimiento y saber»<sup>98</sup>. Proteger nuevas tecnologías dentro del sistema de la Convención no sólo favorecería el debilitamiento del copyright sino que también obstaculizaría importantes objetivos de los sistemas internacionales de patentes y de copyright, que consisten *inter alia* en dedicar ideas, procedimientos y tecnologías «obvias» al beneficio de toda la gente. Equiparar el software a «obras científicas», «traducciones», «obras literarias», «adaptaciones» o aun a «diseños artísticos» (Francia), es una aceptación tácita de que quienes proponen clasificaciones tan clásicas no se sienten atados ni por el lenguaje ni por los objetivos de la Convención. La comparación aún más sutil entre el código de una máquina y la creación de una obra cinematográfica también ha sido refutada de manera convincente<sup>99</sup>. Cuando este software opera la máquina, la expresión del programa no es comunicada a un usuario. Los programas de un sistema operativo se comunican esencialmente sólo con la computadora por medio de impulsos eléctricos; «la expresión que ellos personifican está oculta o no existe». Al contrario, cuando una pelí-

cula es reproducida por medio de un dispositivo mecánico, la expresión audiovisual es comunicada<sup>100</sup>. En efecto, quienes proponen una excesiva extensión del copyright tradicional pasan por alto que la característica esencial de todas las obras registrables consiste en que ellas transmiten información, o retratan una apariencia para una audiencia humana<sup>101</sup>.

En Francia se ha trazado una analogía con los diseños artísticos, los cuales están expresamente protegidos por la Convención de Berna. Por supuesto, el adjetivo «artístico» se ve entonces privado de cualquier significado real. Del mismo modo, los programas legibles por medio de máquinas tienen poco en común con obras tan utilitarias como libros que contienen recetas de cocina, listas de direcciones, etc. La separación entre el arte de cocinar o de la contabilidad publicado en un libro a partir de una forma protegible de su expresión es generalmente posible. Con la publicación, esta información beneficia al público. Al contrario, muchos programas ROM funcionan principalmente como una parte de la máquina. Si bien los expertos son capaces de decodificarlos, el copyright, las leyes de secreto comercial y las estipulaciones contractuales les impiden hacerlo<sup>102</sup>. Esto es absolutamente incompatible con el siguiente objetivo básico que la Convención de Berna «reiteró solemnemente» durante las celebraciones del centenario en 1986:

«... que la ley de copyright ha enriquecido y continuará enriqueciendo a la humanidad alentando la creatividad intelectual y sirviendo como *incentivo* para la *divulgación a través de todo el mundo de las expresiones de las artes, del saber y de la*

<sup>97</sup> Citado con autorización de Ricketson, *supra*, nota 55, p. 891.

<sup>98</sup> Ver: Ulmer y Kolle, *supra*, nota 96, p. 159.

<sup>99</sup> K. Nimmer y P. Krauthaus, *Classification of computer software for legal protection*, 21 «Int. Lawyer», p. 745 (1987); Vaver, *supra*, nota 46, p. 606; Ricketson, *ob. cit.*, p. 898.

<sup>100</sup> Por tanto, el comisionado Nimmer sugirió que los programas ROM que no producen información de salida registrable en la propiedad intelectual (por ej., programas que controlan las señales de tráfico), no deberían ser aptos para ser protegidos. CONTU Report, en nota 40, p. 26. Cf., también, la caracterización que hace Schriker de la función principal del copyright como «protección de la comunicación humana calificada» (*supra*, nota 55).

<sup>101</sup> Por eso, por ejemplo, en respuesta a las tendencias legales I.B.M. prohíbe a sus usuarios el montaje inverso de sus programas. La empresa también está procurando depender de la protección de los secretos comerciales. Así, vender «cajas negras» a los usuarios, quienes en virtud de la ley actual están imposibilitados para comprender el software adquirido hasta dentro de cien años o más, difícilmente pueda ser visto como una contribución al «enriquecimiento de la humanidad» o a la divulgación de la información «para toda la gente». Sin embargo, para ser justos se debería subrayar que la I.B.M. tomó estas medidas influida por las tendencias legislativas de los Estados Unidos. Nota a los usuarios de I.B.M., 17 febrero 1983.

<sup>102</sup> Tal como es citado por Ricketson, *supra*, nota 55, p. 891.

información para el beneficio de todas las gentes» (el énfasis es mío)<sup>103</sup>.

## 7. ¿TRATAMIENTO NACIONAL O RECIPROCIDAD?

Aunque la historia legislativa y los acontecimientos posteriores ofrecen pocos argumentos en favor de la aplicación de la Convención de Berna al software, la genuina necesidad de proteger los programas internacionalmente ha inspirado a algunos estudiosos para encontrar una solución. Katzenberger y Dreier<sup>104</sup> subrayan el hecho de que a pesar de que originariamente los expertos de la OMPI trabajaron sobre la suposición de que los Estados miembros podían no estar obligados a otorgar protección al software<sup>105</sup>, se debería también notar que en el interín por lo menos 15 países han brindado la protección del copyright a los programas de computación. En consecuencia, los autores están llegando a la opinión coincidente de que aunque en virtud de la Convención, los Estados miembros pueden no estar obligados a proteger el software, seguramente aplicarán el principio de tratamiento nacional si eligen otorgar dicha protección «a un nivel nacional»<sup>106</sup>.

Esta opinión de compromiso presentada por Dreier y Katzenberger, aunque muy atractiva, es discutible sobre bases legales. Katzenberger observa correctamente que la Convención debería ser interpretada autónomamente antes que a la luz de las conflictivas explicaciones y construcciones que se encuentran en las leyes locales de copyright. En realidad, si no fuera de otro modo estaría abierto el camino para las «manipulaciones nacionales». Al mismo tiempo, según el autor, los Estados miembros deben conceder el tratamiento nacional a las nuevas clases de obras protegidas por sus leyes nacionales, ya sea dentro o fuera «de sus leyes usuales de copyright»<sup>107</sup>. Katzenberger ejemplifica

este punto mencionando las fotografías, que están protegidas por la Convención, aunque algunos Estados miembros las protegen como «derechos vecinos» o inclusive como fuera de sus leyes de copyright.

Si bien me adhiero a la «generosa» interpretación del principio de tratamiento nacional anteriormente presentada, la que no es universalmente aceptada por los firmantes de la Convención de Berna, creo que la validez de las conclusiones finales de los autores respecto al problema del software radica en una suposición tácita y cuestionable, a saber, que los programas constituyen «obras registrables en la propiedad intelectual» dentro del sentido de la Convención. Uno debería diferenciar cuidadosamente entre las nuevas formas de obras «literarias» y «artísticas» en el sentido de la Convención (por ejemplo, fotografías, arte de la computación, etc.), de otras clases de creaciones intelectuales. La obligación de un tratamiento nacional está limitada al campo de acción de la Convención, y no se le puede exigir a los Estados miembros que otorguen sus beneficios a los autores de otras creaciones que queden fuera del dominio «literario» y «artístico» (art.2 (1)), simplemente porque algunos Estados miembros decidieron protegerlos bajo sus leyes de copyright<sup>108</sup>.

En realidad, la práctica nacional puede tener cierta influencia sobre la interpretación de las convenciones internacionales. Cabe recordar que en 1983 la OMPI convocó una conferencia con el propósito de concluir un tratado especial que otorgara protección *sui generis* a las innovaciones del software. La preferencia por una solución de copyright fue sugerida principalmente a causa de la elección legislativa hecha por el Congreso de los Estados Unidos. Efectivamente, aunque las decisiones tomadas por el país que tiene el mercado más grande de software deben ser tenidas en cuenta en los

<sup>103</sup> Ver: Dreier, *National treatments, reciprocity and retorsion. The case of computer programs and integrated circuits*, en Beier y Schrickler, *Gift or WIPO? 11. «IIC Studies»* (VCH, Weinheim, 1989); Katzenberger, *General principles of the Berne and the Universal Copyright Conventions*, ibidem, ps.43 y ss. Ambos documentos fueron presentados en el Max Planck Institute Symposium, en Ringberg Castle, del 13 al 16 julio 1988.

<sup>104</sup> Ver Expert Group on the Legal Protection of Computer Software, 1980 «I.P.» 30. Algunos autores sostienen que el art. 2 de la Convención de Berna es aplicable al software. Ver la revisión de la literatura sobre este tema, por Vaver, en la nota 46, y Ricketson, en la nota 55, ps. 895 y ss.

<sup>105</sup> Dreier, *supra*, nota 103, p. 67; igualmente en Katzenberger, *supra*, nota 103, ps. 50 y ss.

<sup>106</sup> Ibidem, p. 49. En otra parte, Katzenberger limita el campo de aplicación de la obligación del tratamiento nacional a las situaciones en que el software es protegido por la «ley de propiedad intelectual» de un Estado miembro (ibidem, p. 50).

<sup>107</sup> De acuerdo con Vaver, nota 46, ps. 602-603; Ricketson, *supra*, nota 55 p. 897. Ver también, Karnell, *Copyright in computer programs. An international survey*, 1985, «EIPR», ps. 126-128.

<sup>108</sup> OMPI-WO/INF/29, Ginebra, 29 setiembre 1988, p. 17.



futuros trabajos de la OMPI, no pueden prejuzgar la interpretación de las disposiciones fundamentales de la Convención de Berna que fueron ratificadas por el Senado de los Estados Unidos en 1988. Además, ni siquiera la sesión convocada por la OMPI y la Unesco en 1985 logró obtener un consenso universal sobre la pertinencia de las convenciones de copyright para el software. Conforme a un documento oficial de la OMPI elaborado durante la reunión del Grupo de Expertos sobre los Aspectos del Copyright de la Protección del Software de Computación en 1985, «algunos países parecían no haber decidido aún qué camino querían elegir, mientras que un pequeño número de países estaban en favor de una solución *sui generis* fuera del copyright»<sup>109</sup>.

La opinión de que si un país de la Convención de Berna elige proteger el software en sus leyes, entonces ese Estado debe «adherir a los principios del tratamiento nacional»<sup>110</sup>, es discutible no sólo a la luz de los argumentos legales presentados anteriormente, sino que no está suficientemente reivindicado por la práctica internacional. Por ejemplo, el decreto búlgaro de 1979, que en su mayor parte se ajusta al molde de la Ley Modelo de la OMPI de 1978, es aplicable solamente a programas desarrollados en ese país o por creadores asociados, de los cuales por lo menos un autor esté domiciliado allí<sup>111</sup>. Checoslovaquia ha estado contemplando la posibilidad de promulgar un proyecto legislativo *sui generis* similar<sup>112</sup>.

Recapitulando: las decisiones legislativas tomadas en un nivel nacional para otorgar una protección *sui generis* al software, fortalecen la presunción de que los legisladores han decidido ubicar los programas de computación fuera del campo de los convenios de copyright. La elección de un enfoque del copyright sustancialmente modificado, puede

acarrear consecuencias internacionales divergentes, dependiendo de que una legislatura dada estipule si su país se adherirá o no al concepto de tratamiento nacional respecto de las nuevas creaciones intelectuales. Dado que el Congreso de los Estados Unidos ha determinado que su país quedaba «en libertad» de ubicar los circuitos integrados fuera del alcance del Convenio de París y del Convenio Universal del Copyright, ¿por qué deberían estar los países más pequeños «amordazados» por la Convención de Berna en su conducta respecto del software? No estoy sugiriendo, de todos modos, que los Estados miembros sean absolutamente libres a este respecto. Deberán interpretar sus obligaciones internacionales de buena fe, y deberán otorgar beneficios de tratamiento nacional a los creadores extranjeros de aquellas nuevas obras intelectuales que no están protegidas por los convenios existentes, como un problema de política. De todos modos, en ciertos casos la reciprocidad o la retorsión son medios indispensables de «persuasión» contra los países que abusan claramente de su situación de «jugador independiente», violando las normas convenidas internacionalmente. Aunque la decisión estadounidense respecto a los «chips» fue contraria al espíritu y, quizá, inclusive a la letra del Convenio de París, se debe tener en cuenta que también ha contribuido a que se firmara rápidamente el International Treaty for the Protection of Integrated Circuits (Tratado Internacional para la Protección de los Circuitos Integrados), que incluye el principio de tratamiento nacional<sup>113</sup>.

Esto me lleva a mi objetivo final: las innovaciones de software merecen una protección *sui generis* y un tratado internacional especial, más que los circuitos integrados. Inmovilizarse en los convenios existentes de propiedad intelectual restringiría seriamente la posibilidad de progresar legalmente,

<sup>109</sup> Dreier, *supra*, nota 103, p. 67; Katzenberger, *supra*, nota 103, ps. 49-51.

<sup>110</sup> Eskenazi, *supra*, nota 17.

<sup>111</sup> «AIPPI Ann.» (1987), vol. 2, p. 190. Según la Comisión de la C.E. los Estados que adoptan el punto de vista de que los programas no están cubiertos por la Convención de Berna ni por la Convención Universal de copyright, pueden alegar que están en libertad de protegerlos como «derechos cercanos que caen fuera del campo de acción de cualquier acuerdo multilateral existente». Green Paper and Copyright and the Challenge of Technology, COM (88), Bruselas (1988).

<sup>112</sup> Cf.: Dreier, *supra*, nota 103. Desafortunadamente, los Estados Unidos y Japón se negaron a firmar el Tratado de la OMPI sobre Propiedad Intelectual respecto a los Circuitos Integrados; 6 «Prop. Ind.», en 001-1 (1989).

<sup>113</sup> Por ejemplo, acortando el plazo de la protección por debajo de los 50 años (Francia), limitando el alcance a los derechos morales (Francia, Reino Unido, Japón), contando el periodo de 50 años a partir de la fecha de publicación (Japón), etc. De acuerdo: the «EC Green Paper on Copyright», *supra*, nota 11, p. 197 (derechos morales). En virtud de la Ley de Copyright del Reino Unido (1988), los autores de los programas de computación se ven prácticamente privados de los derechos morales, cf. Carty y Hodkinson, *Legislation copyrights designs and patents Act 1988, 1989* «Modern Law Rev.», ps. 370-371.

reduciendo así las perspectivas de construir mejores modelos de protección para las nuevas creaciones intelectuales. Por supuesto, la adopción de nuevos tratados requiere tiempo y esfuerzos diplomáticos considerables. También ocasionaría la multiplicación de ramas divergentes de la propiedad intelectual. Sin embargo, existen razones para alegar que los más mínimos cambios en la Convención de Berna, indispensables para armonizarla con las leyes nacionales de protección del software, nuevas y existentes, basadas en un «enfoque modificado de la propiedad intelectual»<sup>114</sup>, requeriría un esfuerzo equivalente al de concluir un nuevo tratado<sup>115</sup>. La experiencia norteamericana y europea reciente demuestra que aun cuando los

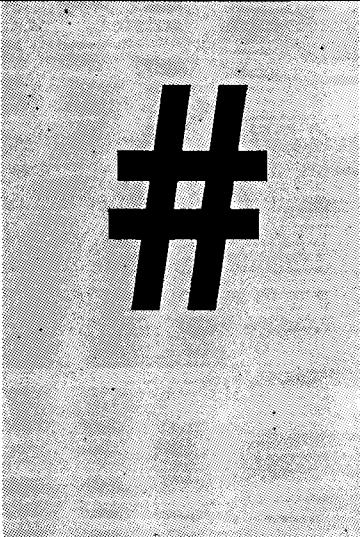
cambios legislativos específicos son sancionados, la relación entre copyright y software continúa creando conflictos y confusión.

Y dado que la Comisión de la CE ha dejado abierto el problema de si los programas deben ser protegidos por el copyright o por un derecho colindante<sup>116</sup>, y ya que hay signos de que la industria de los Estados Unidos se ha ido dividiendo profundamente respecto de este tema, uno puede esperar, por lo menos, una tendencia gradual hacia una reevaluación legislativa acerca de la conveniencia de la estricta protección de la propiedad intelectual para el software.


<sup>114</sup> Higashima y Ushiku, *A new means of international protection for computer programs through the Paris Convention*, «Computer Law Journal», p. 11 (1986). Los autores indican que la revisión de la Convención de Berna exigiría la unanimidad de todos sus miembros.

<sup>115</sup> El «EC Green Paper on Copyright», *supra*, nota 113, p. 198. La directiva sugiere cierto número de modificaciones de las normas en materia de copyright; por ej., la exclusión de protección a los protocolos de acceso a interfaces; otorgando el derecho de adaptación de un programa a un usuario legítimo para sus propios fines; estableciendo un período de 20-50 años contados a partir de la fecha de la creación, etc. *Ibidem*, ps. 200-201.

<sup>116</sup> El legislador R. Kastenmeier, presidente del Subcomité del Congreso para la Propiedad Intelectual, también expresa su respaldo a la idea de la protección *sui generis* para el software; Stern, *supra*, nota 36, p. 130. Cf., también: Baur, *Softwareschutz-Herausforderung und Antwort*, 1988, «Computer und Recht», 359. Ver, también *Computer Software and copyright protection. The structure, sequence and organization and look and feel question*, informe inédito de la conferencia, disponible en Arizona State University, College of Law, Center for the Study of Law, Science and Technology (Universidad estatal de Arizona, Facultad de Derecho, Centro de Estudios de Derecho, Ciencia y Tecnología, ps. 2-3, 1989).



#



1

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

# LA IMPUGNACION DEL DESPIDO EN LA LEY DE FOMENTO DEL EMPLEO\*

Luis Vinatea Recoba  
Profesor de Derecho Laboral  
Pontificia Universidad Católica

La Ley de Fomento del Empleo (LFE), además de los muchos cambios que ha introducido en materia sustantiva, ha variado en forma radical el espectro de acciones impugnatorias que conocíamos en materia de despido. Es interesante verificar que dichas acciones impugnatorias son de lo más variadas y que a la jurisprudencia corresponderá incluso "construir" en vía de interpretación, como ya lo han hecho tribunales foráneos, acciones específicas aplicables a supuestos regulados genéricamente por la LFE y su reglamento. Este artículo intenta presentar de la manera más sintética y a la vez completa esos cambios introducidos.

## I. LA DEMANDA DE REPOSICION.

Sustituyendo a la acción de calificación de despido, retomando la lógica de las casi olvidadas denuncias de reposición tramitadas ante la Administración de Trabajo y ofreciendo más problemas de los que imaginamos en un principio, la LFE en su artículo 72 presenta a la demanda de reposición como la típica acción reparadora frente al despido injusto o improcedente<sup>1</sup>.

Esta acción se caracteriza por expresar en su denominación la pretensión jurídica específica en este proceso (la reposición) y por generar efectos directos con la sentencia: el trabajador vencedor en un proceso de esta naturaleza, tiene derecho a ser reubicado en el puesto que ocupaba hasta el momento de su despido; a que se considere vigente la rela-

*En el presente trabajo, el autor realiza un análisis acerca de la problemática y posibilidades que ofrece la actual normativa laboral en materia de acciones de impugnación de despido por los trabajadores. A través de un estudio que incluye las tres acciones impugnatorias de despido: demandas de reposición, de indemnización y de nulidad de despido- el autor nos ofrece su interpretación del nuevo régimen laboral vigente sobre este tema y advierte sobre la imperiosa necesidad de una labor jurisprudencial de los tribunales laborales que delimite los alcances y real sentido de estas instituciones.*

\*. Al Doctor Javier Neves. Excepcional maestro, mejor amigo.

<sup>1</sup>. Se denomina despido injusto o improcedente tanto en los términos de la LFE como en los de la Ley 24514, al que carece de causa y al que se aparta de las formalidades señaladas por Ley respectivamente. Frente a supuestos como los indicados, procede la acción de reposición y aún la indemnizatoria.

ción laboral por el tiempo de duración del proceso; y, a que, como consecuencia de ello, se abonen los salarios de tramitación o devengados<sup>2</sup>.

En su concepción básica, esta acción culmina con la expedición de una sentencia condenatoria de reposición que, excepcionalmente, puede ser variada, según dispone el artículo 72<sup>o</sup> de la LFE, por una de abono de indemnización; bien por expresa variación de la demanda "en cualquier estado de la causa", bien por decisión sustitutoria del órgano jurisdiccional.

Las diferencias con su antecesora inmediata, la acción de calificación de despido, son notorias. La acción de calificación de despido era un híbrido que, culminando con la expedición de una sentencia declarativa (el juez se limitaba a calificar el despido), daba paso al obligatorio ejercicio de una opción por parte del trabajador que, en caso de no realizarse, se presumía identificada con el pago de una indemnización. El objeto de esta acción no era obtener una reposición o una indemnización. Esas, en todo caso, eran pretensiones mediatas y alternativas por ser ejercidas luego de la calificación del despido.

Pero, por otro lado, las similitudes no son pocas. En primer lugar, la condición de cumplimiento de un plazo de 30 días calendario para su ejercicio se mantiene al igual que en la acción de calificación de despido. En segundo lugar, los trabajadores de confianza y el personal directivo, debidamente calificados como tales (siguiendo las formalidades indicadas en el artículo 33 del D.S. 004-93-R), no pueden ejercer esta acción: el artículo 84<sup>o</sup> LFE lo prohíbe. Igualmente, el personal de las empresas con menos de veinte trabajadores está impedido de ejercer esta acción.

Volviendo a la acción de reposición en sí misma, verificamos que de ella fluyen problemas diversos que, incluso, ya han sido materia de revisión por las Salas Especializadas Laborales de la Corte Superior<sup>3</sup>. Veamos cuáles son.

El primer problema se presenta con la posibilidad

de variación de la demanda "en cualquier estado de la causa".

En términos estrictos, trabada la litis, no es posible variar la demanda pues ello vulnera el principio de contradicción y defensa<sup>4</sup>. Sin embargo, sobre la base de un análisis similar por parte de cualquier Juez respecto de ambas pretensiones expuestas por el trabajador (al margen de la pretensión, en ambos casos se discutirá lo mismo, lo cual determina la no trasgresión del principio de contradicción) y teniendo en cuenta la forma como se "superpone" el proceso de impugnación a la relación laboral disuelta, es lícito pensar que la estricta regla procesal se inclina ante el derecho del trabajador de no "atarse" a una relación laboral que ya no desea pues, en virtud del proceso instaurado, el tiempo que transcurra durante el mismo no va a ser otra cosa que la continuación de la relación laboral. Acredita lo dicho el pago de los salarios de tramitación o devengados durante ese período.

Cabe pues la variación de la demanda atendiendo a la opción del trabajador de apartarse de una relación laboral en el momento que él desee y al hecho que en ambos casos el juez tendrá que dirimir lo mismo.

Ahora, es necesario determinar hasta cuándo puede efectuarse tal variación. En nuestra opinión, ello sólo es posible hasta la expedición de la sentencia de primera instancia, salvo que el trabajador haya obtenido fallo favorable en dicha instancia, en cuyo caso puede, también, variar su pretensión ante la Sala Especializada Laboral de la Corte Superior. Primero, porque la acción es una de reposición. Si el ordenamiento hubiera deseado la presencia de pretensiones alternativas en un sólo proceso o hubiera establecido la posibilidad de opciones varias en ejecución de sentencia, hubiera denominado de manera distinta esta acción. Segundo, porque la flexibilidad existente en el uso del concepto "pretensión jurídica" en este proceso es tal que resulta difícil creer que se pueda extender incluso al período de revisión de la sentencia o, aun más, al de su ejecución. Tercero, porque existen supuestos de impugnación de despido vía repo-

<sup>2</sup> Ver nuestro trabajo, "Los salarios de tramitación en la Ley de Fomento del Empleo". Asesoría Laboral, 1992. Lima Julio No. 21.

<sup>3</sup> Los problemas inicialmente planteados van referidos a los casos de admisibilidad o no de demandas de calificación de despido durante la vigencia de la LFE. Sobre el particular la sentencia de fecha 12-11-92 expedida por la Primera Sala Especializada Laboral de la Corte Superior de Lima ha precisado que "... no es válida la interposición de una acción de calificación de despido a partir de la vigencia del D.Leg. 728 ya que este dispositivo sólo contempla dos tipos de acciones... El tema ha merecido, además tratamiento específico. Al respecto ver: Delgado Nieto, Raúl. Acción de calificación de despido o reposición en el trabajo? Problemática y alternativas procesales de solución. Asesoría Laboral: Lima: 1993. Año III, No. 29, p. 23.

<sup>4</sup> Baylos Grau, Antonio y otros. Instituciones de derecho procesal del trabajo. Madrid: 1991, Trotta. p. 128.

sición que resultando improcedentes **ab initio** pueden regularizarse a través de esta variación de la demanda. Ese es el caso de la demanda de reposición intentada por un trabajador de confianza. Dicho trabajador sólo puede iniciar una acción indemnizatoria (art. 84<sup>o</sup> LFE); luego, si interpone una demanda de reposición ésta es improcedente, salvo que la varíe antes de la sentencia <sup>5</sup>. Es obvio que no podría hacerlo luego porque el Juez Laboral tiene que declarar en su sentencia la procedencia o no de la acción.

No obstante lo dicho, la jurisprudencia ha expuesto criterio distinto y piensa que cabe la variación incluso después de emitida la sentencia de primera instancia desfavorable al trabajador <sup>6</sup>.

El segundo problema se aprecia en las consecuencias de la variación de la demanda.

Las consecuencias, en estricto, incidirán en el plano económico. La demanda variada por una de indemnización, no genera derecho a salarios devengados o de tramitación. El artículo 78<sup>o</sup> de la LFE es claro al limitar el supuesto únicamente al caso de condena de reposición o de sustitución de ésta -establecida por el Juez- en aplicación de la facultad conferida por el artículo 71<sup>o</sup> de la LFE por la indemnización.

El tercer problema se presenta con la facultad de los magistrados en determinados procesos de sustituir la condena de reposición -obligación de hacer por el pago de una indemnización, "cuando ésta resultare inconveniente dadas las circunstancias" (art. 71<sup>o</sup> LFE). Esta facultad presentada genéricamente como exclusiva de los procesos de reposición instaurados por trabajadores ingresados al servicio del empleador a partir de la vigencia de la LFE <sup>7</sup> es, en verdad, una facultad que ya poseían y de hecho ejercían los magistrados durante la vigencia de la Ley 24514. Ese era el caso de los

trabajadores de confianza que no habiendo sido calificados como tales, iniciaban una acción de calificación de despido en la que sólo se les permitía optar por el pago de la indemnización. Y ese es el caso actual de los mismos servidores que, no teniendo calificación expresa, intentan una demanda de reposición que, como es natural, tiene que ser admitida. Luego, en el proceso, se determinará la calidad del trabajador y se tendrá que sustituir la pretensión. Para que se presente este caso, no es necesario que el trabajador ingrese a laborar a la empresa con posterioridad a la vigencia de la LFE.

Tomando en cuenta los problemas descritos, podemos decir, sin perjuicio de entrar en detalles más adelante, que la acción de reposición es una que busca esencialmente reinstalar al trabajador en su puesto habitual luego de un despido injusto o improcedente. Asimismo, es una acción que admite variación de pretensiones hasta el límite de la sentencia final o aquélla que resulte desfavorable al trabajador. Igualmente, es una acción que puede ser afectada por una sustitución de condena dependiendo de las consideraciones que estime el Juzgador o de la calidad que ostente el trabajador.

## II. LA DEMANDA DE INDEMNIZACION.

También contemplada, aunque de modo residual<sup>8</sup> por la anterior normativa, la acción indemnizatoria tiene un tratamiento bastante preciso en la LFE. Esta acción, que culmina con una sentencia de tipo claramente condenatorio, encuentra como pretensión jurídica el pago de la indemnización que señala tanto la LFE como la Ley 24514.

Los requisitos de su planteamiento pasan, a diferencia de lo que establecía la Ley 24514, por la fijación de un plazo de 30 días para su ejercicio en todos los casos.

El objeto de esta acción es obtener la reparación -

<sup>5</sup>. El juez también podría ordenarlo como requisito previo a la admisibilidad de la demanda, pues dentro de las facultades del juez, derivadas de lo establecido por el artículo 19 del D.S. 03-80TR, está la de no dar trámite a una demanda laboral no adecuada a las normas procesales.

<sup>6</sup>. Así, la Sentencia de fecha 24 de junio de 1993, emitida por la Tercera Sala Especializada Laboral de la Corte Superior de Lima indica: "...estando expedito el derecho del actor, corresponde también a su facultad el sustituirlo por la indemnización especial que concede el artículo 14 de la Ley 24514 en cualquier estado de la causa, conforme lo permite el artículo 72 del Decreto Legislativo 728 concordante con el inciso f de su Segunda Disposición Transitoria, que a tenor de lo expresado a fojas 363, el accionante solicita esa sustitución, la misma que debe ampararse por economía procesal...".

<sup>7</sup>. En aplicación, claramente, de lo que establece la Segunda Disposición Transitoria de la LFE: "Los trabajadores que a la dación de la presente Ley se encuentren laborando bajo el régimen de la Ley 24514, salvo que manifiesten por escrito su voluntad de acogerse al nuevo régimen, continuarán regidos por el anterior de la siguiente manera: ... f) No podrá el Juez sustituir la reposición por el pago de indemnización, salvo a pedido del propio trabajador.

<sup>8</sup>. La Ley 24514 se preocupó de regular casi exclusivamente el tema de la impugnación del despido con vista a la luego denominada calificación del despido. Las menciones a la acción indemnizatoria se aprecian de modo tangencial al regularse el tema de los cargos de confianza (art. 15) y el tema del despido indirecto (art. 26).

tasada por Ley- del daño que supone el acto del despido, al margen del daño moral o emergente que pudiera presentarse. Se parte de la premisa, en esta acción, como en toda acción indemnizatoria, que el vínculo laboral se encuentra disuelto al momento de iniciarla. Y esto porque el trabajador ha renunciado expresamente -al ejercer la alternativa en cuestión- a la acción tendente a la obtención de la reposición. Es por ello que la LFE no incluye ni extiende el derecho a las remuneraciones devengadas a estos casos. Por esta misma razón admite la acumulación de una pretensión jurídica de pago de beneficios sociales de cualquier índole, pues resultaría materialmente imposible ordenar el pago de beneficios sociales y devengados ya que estos últimos alterarían la cifra de reclamo de beneficios sociales.

Esta acción, en suma, sólo busca condenar al empleador con el pago de una indemnización por haber materializado un despido injustificado o improcedente.

Pero, esta acción presenta matices importantes que son los que precisamente se han introducido con la LFE. Esta norma, regula un supuesto genérico de acción indemnizatoria. Se trata de un supuesto lógico y bastante sencillo. Pero además de ello, la LFE presenta un marco de situaciones en las que la demanda de indemnización se presenta no sólo a título de opción frente a la demanda de reposición, sino a título de única vía procesal para el cuestionamiento de un despido injustificado o improcedente. Ese es el caso de las demandas de indemnización por despido indirecto; las demandas interpuestas por el personal de dirección y los trabajadores de confianza; las demandas interpuestas por el personal de empresas con menos de veinte trabajadores y las demandas interpuestas por los trabajadores cesados colectivamente por necesidades de funcionamiento.

La acción indemnizatoria por despido indirecto parte del supuesto interpretativo en razón del cual un acto hostilizadorio es identificado con un despido; pues el artículo 66 de la LFE señala como actos de hostilidad "equiparables al despido" a una serie de conductas que constituyen "faltas del empleador".

Esta acción se torna indemnizatoria por lógica consecuencia de origen. El despido indirecto no es otra cosa que el traslado de la previsión legal que con-

tiene el artículo 1429<sup>9</sup> del Código Civil al campo laboral. Lo que ocurre es que, en este caso, la indemnización se abona por el solo hecho del despido, al margen de cualquier connotación moral.

La LFE ha precisado como requisito específico de esta acción el emplazamiento previo al empleador a fin de que enmiende su conducta antes de la interposición de la demanda. Se trata de un requisito de procedibilidad similar al que establece el artículo 1429 del Código Civil que, en principio, no admitiría excepciones. Sin embargo, el requisito en cuestión podría no ser exigible en supuestos excepcionales como aquellos que suponen atentado evidente contra la dignidad del trabajador, o los que ponen en peligro su vida o su integridad.

El caso de la acción indemnizatoria iniciada por los trabajadores de confianza y el personal de dirección es distinto. Este personal interpone acciones indemnizatorias porque la LFE les franquea esa única posibilidad frente a la presencia de un despido improcedente o injustificado. Se trata, en verdad, de un grupo de trabajadores que conforman un régimen de excepción que les concede únicamente estabilidad relativa. En virtud de él, la interposición de acciones de reposición por parte de trabajadores de esta categoría, debidamente calificados como tales, resulta de plano improcedente. Igual criterio se aplica a los trabajadores de las empresas que cuentan con menos de 20 trabajadores. Sin embargo, como ya adelantáramos, cabe la posibilidad que estas acciones sean admisibles por falta de información para el magistrado que conoce el proceso. En otras palabras, si el Juez desconoce que la empresa tiene menos de veinte trabajadores o que el trabajador es de confianza bien porque éste, sabiéndolo, no lo dijo o bien porque nunca fue notificado de tal circunstancia, tendrá que admitir la demanda y luego declararla improcedente ante la alegación del empleador. En esos casos, salvo que el trabajador varíe la demanda por una de indemnización se expondrá a una declaratoria de improcedencia de la demanda o al solo pago de la indemnización en el caso de los trabajadores que desconocían su condición de trabajadores de confianza.

El último caso de acción indemnizatoria es el de los trabajadores cesados colectivamente por necesidades de funcionamiento. En verdad, este caso se reduce sólo una acción de pago de deuda laboral generada en favor del trabajador en aplicación de

<sup>9</sup> Artículo 1429.- "En el caso del artículo 1428 la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra, puede requerirla mediante carta por vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de quince días, en caso contrario, el contrato queda resuelto. Si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización por daños y perjuicios".



mandato legal específico. En consecuencia, este proceso no supone un análisis de la calidad del pago de su causa sino del monto total o parcial del mismo. Por cierto, los términos de la LFE, en este punto, son lo suficientemente claros como para impedir, eventualmente, la interposición de una acción de reposición. La sólo obligación legal de abono de una indemnización sustrae al empleador del peligro de una acción de reposición. Ese es, en nuestra opinión, el sentido de su fijación normativa <sup>10</sup>.

### III. DEMANDA DE NULIDAD DE DESPIDO.

Sin duda, éste es el supuesto más novedoso e interesante de la LFE. El concepto de despido nulo trabajado por la LFE es uno que busca encuadrar supuestos típicos de nulidad de despido por razones discriminatorias o de reacción y, a la vez, diferenciar las consecuencias del mismo respecto del despido que pueda resultar improcedente o injustificado (calificación aplicable en los juicios de reposición e indemnización). El despido nulo, declarado como tal, supone el derecho del trabajador a obtener su reposición sin concedérsele al Juez la facultad de sustituir el pedido de reposición por uno de pago de indemnización.

La acción de nulidad de despido, en cuanto a su formulación y fundamentos, no ha tenido un antecedente inmediato en nuestra legislación. El despido discriminatorio, de existir, se aparejaba al supuesto de despido injustificado y, en todo caso, se calificaba como una actitud antilaboral o incluso antisindical, corroborante de la ilegalidad de un despido.

La LFE se ha inspirado, en este punto, en expe-

riencias legales y jurisprudenciales interesantes como es el caso español. Las consecuencias legales derivadas de un despido nulo en la LFE son muy similares a las consecuencias del despido "radicalmente nulo" que construyó la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español<sup>11</sup> y que ahora recoge la Legislación de ese país. Y precisamente, por ser un producto jurisprudencial, es que la figura toma importancia. Porque para nadie es un secreto que las soluciones jurisprudenciales son variables. Y por esa vía mucho podría ocurrir. En efecto, ya el reglamento de la LFE ha extendido el campo de aplicación (art. 37 D.S. 004-93-R) de los supuestos de aplicación del despido nulo a los trabajadores de confianza, al personal de dirección y a los trabajadores de las empresas con menos de 20 trabajadores.

Si bien es cierto, la norma ha limitado los casos de nulidad "...a los previstos en el artículo 65 de la Ley...", no resulta menos cierto que el artículo 83 consagra al plano específico el principio de no amparo del abuso del derecho (cierto es que para los casos de designación o promoción, pero principio al fin), y por esa vía es posible la extensión del concepto de nulidad de despido a casos en los que, incluso, sólo se reserva una acción indemnizatoria. En la actualidad, por ejemplo, a pesar que la Ley de Proceso Laboral Español ha nutrido sus prescripciones de la jurisprudencia que sobre despido radicalmente nulo emitió el Tribunal Constitucional, con lo cual se "encasilló" en supuestos típicos la jurisprudencia del Tribunal, se siguen creando por vía jurisprudencial supuestos en los que "...la elaboración jurisprudencial del despido radicalmente nulo por fraude de Ley o abuso de derecho es una de las más importantes..."<sup>12</sup>.

<sup>10</sup>. El tema es verdaderamente interesante. En la medida que esto no constituye un despido sino un cese colectivo, diferencia que impide la interposición de una demanda de reposición, el pago de la indemnización restringe la posibilidad de cuestionamiento del cese. Además de ello, la aplicación sistemática de los artículos 90 y 91 de la LFE indica que el trabajador tiene derecho a la indemnización especial y sólo a la reposición si es que el trabajador no es sustituido por otro en un plazo de 60 días. Sin embargo, existen posiciones contrarias al respecto, como la de Blancas "Las necesidades de funcionamiento como causa de cese colectivo" En: Asesoría Laboral. Lima, Año III No. 30 p. 7 y sgtes) quien piensa que aquí sí existe un supuesto de despido. Corroboraría lo dicho, aunque con muchas reservas, en cuanto al tema de procedibilidad de la acción de reposición, la sentencia expedida con fecha 29 de diciembre de 1992 por la Sala Especializada Laboral de la Corte Superior del Callao, que tiene la particularidad de haber resuelto un caso de cese colectivo por necesidades de funcionamiento cuestionado a través de una acción de calificación de despido, desaparecida, como sabemos, a partir de la vigencia del D.Leg. 728. Sobre esa sentencia, su contenido y sus alcances ver: Herrera Vásquez, Ricardo. El cese colectivo por necesidades de funcionamiento. En: Asesoría Laboral. Lima. 1993, Año III No. 28 p.7 y sgtes.

<sup>11</sup>. Dicha jurisprudencia, reiterada, se crea a partir de la sentencia que emite el Tribunal Constitucional Español en fecha 23 de noviembre de 1981, según refiere Montoya Melgar, Alfredo (Derecho del Trabajo, Madrid, Tecnos, 1990 p. 455) y posteriormente ratificada por sentencia de fecha 27 de marzo de 1985, según la cual "si el trabajador alega discriminación o violación de derecho fundamental, el órgano juzgador no puede contentarse con la mera declaración de nulidad del acto extintivo empresarial sino que debe pronunciarse sobre el fondo del asunto..." (Tomado de Sala Franco, Tomás y otros. Derecho del Trabajo, Valencia, 1991, Tirant lo Blanch, p. 785. También, Alonso Olea, Manuel y Casas Bahamonde, María. Derecho del Trabajo, Madrid. 1992. UCM, p. 455). Posteriormente, la línea jurisprudencial es asumida por la Ley Procesal Laboral de 1990.

<sup>12</sup>. El despido radicalmente nulo por abuso del derecho y fraude de Ley, a pesar de nacer jurisprudencialmente antes de la promulgación de la Ley Procesal Laboral de 1990, no fue acogido por ésta. Sin embargo, se sigue reconociendo en la jurisprudencia posterior a dicho año. (Sala Franco, Tomas. Op. cit. p. 785 y sgtes.).

Es probable que nuestra jurisprudencia por la trascendencia del tema y en tanto no exista posibilidad de conocimiento de procesos laborales por parte de la Sala Social y Constitucional de la Corte Suprema de la República, no se anime a tentar una creación jurisprudencial tan atrevida. Pensamos, quizá al igual que muchos magistrados, que el tránsito del concepto de despido nulo por abuso del derecho es sin duda alguna complejo y que tendrá que pasar por una sentencia que solucione un caso de abuso del derecho como el indicado en el artículo 83<sup>o</sup> de la LFE <sup>13</sup>. Sin embargo, la figura del no amparo del abuso del derecho empapa el ordenamiento (Título Preliminar del Código Civil) y, estimamos, no resultaría improbable la asimilación de la figura a la nulidad del despido. Y es que la LFE presenta tantos supuestos de fácil ruptura del vínculo laboral que es lógico pensar que algunos de ellos puedan llevar a una actitud abusiva. Por cierto, de presentarse, se tratará de "...una figura verdaderamente excepcional y extrema, para cuya existencias necesario que concurren dosis elevadas de arbitrariedad en la actuación empresarial, no bastando que esa actuación sea ilícita o contraria a la ley..., sino que esa ilegalidad a de ser especialmente intensa y superlativa, resultando vulnerados los mas elementales principios del ordenamiento jurídico laboral..."<sup>14</sup> pero, estimamos, pasible de ser aplicada en el ordenamiento, luego de un proceso de construcción jurisprudencial muy complejo.

Esta figura del despido nulo sin duda alguna será la que mayor potencial de desarrollo jurisprudencial tendrá. Por cierto, la figura no es sencilla. En su planteamiento se verifica la existencia de un ramillete de cargas probatorias no definidas por la LFE y su reglamento, de manera que allí la juris-

prudencia jugará un papel fundamental. Pero a más de ello la posibilidad de interrelación entre esta interacción y todas aquellas situaciones que la Ley limita a casos en los que el cuestionamiento se reduce a una demanda de indemnización, será compleja y de dura probanza.

Por esta razón, en principio, estimamos con la LFE, que la acción de nulidad de despido está reservada a supuestos tales como: a) filiación a un sindicato o la participación en actividades sindicales; b) ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; c) presentar en una queja o participar en un procedimiento contra el empleador ante las autoridades competentes; d) la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma; y, e) el embarazo si el despido se produce dentro de los noventa días posteriores o anteriores al parto, pero probablemente extendible a casos excepcionales en los que lo claramente taxativo de la ley pueda ser rebasado.

#### IV. CONCLUSION.

La LFE ha contribuido a precisar normativamente las distintas formas de impugnar un despido, ha identificado casi la totalidad de supuestos y no ha puesto cortapisas a la posibilidad de crear jurisprudencialmente figuras interesantes para todos los casos de cese que ella regula.

El breve análisis que realizamos tiene que ser complementado por la jurisprudencia. Existen casos probablemente no tocados por nosotros y que, quizás, están en la mente del lector. En cualquiera de los supuestos, esperamos que las pautas aquí expresadas permitan, por lo menos, inducir las soluciones aplicables a los mismos.

<sup>13</sup> "...En la designación y promoción del trabajador de confianza, la Ley no ampara el abuso del derecho o la simulación..."

<sup>14</sup> Ibid, p. 789.

# RESPONSABILIDAD OBJETIVA DERIVADA DE LA GENERACION DE CONFIANZA

Atilio Aníbal Alterini\*  
Profesor titular de Obligaciones  
Civiles y Comerciales  
Universidad de Buenos Aires y  
Universidad de Belgrano

*En el presente artículo el autor realiza un análisis respecto de la responsabilidad generada como consecuencia de la producción de daños y el tratamiento que merece dicha responsabilidad en diversas legislaciones. En particular, menciona la teoría de la responsabilidad objetiva en materia de daños provocados en productos, así como la responsabilidad de quien es sólo productor aparente, el carácter vinculante del contenido de los anuncios respecto de los productos en el ejercicio de la actividad publicitaria, las obligaciones del vendedor respecto de las promesas o afirmaciones realizadas en el envase y el régimen tuitivo establecido en favor del consumidor, entre otros temas.*

## 1. LA REFERENCIA DEL DAÑO A UN RESPONSABLE: PANORAMA HISTORICO.

a) Con terminología moderna es dable afirmar que los legitimados pasivos, en materia de responsabilidad civil, han sido tradicionalmente: el autor material del hecho; quien es llamado a responder por hecho ajeno en ciertas circunstancias; o quien se halla en determinada relación real con una cosa de la que proviene el daño. Tal resulta no sólo del sistema de la Ley de las XII Tablas<sup>1</sup> y de la Ley Aquilia<sup>2</sup> sino también del emergente de las acciones de *effusis et dejectis*<sup>3</sup> y de *positis et suspensis*<sup>4</sup>, y subsiste en el adoptado por el Código Civil francés<sup>5</sup>

\* Este artículo fue preparado en homenaje al Profesor Doctor Félix A. Trigo Represas. Agradecemos al Dr. Carlos Cardenas Q. por entregárnoslo para su publicación.

<sup>1</sup> Actio de pauperie, contra el dueño del animal que daña una cosa ajena (Inst. 4,9, Dig. 9,1); actio de pastu pecoris, contra el dueño del animal que pasta en fundo ajeno (Dig. 19, 5, 14, 3). Véase Iglesias, Juan, Derecho romano. Instituciones de Derecho privado, Ariel, Barcelona, 1972, 112, p.482; Rizzi, Miguel A., Tratado de Derecho privado romano, J. Menéndez, Buenos Aires, 1936, p.508.

<sup>2</sup> Cabe acotar que la deducción de la idea del *damnum injuria datum* del enunciado puntual de esta ley no obsta a lo expresado en el texto. Véase von Ihering, Rudolf. El espíritu del Derecho romano, trad. E. Príncipe y Satorres. Casa Editorial Bailly-Baillere, Madrid, s/f., t.III, p.129.

<sup>3</sup> Se trata del daño causado por cuerpos duros o materias líquidas echadas desde una habitación (Inst. 5,1; Dig. 9,3,1), generador de una obligación in solidum a cargo de todos los habitantes de la casa, con la consiguiente acción recursoria, véase Maynz, C., Curso de Derecho romano, trad. de A.J. >Pour y Ordians, Jaime Molinas Editor, Madrid, 1892, t.II & 279, p.548. n.3.

<sup>4</sup> Inst. 4,5,1; Dig. 9,3,5,6-13; 9,3,6,2; 44,7,5,5. Véase Maynz, C., Curso..., cit. & 279. p. 549.

<sup>5</sup> Según la interpretación del art. 1384, 1er. pár. del Código Napoleón, realizada por las Cámaras Reunidas de la Corte de Casación en la sentencia del 13 de febrero de 1930, en el caso «*Veuve Jeand heur c/Les Galeries Belfortaises*» (D. 1930.1.57; S.19301.121; GP. 19301.393), en cuanto consideró que aquél involucra al «hecho de la cosa que se tiene bajo la guarda». La huella de ese criterio fue señalada por la sentencia de la Cámara Civil de la Corte de Casación del 16 de noviembre de 1920, en el caso «*Cie. Francaise des Tranwavs Electriques et Omnibus de Bordeaux c/Chemin de Fer du Midi*» (D. 1920.1.169; d.1922.1.97) en la cual afirmó que la responsabilidad se vincula «a la guarda de la cosa». Mazeaud, Henri y León, y Tunc, André, Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, trad. L. Alcalá-Zamora y Castillo, Ejea, Buenos aires, 1962, t.II, vol.1, N°1 145 p. 123, entienden que la responsabilidad del guardián resulta establecida por la ley del 7 de noviembre de 1922 pues, al consagrar una derogación del Derecho común para un caso particular, implicó el alcance absoluto de dicho art. 1384, 1er. párrafo.

por Código Civil argentino<sup>6</sup>.

En lo que aquí interesa, el criterio corriente ha asignado responsabilidad por daños causados con intervención de cosas al titular de cierta relación real con ella, esto es a quien reviste la calidad de guardián, la cual es presumida en el dueño<sup>7</sup>.

Yendo más allá - en el que parecía ser el punto máximo de extensión del concepto-, se ha abarcado en la responsabilidad por hecho de las cosas a quien, no siendo su guardián al tiempo de producción del daño, lo era sin embargo cuando fueron creadas o puestas en circulación en el mercado<sup>8</sup>; dicho causante del riesgo es, por otra parte, quien «se sirve» de ellas en los términos del art. 1113, la parte, del Cód. Civil<sup>9</sup>.

b) Ese límite propio de la doctrina tradicional, resulta actualmente superado, puesto que en el Derecho moderno también se llega a responsabilizar por daños provenientes de cosas a quien ha generado una expectativa de confianza.

## 2. RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL PRODUCTOR APARENTE.

### a) La atribución objetiva

1) En el Derecho norteamericano, la Sec. 402-A del «Restatement of Torts 2nd» establece la strict liability del vendedor de un producto defectuoso que sea «irrazonablemente peligroso para el usuario o consumidor o para su propiedad», careciendo de relevancia que «haya ejercido todo el cuidado posible en la preparación o venta del producto», o que el usuario o consumidor no haya tenido «ninguna relación contractual» con él. Ese criterio proviene de conocidos leading cases de la jurisprudencia. En 1960 la Suprema Corte de Nueva Jersey declaró la responsabilidad del vendedor de un automóvil por daños resultantes de la rotura de la dirección, no obstante haberse pactado una cláusula que limitaba la responsabilidad al reemplazo de las partes defectuosas<sup>10</sup> y en 1963 la Suprema Corte de California estableció la strict liability en un caso de daños provocados por una herramienta para madera<sup>11</sup>.

<sup>4</sup> Doc. art. 1124, Cód. Civil y agregado de la ley 17.711 a su art. 1113. Sobre la interpretación el sistema con anterioridad a esta ley de reformas, véase, por todos, Pizarro, Ramón D., Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de las cosas. Universidad. Buenos Aires, 1983, p.282.

<sup>7</sup> «Pesa sobre el propietario una 'presunción de guarda' «: Mazeaud, Henri y Léon, y Tunc, André, Tratado..., cit., t.II, vol. I, No. 1163.p. 159. «En principio, el dueño es guardián de sus cosas. El es quien tiene el derecho de poseer, usar, gozar, disponer»: Kemelmajer de Carlucci, Aída, en Belluscio, Augusto C. (dir.), y Zannoni, Eduardo A. (coord.) Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado, Astrea, Buenos Aires, 1984. t.5.p. 473, com. art, 1113, No. 21-a.

<sup>8</sup> López Cabana, Roberto M; y Lloveras, Néstor L; La responsabilidad civil del industrial. Régimen de reparación de daños causados por «productos elaborados», ED, 64-549, No. 44; Quesada Zapiola, Héctor, La teoría del riesgo y la acción contra los fabricantes de automotores, LL, 147-1026 (en p. 1028, 2º col.); Trigo Represas, Félix A; La responsabilidad civil del fabricante en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, LL, 1982-B-663, ap. IV, y sus citas de la n. 74; Pizarro, Ramón D; Responsabilidad..., cit., p. 561; Kemelmajer de Carlucci, Aída, en Belluscio, Augusto C. (dir.), y Zannoni, Eduardo A. (coord.), Código..., cit., No. 22; Zannoni, Eduardo A., Responsabilidad por productos elaborados, Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 267; Alterini, Atilio Aníbal, y López Cabana, Roberto M., Responsabilidad civil por daños al consumidor, LL, 1987-A-1040; íd., Cuestiones modernas de responsabilidad civil, La Ley, Buenos Aires, 1988, p. 247, ap. III-B, y sus citas de la n. 28; Alterini, Atilio Aníbal, La responsabilidad civil por productos: estado de la cuestión en el Derecho argentino, LL, 1989-E11178; íd. en Alterini, Atilio Aníbal, y López Cabana, Roberto M., Derecho de daños, La Ley, Buenos Aires, 1992, p. 337, No. 8-C.

<sup>9</sup> Trigo Represas, Félix A., La responsabilidad..., cit., ap. IV; Zannoni, Eduardo A., Responsabilidad..., cit., p. 323; Stiglitz, Rubén S., y Stiglitz, Gabriel A., Efectos relativos de los contratos y responsabilidad del fabricante, LL, 1986-C-2, ap. IX. En palabras de Aguiar, Henocho D., Hechos y actos jurídicos, Tea, Buenos Aires, 1950, t. III: «Actos ilícitos. Responsabilidad civil», vol. 2, p. 250. No. 141: «el hecho dañoso de la cosa puede sernos atribuido, en algún modo, a virtud de su señorío y gobierno; o de la utilidad que nos reporta su tenencia y su explotación».

<sup>10</sup> «Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.». 32 N.J.358, 161 2D.69.

<sup>11</sup> «Greenman v. Yuba Power Products, Inc.». 59 Cal. 2d.57.27 Cal Rptr.697.337 P. 2d.897. La strict liability fue aplicada con relación a la loción capilar empleada en un tratamiento («Newmark v. Gimbel's, Inc.» . 1969.54 N.J.585.258 A. 2d.697), a la sangre humana que contenía un virus («Cunningham v. Mc Neal Memorial Hospital», 1970.4 III. 2d.443,266 N.E. 2d.897) y a la electricidad («Ransome v. Wisconsin Electric Power». Wisconsin.1970).

La directiva del Consejo de la Comunidad Económica Europea sobre responsabilidad por el hecho de productos defectuosos, del 25 de Julio de 1985 (85/374/CEE), por su parte, consagra objetiva (arts. 4 y 7) en términos severos, pues aplica también la teoría de la indiferencia de la concausa (art. 8, inc. 1)<sup>12</sup>.

2) Entre nosotros<sup>13</sup>, y en lo que aquí interesa, se enfoca «la seguridad prometida al consumidor o razonablemente esperada por éste respecto de la inocuidad del producto»<sup>14</sup>, sosteniéndose asimismo que... el fabricante asume frente al adquirente un deber de seguridad por los daños que el producto pueda causar»<sup>15</sup>.

En este orden de ideas se predica el carácter objetivo de la responsabilidad emergente<sup>16</sup>, y que por lo tanto sólo se la excluye demostrando «la existencia de una causa ajena que interrumpa o desvíe el nexo causal»<sup>17</sup>. Este criterio ha sido aplicado, o implicado, en algunos de los escasísimos precedentes que registra la jurisprudencia<sup>18</sup>.

El proyecto de Ley de defensa del consumidor aprobado por la Cámara de Diputados el 29 de septiembre de 1990 previó, congruentemente, que «sólo se liberará total o parcialmente de responsabilidad quien demuestre que ha sido ajeno a la causación del daño» (art. 41, 3 parte). Ese texto ha sido reproducido en la sanción del Senado del 24 de

septiembre de 1992 (art. 44). La teoría de responsabilidad objetiva tiene, pues, clara recepción en materia de daños provocados por productos.

## b) Aplicación al productor aparente

1) La Directiva europea de 1985 dispone que «el productor es responsable del daño causado por un defecto de su producto» (art. 1º), e incluye en ese concepto a «toda persona que se presenta como productor colocando en el producto su nombre, su marca o cualquier otro signo distintivo» (art. 3º, inc. 1º). Esta solución de la Directiva tiene como antecedentes la Convención Estrasburgo del Consejo de Europa del 27 de enero de 1977 (art. 3º, inc. 2º) y la propuesta de Directiva presentada por la Comisión al Consejo de la Comunidad Económica Europea el 1º de octubre de 1979 (art. 2º, 1er pár.)<sup>19</sup>. De alguna manera fue anticipada en Francia por la ley 78-12 del 4 de enero de 1978, modificatorio del art. 1792-4 del Cod.Civ. que, en materia de locación de obra, involucra como responsable a quien se ha presentado como constructor, «haciendo figurar su nombre, su marca de fábrica o cualquier otro signo distintivo».

Conforme al art. 19, inc. 1º, de la Directiva, los Estados miembros se debieron adecuar a ella, a más tardar el 30 de julio de 1988, sin perjuicio -claro está- de su operatividad directa como Derecho comunitario<sup>20</sup>.

<sup>12</sup> El citado art. 8, inc. 1, de la Directiva, dispone: «La responsabilidad del productor no resulta reducida cuando el daño es causado conjuntamente por un defecto del producto y por la intervención de un tercero». Sobre la teoría de la indiferencia de la concausa, véase Alterini, Atilio Anfibal, y López Cabana, Roberto M., Presunciones de causalidad y de responsabilidad. LL, 1986-E-981; id., Cuestiones...cit., p.31, ap. 3-d; compárese, sin embargo, con los arts. 2 y 7, inc. c, de la ley 24.028.

<sup>13</sup> Sobre la cuestión, véase Alterini, Atilio Anfibal, La responsabilidad..., cit., y Alterini, Atilio Anfibal, La responsabilidad..., citado.

<sup>14</sup> «IV Jornadas Rioplatenses de Derecho». Punta del Este. Uruguay, 1986, Com. no.3, Rec. II.1. Sobre el concepto insistieron ligeramente las «Jornadas sobre Responsabilidad...», cit n.to.

<sup>15</sup> «VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil», La Plata, provincia de Buenos Aires, 1981, Com. no. 2, Rec II.

<sup>16</sup> «IV Jornadas Rioplatenses...», cit.Com. No.1, Rec. II.2; «I Congreso Internacional de Derecho de Daños en Homenaje al profesor Doctor Jorge Mossete Iturraspe». Buenos Aires, 1989. Com.n 4, Desp A-4-c; II-B-1; «Jornadas Marplatenses sobre Responsabilidad Civil y Seguros», Mar del Plata, provincia de Buenos Aires, 1989, Com. n 2, Despa. 4-a: «Jornadas de Responsabilidad Civil y Seguros», Mar del Plata, provincia de Buenos Aires, 1989, Com. n 2, Desp. 4-a: «Jornadas de Responsabilidad por Daños en Homenaje al Profesor Doctor Jorge Bustamante Alsina», Buenos Aires, 1990, Coml n 5 Rec. 19.

<sup>17</sup> «IV Jornadas Rioplatenses...», cit.Com. No.1, Rec. II.5; «

<sup>18</sup> «CI°Civ. y Com. Córdoba. LL.Dig.Jur.IV-1580-n°123 (Los dos últimos fallos aplicaron la regla res ipsa loquitur, que entiende probada la culpa por el mero hecho de haber lanzado al mercado el producto defectuoso). Pero en otros fallos se ha sostenido, aunque obiter dicta, que la prueba de la propia diligencia (falta de culpa) tendría virtualidad liberatoria (SCBA,LL,199-383:LL,1988-III-496), y también se ha exigido una diligencia especial o culpa profesional (CNCom.,SalaBLL,1986-C-6).

<sup>19</sup> Véanse sus textos en «Responsabilidad Civil de Productos», publicación del Comité de Gestión de AIDA (Asociación Internacional de Derecho de Seguros), Sección Española, Madrid, 1983,p.140.

<sup>20</sup> Sobre esa operatividad, art. 101 del tratado de Roma del 25 de marzo de 1957, y sentencias de la Corte de Justicia de la Comunidad Económica Europea del 5 de febrero de 1963 («Van Gend & Loos»), del 15 de julio de 1964 («Costa v. en Al»), del 9 de marzo de 1978 («Simmenthal»).



En Italia, la adecuación resulta del decr.224 del Presidente de la República, del 14 de mayo de 1988 (art. 3º, inc.3º), y en Alemania, de la ley del 15 de diciembre de 1989 (art. 4º, inc. 1º)<sup>21</sup>.

En España, el art. 27, inc. c de la ley de 19 de julio de 1984 ya había establecido la responsabilidad de quien figura «en la etiqueta, presentación o publicidad» de productos «envasados, etiquetados y cerrados con cierre íntegro».

En el Derecho norteamericano la solución es semejante. La «Model Uniform Product Liability Act» de 1979<sup>22</sup> prevé que en el concepto de fabricante queda comprendido quien -a pesar de no serlo- «se presenta (holds itself out) como un fabricante» (Sec. 102 -B-). La «Model Uniform Product Liability Act» de 1988, a su vez, incluye como fabricante al que «se presenta como un fabricante ante el usuario del producto» (Sec. 214-5-C-). Estos criterios son aceptados por la jurisprudencia<sup>23</sup>.

2) En la Argentina, el citado proyecto de Ley de defensa del consumidor introdujo la responsabilidad de «...quien haya puesto su marca en el producto o servicio» (art. 41, 1ª parte, en la sanción de la Cámara de Diputados, y art. 44,1ª parte, en la del Senado). De tal modo, y conforme a lo visto en el punto 2, ap. a, nº 2, resulta consagrada la responsabilidad objetiva del productor aparente<sup>24</sup>.

### c) La ampliación del catálogo

1) Esta extensión de la responsabilidad objetiva a quien es sólo productor aparente importa una novedad conceptual. Dicho productor aparente no se encuentra en ninguna de las situaciones en las que venía siendo aplicada la responsabilidad objetiva en la versión del riesgo creado: no es ni dueño ni guardián de la cosa (el producto), ni realiza actividad riesgosa, porque carece de participación activa en el proceso de producción y comercialización. Sólo se vincula con ese proceso en cuanto ha generado confianza en el público a través del empleo de su marca, y ello resulta razón suficiente para hacerlo responsable.

De allí que esta atribución de responsabilidad sea derivada de la noción de riesgo provecho<sup>25</sup>, que nutre a su vez la concepción del riesgo de empresa de la doctrina italiana<sup>26</sup>.

El nuevo criterio, que abarca a «los grandes distribuidores que venden productos sin otra marca que la suya y de tal modo asumen la responsabilidad del productor»<sup>27</sup>, adecúa a las circunstancias de mercado moderno. En este mercado el oferente enlaza una «vinculación directa» con el consumidor «mediante la propaganda»<sup>28</sup>, y «la publicidad es el producto», porque la gente lo adquiere «tal como lo percibe mediante la publi-

<sup>21</sup> Véanse sus textos en el apéndice de Patti, Salvatore (coord.), *Il danno da prodotti*. In Italia, Austria, República Federale de Germania, Svizzera. Cedam, Padova, 1990.

<sup>22</sup> Véase su texto en Keeton, W. page; Owen, David G.; Montgomery, Jhon E., y Green, Michael D., *Products Liability and safety* (Statutory Supplement), Westbury, New York, 1989, p.219; asimismo en Anexo nº 1 de Marée, Ferrine, *Nouveaux développements de la responsabilité du fait des produits en Droit Américain*, Paris, 1985. Hay una traducción española en «Responsabilidad Civil de Productos», cit., p.110.

<sup>23</sup> Keeton, W Page; Dobbs, Dan B.; Keeton, Robert E., y Owen, David G. *Prosser and Keeton on Torts*, 5ª ed., St. Paul, Minn 1984, p. 705, y fallos cit. en n.27, así como en la actualización 1988 Pocket Part, St. Paul, Minn., 1988, p.97, n.27.

<sup>24</sup> Véase Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, «La responsabilidad de los fabricantes en la Directiva de las Comunidades Europeas del 25 de julio de 1985», en Bercovitz Alberto, y Bercovitz Rodrigo. *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, p.262, ap. III-2; Makovits, Yvan, *La directive C.E.E. du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1990, nº237; Legnani, Andrea, *Prodotti difettosi. La responsabilità per danno*, Maggiore Editore, Rimini, 1990, p.37.

<sup>25</sup> Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, «La responsabilidad...», cit., en Bercovitz, Alberto, y Bercovitz, Rodrigo, *Estudios...cit.*, nº2. Dice: se imputa «el riesgo derivado de un producto a quien se beneficia con el mismo; en este supuesto hasta el punto de presentarlo y distribuirlo como propio».

<sup>26</sup> Legnani, Andrea, *Prodotti...*, cit., p.42. Sobre la base del aforismo *cuius commoda eius et incommoda*, afirma que «tal riesgo constituye uno de los múltiples aspectos del más genérico y amplio riesgo de empresa que, a su vez (...), representa, en otro modo, el reverso de la medalla de la actividad empresarial».

<sup>27</sup> Ghestin, Jacques, «La directive communautaire et son introduction en Drit Français», en Ghestin, Jacques (dir.), *Securité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1987, p.111; cita es de p.115.

<sup>28</sup> Santos Briz, Jaime, *La responsabilidad civil (Derecho sustantivo y Derecho procesal)*, Montecorvo, Madrid, 1986, p.641.

cidad», un producto «es ante todo su imagen», vale decir, «lo que millones de consumidores creen que es, o lo que asocian con ella»<sup>29</sup>. En el mercado moderno, además, existen «compañías que no hacen nada, salvo cobrar derechos por el uso de sus atractivos nombres»<sup>30</sup>, con lo cual «los productos se revisten de una diferencia aparente», que sólo proviene de que hay una «propiedad de la marca», que «no reside en lo que el producto es, sino en lo que hace y sugiere la publicidad», pero que constituye un elemento «singular, memorable e indisolublemente asociado con esa marca y con ninguna otra»<sup>31</sup>.

2) En el sistema clásico, cuando el vendedor asegura «la calidad» del producto, o afirma que «está exento de defectos, o que tenía ciertas calidades», otorga al adquiriente garantías tácitas, pero esta solución queda confinada por la estrecha virtualidad que se le asigna a la oferta a persona indeterminada (art. 1148, Cód. Civ.; art. 454, Cód. de Comercio).

En el sistema moderno se va mucho más allá: asumiendo jurídicamente que la publicidad es el modo de captar al consumidor potencial<sup>32</sup>, se establece al carácter vinculante del contenido de los anuncios, aunque no haya sido reproducido en el contrato: así lo dispone el art. 8º, inc. 1º, de la ley española de 1984, y al art. 20 del decreto legislativo peruano de 1991, y lo prevé el art. 8º del proyecto de ley de defensa del consumidor aprobado por el Senado argentino, que trasiega el art. 10 del

proyecto sancionado por la Cámara de Diputados.

En el Derecho norteamericano, a su vez, el vendedor queda obligado «por las promesas o afirmaciones de hecho realizadas en el envase o la etiqueta» («Uniform Commercial Code», Sec.2-314-2-d-), y responde a las afirmaciones inexactas hechas al público «por la justificable confianza» que haya creado, aunque obre sin culpa o el consumidor no tenga relación contractual con él («Restatements of Torts 2nd.», Sec. 402-B); la jurisprudencia aplica la noción de garantía cuando se le asegura en la publicidad<sup>33</sup>, o aun implícitamente si el producto resulta defectuoso<sup>34</sup>.

Esta línea de ideas, que sustenta la atribución de responsabilidad que nos ocupa, parte de la base de que ese deber de reparar es «la contrapartida de la apariencia creada por el producto, y la contrapartida de una necesaria seguridad»<sup>35</sup>. Desde el punto de vista de los empresarios, se objeta que el titular de la marca «no tiene medios para evitar que el licenciatario ponga en el mercado un producto peligroso y contribuya de tal modo a responsabilizarlo»<sup>36</sup>. Pero los consumidores entienden justificado que responda quien «se presenta como el fabricante a los ojos del público»<sup>37</sup>.

Dicha discrepancia viene planteada desde trincheras sectoriales: afirmados en ellas, los productores pasan por alto el riesgo provecho, y los consumidores insisten en otorgar virtualidad a la apariencia. Para quien la conclusión no quede atrapada por la pugna de intereses parciales,

<sup>29</sup> Clark, Eric, *Los creadores de consumo*, trad. C. Gardini, Sudamericana, Buenos Aires, 1989, ps. 23 y 24.

<sup>30</sup> Clark, Eric, *Los creadores...*, cit., p.26, quien ejemplifica con las marcas Fruit of the Loom y Stetson.

<sup>31</sup> Clark, Eric, *Los creadores...*, cit., p.25, transcribiendo a Barry Day, vicepresidente de McGann-Erickson Worldwide.

<sup>32</sup> De esta manera lo designa la Sec. 137.2 de la «Fair Trading Act» británica de 1973.

<sup>33</sup> Parabrisas presentado como irrompible que se fracturó: «Baxter y Ford», 1932, 179 Wash. 123.35p. 2d.1090.

<sup>34</sup> Explosión de una botella de gaseosa: «Escola y. Coca Cola Bottling Co. of Fresno», 1944 24 Cal. 2d.453, 150p.2d.436.

<sup>35</sup> Markovitz, Yan, *La Directive...*, cit., n° 237. Cabe señalar que -asumiendo los distinguos entre responsabilidad contractual y extracontractual que aún perviven- se ha sostenido que la responsabilidad del fabricante frente al consumidor es contractual cuando se trata de un producto de marca: Pardo Alberto Juan, *responsabilidad civil por los productos elaborados*, ED, 122-985. Sobre la dilución de esos distinguos, en el actual Derecho vivo, véase Alterini, Atilio Aníbal, y López Cabana, Roberto M., *responsabilidad contractual y extracontractual: de la diversidad a la unidad*, LL, 1989-C-1186; id., *Derecho de daños*, cit., p.33; sobre la caracterización de la denominada responsabilidad contractual, véase López Cabana, Roberto M., *El contrato de transporte terrestre sometido al régimen de responsabilidad extracontractual. Trastornos que causa la subsistencia de una norma arcaica*, LL, 1991-B-300. id., en Alterini, Atilio Aníbal, y López Cabana, Roberto M., *Derecho de daños*, cit., p.49, ap.IV.

<sup>36</sup> Simón, Joelle, «Observations des professionnels sur l'introduction en Droit Français de la directive européenne sur la responsabilité du fait des produits défectueux», en Ghestin, Jacques (dir.), *Securité...*, cit., p.197, ap III-B, 1°.

<sup>37</sup> Genes, Bernard, «Observation des consommateurs sur la directive européenne Responsabilité du fait des produits défectueux», en Ghestin, Jacques (dir.), *Securité...*, cit., p.211, ap.I.



propongo revisar ahora cuáles son las columnas de sostén del actual sistema de responsabilidad civil.

### 3. INSERCIÓN DEL CRITERIO EN EL NUEVO SISTEMA DEL DERECHO DE DAÑOS.

El criterio expuesto, que atribuye responsabilidad objetiva a quien quedó obligado en razón de haber generado confianza, enraiza en las nuevas orientaciones jurídicas que, con el marco del nacimiento de una nueva era<sup>38</sup>, implican «una modificación profunda del Derecho Clásico de obligaciones»<sup>39</sup>. Desde ese perfil se aviene armónicamente con el sistema actual, en cuanto éste se alinea con el débil jurídico, y asigna preponderancia a la víctima<sup>40</sup>.

#### a) El fuerte y el débil<sup>41</sup>. El experto y el profano<sup>42</sup>.

1) La clásica -y debatida- regla favor debitoris es comprendida por nuestra doctrina moderna en un sentido distinto del tradicional. Actualmente se considera «que debe ser entendida en el sentido de protección de la parte más débil de un contrato» y, de lege ferenda, se propicia incorporar al Código Civil un principio de «protección a la parte más débil, sin distinguir si se trata de un deudor o acreedor»<sup>43</sup>.

Pero como cualquier intervención del legislador en favor de alguna de las partes «sólo puede existir en provecho de uno a costa del otro (...), para escoger, antes es necesario descubrir cuál de los dos es el débil a quien ha de protegerse»<sup>44</sup>.

<sup>38</sup> Alterini, Atilio Aníbal, Desmasificación de las relaciones obligacionales en la era post-industrial, LL, 1989-C-995; id., en Alterini, Atilio A., y López Cabana, Roberto M., Derecho de daños, cit., p. 63.

<sup>39</sup> Baudoin, J.L., cit., Por Ghestin, Jacques, Traité de Droit Civil: Les obligations. Le contrat, Librairie de Droit et Jurisprudence, Paris, 1980, n°60, n.35. Menger, A., El Derecho Civil y los pobres, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1898, p.302, señalaba como imperativo ético «que el Derecho privado venza su atrasado espíritu conservador», pero su reproche carece de actualidad en esta fluida materia.

<sup>40</sup> El tema del presente trabajo resulta especialmente apropiado para este homenaje, pues ensayé por primera vez igual explicación al disertar sobre «Responsabilidad por daños causados por intervención de cosas», el 7 de setiembre de 1992, en la Suprema Corte de Buenos Aires, en un curso sobre «Responsabilidad civil objetiva» que, precisamente, fue dirigido por el profesor Trigo Represas.

<sup>41</sup> Sobre la cuestión véase Alterini, Atilio Aníbal, «El estatuto del consumidor» En Trigo Represas Félix A., y Stiglitz, Rubén S. (dirs.), Contratos. Homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe, La Rocca, Buenos Aires, 1989, p.419; Alterini, Atilio Aníbal, y López Cabana, Roberto M., La debilidad jurídica en la contratación contemporánea, Doc. Jud., 1989-I-817; id., Derecho de daños, cit., p.85; id., «Contratación contemporánea y defensa patrimonial del deudor (Sistema argentino: criterios vigentes y legislación en curso)», en Tendencias actuales y perspectivas del Derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano, Cultural Cuzco Editores, Lima, Perú, 1990, p.267; id., La autonomía de la voluntad en el contrato moderno, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989.

<sup>42</sup> Sobre el tema véase Alterini, Atilio Aníbal, y López Cabana, Roberto M., Responsabilidad profesional. El experto frente al profano. LL, 1989-E-847; id., Invalidez de las cláusulas limitativas en la responsabilidad profesional, LL, 1989-D-916; id., Derecho de daños, cit., p.303.

<sup>43</sup> «X Jornadas Nacionales de Derecho Civil», Corrientes, 1985, Com. n°2, Rec.I y Rec. de lege ferenda, respectivamente. Véase: Borda, Guillermo A., La regla «favor debitoris» en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, LL, 1985-D-896; Casillo, Juan J., La regla de interpretación «favor debitoris», LL, 1985-C-1227; Gianfelici, Mario C., La interpretación de una regla de interpretación: La regla «favor debitoris», LL, 1985-D-1133; Lezana, Mario H., La regla «favor debitoris» en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, LL, 1985-D-916. Josseland, Luis, La protección de los débiles por el Derecho, «La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración», Montevideo, diciembre de 1947, año XLV, n°12, especialmente en la página 319, había destacado que la defensa del débil en sentido jurídico es preocupación esencial del Derecho moderno. En la encíclica Populorum progressio, n°59, S.S. Pablo VI expresó: «La enseñanza de León XIII en la Renum Novarum conserva su validez: el consentimiento de las partes, si están en situaciones demasiado desiguales, no basta para garantizar la justicia del contrato; y la regla del libre consentimiento queda subordinada a las exigencias del derecho natural». En Centesimus Annus, n°36, S.S. Juan Pablo II destacó «que hoy el problema no es sólo ofrecer una cantidad de bienes suficientes, sino el de responder a una demanda de calidad de los servicios que se disfrutan; calidad del ambiente y de la vida en general», esto es, «la demanda de una existencia cualitativamente más satisfactoria y más rica».

<sup>44</sup> Ripert, Georges, El régimen democrático y el Derecho civil moderno, trd. J. M. Cajica Jr. Puebla, 1951, n° 92. En el n° 81 Había señalado que, en esta materia, «la debilidad puede entenderse diversamente», pues es dable «que el acreedor sea más débil y más desafortunado que el deudor. La protección legal debe dirigirse entonces del lado del acreedor».

2) Una categoría que recibe especial amparo del sistema es la del consumidor<sup>45</sup>, en situación que ha sido señalada como paralela a la del trabajador<sup>46</sup>. Al respecto, las «IV Jornadas Rioplatenses de Derecho» (Punta del Este, Uruguay, 1986), recomendaron «que el Estado implemente mecanismos adecuados para la efectiva tutela de los derechos de los consumidores» (Rec.V-1).

Conforme al citado proyecto de ley de defensa del consumidor in fieri, son consumidores «las personas físicas o jurídicas que contratan para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social, la adquisición o locación de bienes o la prestación de servicios» (art. 1°).

En ese alcance, tiene aplicación la siempre recordada frase del Presidente de los Estados Unidos de América, John Fitzgerald Kennedy quien, en su mensaje al Congreso del 15 de marzo de 1962, afirmó que «consumidor, por definición, nos incluye a todos». Concordantemente, en el «Programa preliminar para una política de protección y de información a los consumidores» de la Comunidad Económica Europea (hoy Unión Europea), del 14 de abril de 1975, se precisó que el concepto de consumidor comprende antes que todo a «una persona a la que conciernen los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarle directa o indirectamente como consumidor».

Vale decir, el sistema estatutario del consumidor se ha expandido hasta abarcar a la persona como

tal<sup>47</sup> y está en tránsito a los códigos de fondo<sup>48</sup>. Cabe destacar que el ya mencionado proyecto de Ley de defensa del consumidor (art. 7° del texto de la Cámara de Diputados, y art. 9° del texto del Senado -oferta a persona indeterminada-, art. 41 del texto de la Cámara de diputados, y art. 40 del texto del Senado -cláusulas abusivas y criterio de interpretación-) coincide con los arts. 1147, 1149, y 1197, inc. 3°, del Código Unico Civil y Comercial sancionado por el Parlamento como ley 24.032, a la cual, sin embargo, el Poder Ejecutivo vetó íntegramente por decr. 2719/92.

3) Uno de los derechos reconocidos al consumidor es el de ser protegido en los intereses económicos, vale decir, el «...que tiene el adquirente de bienes y servicios a contratar en condiciones equitativas»<sup>49</sup>. El consiguiente régimen tuitivo es establecido preferentemente en su favor (favor debilis), a cuyo fin la ley «fija un mínimo o un máximo de protección», que puede ser dejado de lado siempre «que sea a favor de la parte protegida»<sup>50</sup>; «la sanción más eficaz de la regla legal consiste en dejar a una de las partes dueña del contrato», en tanto «la otra sabe que debe todo: será forzada a cumplir si el contrato le resulta desventajoso y no podrá ella exigir el cumplimiento si tiene interés en él»<sup>51</sup>. Que es, precisamente, lo que resulta del antes mencionado proyecto de ley de defensa del consumidor -art. 40 del texto sancionado por la Cámara de Diputados, y art. 41 del texto sancionado por el Senado-, puesto que «el consumidor tendrá derecho a demandar, según sea

<sup>45</sup> Véase el desarrollo de la cuestión en Alterini, Atilio Aníbal, «El estatuto...», cit., en Trigo Represas, Felix A., y Stiglitz, Rubén S. (dirs.), *Contratos...*, cit. Asimismo en Alterini, Atilio Aníbal; López Cabana, Roberto M., y Stiglitz, Gabriel A., *La protección del consumidor en el marco de un proyecto de ley*, LL, 1989-B1002; Alterini, Atilio A., y López Cabana, Roberto M., *Derecho de daños*, cit., p.313; id., *Proyectos de ley de defensa del consumidor*, «Revista Jurídica de Buenos Aires», 1991-I/II-155; id., *La urgente necesidad de sancionar una ley de defensa del consumidor*, «Jurisprudencia de Entre Ríos», octubre 1991, n° 45, p.11. En los dos últimos trabajos se incluyen un cuadro comparativo realizado por Eliana A. Núñez, que señala la medida en que los criterios del proyecto de ley que elaboramos con los doctores López Cabana y Stiglitz, y que hizo suyo el diputado Marcos Di Caprio, vienen siendo aceptados por ambas Cámaras del Parlamento.

<sup>46</sup> Barrera Graf, Jorge, *La responsabilidad del producto en el Derecho mexicano*, RDCO, Depalma, Buenos Aires, 1978, n° 11, p. 702.

<sup>47</sup> Puesto que de «la protección del individuo particular en el mercado» se ha pasado a «la protección del individuo particular», sin complemento circunstancial alguno: Bercovitz, Alberto, y Bercovitz, Rodrigo, *Estudios...*, cit., p. 28.

<sup>48</sup> Polo, Eduardo, *La protección del consumidor en el derecho privado*, Civitas, Madrid, 1986, p.22, llega a expresar que «todo, hoy día, es derecho del consumidor». Sobre la posibilidad de extender ciertas técnicas de la legislación del consumidor a la teoría general del contrato propia del Derecho común, véase Perret, Louis, *L'incidence de la nouvelle «Loi sur la protection du consommateur» sur le Droit positif des contrats et perspective de réforme du Code Civil*, «Revue de Droit», Université de Sherbrooke, 1985, vol. 15, n°2, p.255.

<sup>49</sup> Bercovitz, Alberto, y Bercovitz, Rodrigo, *Estudios...*, cit., p.145.

<sup>50</sup> Ghestin, Jacques, *Traité...*, cit., n°123; Viney, Genevieve, *La responsabilité. Conductions*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1982, n°496, y citas de n. 90.

<sup>51</sup> Ripert, Georges, *El régimen...*, cit., n°144.

de su interés y corresponda, la nulidad total de contrato, o la de una o más cláusulas». Esta prerrogativa de atenerse a la nulidad parcial, va de suyo, también funciona con miras a «la protección de la parte débil»<sup>52</sup>.

Además, el art. 3º de dicho proyecto del Senado -trasegado del art. 5º del proyecto de la Cámara de Diputados- dispone «la interpretación más favorable para el consumidor».

4) El cortejo de resguardos deriva del denominado orden público económico que -por oposición al tradicional orden público moral fundado en las buenas costumbres<sup>53</sup> -toma en cuenta «el cambio de los bienes y servicios considerados en sí mismos», y no « el cambio en razón de sus consecuencias frente a las instituciones». Y, funcionalmente, procura «imponer de manera positiva cierto contenido contractual», reemplazando de este modo la antigua virtualidad esencialmente negativa que era propia del orden público en la comprensión clásica<sup>54</sup>.

En la versión de orden público económico de protección, que aquí interesa, tiende a tutelar «a una de las partes, y particularmente al equilibrio interno del contrato»<sup>55</sup>.

Y es propio de su operatividad que proliferen los contratos, o cláusulas contractuales, prohibidos, reglamentados, controlados e impuestos<sup>56</sup>, como una de las reglas de favor que son frecuentes en el sistema jurídico<sup>57</sup>; en el caso, la de favor debilis.

Esa protección tiende a «la restauración de la libertad contractual del lado donde era amenazada» y, claro está, no deriva de ninguna «imbecilidades del consumidor», ni tampoco permite «inferir de ella la del buen padre de familia (el mismo hombre, apreciado burgués)»<sup>58</sup> del sistema tradicional.

5) Antes bien, el eje del tema anida una tensión notoria en la realidad actual: la que se da en las relaciones jurídicas que vinculan a un experto con un profano.

Al respecto, se predica «la inferioridad de los profanos frente a los profesionales», y que por lo tanto éstos «tienen una superioridad considerable en las relaciones contractuales»<sup>59</sup>.

Por lo demás, en los contratos en que una de las partes tiene superioridad técnica, se entiende que «la otra se halla en situación de inferioridad jurídica»<sup>60</sup>, y se enfatiza que «el principio de igualdad jurídica no significa la igualación indiscriminada, desatentas a las diferencias socio-económico-culturales de las personas», agregándose que «su consagración debe atender a la descalificación de toda las formas de aprovechamiento y de abuso, al respecto de la relación negocial de equivalencia, y la interpretación conforme a la finalidad del acto»<sup>61</sup>.

No obstante, aquella supremacía rige solamente en el área de la especialidad propia del profesional, porque cualquier profesional, frente a otro de una especialidad distinta, también es un simple pro-

<sup>52</sup> Jordano Fraga, Francisco, *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madris, 1987, p.415.

<sup>53</sup> Farjat, Gérard, *L'Ordre publicque économique*, Tesis, 1963, nros 14,121.

<sup>54</sup> Ghestin, Jacques, *Traité...*, cit., nros 113 y 129.

<sup>55</sup> Ghestin, Jacques, *Traité...*, cit., n° 128.

<sup>56</sup> Sobre estos aspectos, véase, Alterini, Atilio Aníbal, «El estatuto...», cit., en Trigo Represas, Félix A., y Stiglitz, Rubén S. (dirs.), *Contratos...*, cit., punto 3, ap.j.

<sup>57</sup> Sobre el empleo de la regla de favor en beneficio de algunos de los intereses en juego, véase Alterini, Atilio A., «La presunción legal de culpa como regla de favor victimae», en Universidad del Museo Social Argentino, *Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, vol.I, p.195.

<sup>58</sup> Rémy, Ph., «Droit des contrats: questions, positions, propositions», en Cadiet, Loic (coord.), *Le Droit contemporaine des contrats*, Paris, 1987, n°26.

<sup>59</sup> Ghestin, Jacques, *Traité...*, cit., n° 59, p.36.

<sup>60</sup> «III Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal», Junín, 1988, Tema «B», Rec.I,3.

<sup>61</sup> «XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil», Bariloche, 1989, Com. n°8, Rec.I-9.

fano<sup>62</sup> que, como tal, es considerado en situación de inferioridad<sup>63</sup>.

Interesa destacar asimismo que la protección del profano frente al experto tiene una clara manifestación en materia de vicios redhibitorios, cuya regulación en los códigos es notoriamente inapropiada para las relaciones del consumo. En el viejo sistema, el vendedor queda libre de responsabilidad frente a un comprador profesional (art. 2170, Cód. Civ.), y sólo responde por los daños extrínsecos cuando es de mala fe y el comprador demanda la rescisión del contrato (art. 2176, Cód. Civ.)<sup>64</sup>.

Hoy, el vendedor profesional es asimilado al de mala fe<sup>65</sup> y, precisamente, en la legislación del consumidor in fieri antes recordada, el art. 19 del proyecto del Senado establece que en su área el art. 2176 del Cód. Civ. es aplicable de pleno derecho, y que el art. 2170 es inoponible al consumidor, y el art. 45 hace resarcible las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles así como el daño moral, que es nivel de responsabilidad asignado en el Derecho común a la inejecución maliciosa (art.521, Cód. Civil); esos textos han sido calcados de los arts. 20 y 43 del proyecto de la Cámara de Diputados.

Por otra parte, las cláusulas eximentes o limitativas de responsabilidad profesional son miradas con

disfavor<sup>66</sup>.

## b) La óptica centrada en la víctima

1) En el año 1939, y haciendo referencia a la «evolución del Derecho civil francés en los últimos cincuenta años», Ripert afirmó que «el Derecho contemporáneo mira del lado de la víctima y no del lado del autor»<sup>67</sup>.

La relectura del viejo sistema comenzó, pues, hace un siglo, aun que el cambio de óptica haya pasado inadvertido, muchas veces, o mucho tiempo.

Dos lúcidas expresiones doctrinarias pueden ser exponentes del molde de las nuevas ideas:

Un trabajo de José María López Olaciregui, publicado en 1978<sup>68</sup>, expuso como idea básica que se debe responder no sólo por el daño injustamente causado, sino también por el que ha sido injustamente sufrido, vale decir, cuando «es injusto que lo soporte quien lo recibió», haya o no ilicitud en el obrar del llamado a responder.

Un ensayo de Yvonne Lambert-Faivre, publicado en 1987<sup>69</sup> -cuya tesis fue confirmada por la ulterior evolución del pensamiento jurídico francés-, demuestra cómo la responsabilidad, de ser tratada como deuda del autor, evolucionó hasta adquirir virtualidad de crédito de la víctima. En el viejo

<sup>62</sup> Cas, Gérard, y Ferrier, Didier, *Droit de la consommation*, Presses Universitaires de France, Paris, 1986, n° 8. p.9.

<sup>63</sup> Véase Alterini, Atilio Anbal, y López Cabana, Roberto M., *Invalidez...*, cit., LL, 1989-D-916; íd., *Derecho de daños*, cit., p.287. Allí (n°8) se afirma: «el más hábil industrial es un ignorante respecto de la falla de su automóvil sobre la cual dictamina su mecánico, el más lúcido abogado es un lego frente al médico que aconseja una intervención quirúrgica», en tanto «el mecánico y el médico son expertos, en automóviles y en servicios de salud, respectivamente».

<sup>64</sup> Trigo Represas, Félix A., *La responsabilidad...*, cit., p.676.

<sup>65</sup> Ghestin, Jacques, *Conformité et garanties dans la vente (Produits mobiliers)*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1983, n°255.

<sup>66</sup> Las «V Jornadas Rioplatenses de Derecho», San Isidro, provincia de Buenos Aires, 1989, Rec.11 de lege lata, Com.1 de Derecho Civil, declararon que «las cláusulas eximentes o limitativas de responsabilidad son inválidas cuando las prohíbe la ley, dispensan el dolo o la culpa grave, o se refieren a daños a la vida o a la integridad corporal. Las contenidas en condiciones generales son también inválidas cuando el aceptante no tiene intención real de renunciar. Esta intención queda excluida si se halla en situación de debilidad jurídica (v.gr., por limitaciones a su poder de negociación), o se afecta la relación negocial de equivalencia. La nulidad es absoluta y parcial y, en su caso, corresponderá la integración judicial del contrato» (véase Alterini, Atilio Anbal, y López Cabana, Roberto M., *Invalidez...*, cit., LL,1989-D-916).

<sup>67</sup> Ripert, Georges, *El régimen...*, cit., n° 169.

<sup>68</sup> López Olaciregui, José M., *Esencia y fundamento de la responsabilidad civil*, RDCO, Depalma, Buenos Aires, agosto de 1978, t. 11, p.941.

<sup>69</sup> Lambert-Faivre, Yvonne, *L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation*, «Revue Trimestrielle de Droit Civil», 1987-1, p.1 (La evolución de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización, trad. española de Eliana A. Núñez, como exordio a la obra de Alterini, Anbal, y López Cabana, Roberto M., *Derechos de daños*, cit., p. XIII).

concepto, desde que el damnificado estaba precisado a establecer la existencia de una deuda a cargo del demandado, le incumbía romper el principio de inercia jurídica probando la ocurrencia de todos los presupuestos de responsabilidad civil: la antijuridicidad, el daño, la culpa, la relación causal. Pero, entendiéndose ahora que la producción del perjuicio es causa fuente de un crédito a favor de quien lo sufre, ese mismo principio de inercia actúa en sentido contrario: el crédito a favor de la víctima subsiste mientras el sindicado como responsable no demuestre lo necesario para desvirtuarlo. Además, existe todo un cortejo de mecanismos alternativos de la responsabilidad civil<sup>70</sup>, que en definitiva responden a la idea de que cuando «la justicia conmutativa de la responsabilidad es imponente para reparar la fatalidad de la desgracia, la justicia distributiva de la solidaridad debe tomar el relevo»<sup>71</sup>

2) La concepción actual de los juristas, con su alto rigor técnico y con su nítido perfil filosófico, coincide puntualmente con los reclamos del hombre contemporáneo, quien se ha dejado de inclinar resignadamente «ante el azar nefasto»<sup>72</sup>, y por ello exige indemnización de los daños que sufre.

Cualquier observador de la realidad está en condiciones de percatarse de que, al presente, «en la conciencia del público enraiza la idea de que todo damnificado debe poder reclamar una reparación del autor del hecho dañoso»<sup>73</sup>.

Y es el caso que, conforme al criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>74</sup>, el «sentido de justicia de la sociedad» es relevante para verificar la compatibilidad de las normas -sus interpretaciones o sus aplicaciones- con la Constitución nacional.

<sup>70</sup> Lambert-Fraivre, Yvonne, *L'évolution...*, cit., ps. 19 y XXXVII, respectivamente.

<sup>71</sup> Mazeaud, Henri y Léon, y Tunc, André, *Tratado...*, cit., t. I, vol. I, p. 12 con cifra de Ripert. Conf. Alterini, Atilio Anibal, *Desmasificación...*, cit., ap. IV-b.

<sup>72</sup> Trabucchi, cit., por Barcellona, Pietro, *Diritto privato e processo economico*, Jovene Editore, Napoli, 1984, p. 293.

<sup>74</sup> CSJN, 5/8/86, LL, 1987-A-442, Cons. 7°.



---

# **BANCO DE LIMA**

---

**GRUPO CREDIT LYONNAIS**

# CAPITALISMO Y DEMOCRACIA\*

Owen M. Fiss  
Profesor de Derecho Público  
Universidad de Yale

*El autor examina en el presente artículo las tensiones existentes entre el Capitalismo y la Democracia. Para ello, describe el proceso de resquebrajamiento de la estructura socialista de Europa Oriental y el paulatino desplazamiento de estos países hacia los ideales del Capitalismo; incitados, especialmente, por el contraste de su propia miseria con las riquezas de Occidente. Asimismo, identifica a la Democracia como la motivación política subyacente en el proceso de transición hacia el Capitalismo. La convivencia de los valores democráticos y capitalistas no es, sin embargo, siempre pacífica, por lo que el autor propone una actitud más escéptica en torno al nuevo orden en la escena mundial.*

*Owen M. Fiss, es profesor de Derecho Público en la Universidad de Yale, donde ocupa la cátedra Alexander M. Bickel. El autor tiene a su cargo además, conjuntamente con el profesor George Priest, el curso denominado "Capitalismo y Democracia"; en el cual, precisamente, se trata la experiencia peruana a partir del libro "El Otro Sendero".*

*El presente artículo apareció publicado en el Vol. 13, No. 4 de 1992 del Michigan Journal of International Law, y fue cedido a THEMIS por el propio autor.*

El Socialismo ha colapsado. La larga pugna histórica entre el Capitalismo y el Socialismo ha llegado a su final y el Capitalismo ha emergido victorioso. Este cambio en los acontecimientos fue prefigurado por el movimiento de privatización que, desde finales de la década del setenta y durante los años ochenta, recorrió Inglaterra, los Estados Unidos, y un número de países de Latinoamérica. La historia, sin embargo, aún aguardaba la renuncia al Socialismo de aquéllos que todavía lo vivían, pero ella pronto llegó en la forma de las revoluciones de 1989 en Europa del Este y en la espiral cadena de acontecimientos, puestos en marcha por la "Perestroika", que finalmente condujo a la disolución de la Unión Soviética en diciembre de 1991. China y Cuba continúan flameando la bandera del Socialismo aunque, para la mayoría de los observadores, esto parece más un acto de desesperación -un esfuerzo por proclamar su lealtad hacia una ideología que, pudiendo ser inherente a su identidad histórica, es hoy repudiada por el mundo entero-.

Caben muchas definiciones en torno a lo que es el Capitalismo, aunque en esencia es un sistema diseñado para fomentar la motivación que produce el actuar en interés propio. Para ello, se presume que los individuos son agentes autónomos que persiguen la satisfacción de su interés propio. El Capitalismo alienta la eficiencia y la productividad de los individuos al forzarlos a competir entre sí,

\* El presente ensayo se ha beneficiado grandemente de las discusiones sostenidas con mi colega, George L. Priest, y por el seminario que dictamos juntos en la Escuela de Derecho de Yale en la primavera de 1991. Le estoy agradecido a los alumnos que participaron en ese seminario. También quiero agradecerle a Bruce Ackerman, Eric Bentley, Jr., Sarah H. Cleveland, Robert C. Ellickson, Alan Hirsch, Paul Kahn y Alan Schwartz por sus críticas y comentarios sobre este ensayo.

La traducción del artículo ha sido realizada por Javier De La Vega Gómez Sánchez y Enrique Felices Saavedra, miembros de THEMIS - Revista de Derecho.



recompensando luego, y en mayor grado, a quienes son más productivos en términos que se definen por la satisfacción de los consumidores. Los consumidores, son colocados frente a la tarea de elegir cómo asignar sus propios y escasos recursos entre los productos y servicios que les son ofrecidos, aun cuando permanecen como las figuras preeminentes de un sistema económico que responde a sus deseos. El objetivo del capitalismo es maximizar la satisfacción del consumidor mediante la producción de los bienes y servicios que aquéllos exigen.

La institución social central del Capitalismo es el mercado, una suerte de construcción teórica en donde los individuos revelan sus preferencias, compiten entre sí, e intercambian bienes y servicios. El gobierno tiene, aunque limitado, un rol propio que interpretar dentro de este esquema. Este rol se ve contrañido a: a) crear un sistema monetario, definir los derechos de propiedad y garantizar el cumplimiento de los contratos para así facilitar el sistema de intercambio; b) prohibir ciertas actividades, como los monopolios o el control de los precios, que podrían destruir el mecanismo disciplinario central del mercado: la competencia; c) proveer de un sustituto para la competencia del mercado, en aquellas situaciones en las que sólo interviene un productor ("monopolios naturales") o en donde es poco probable que, mediante el intercambio común, se tome en cuenta los costos o valores totales de un bien o servicio determinado (por ejemplo, las "externalidades" o los "bienes públicos); y d) elevando las rentas públicas a través de la tributación u obteniendo préstamos para financiar sus operaciones.

En estas cuatro funciones se asientan los parámetros del estado Capitalista. Si bien la participación del Estado es concebida como mínima, cada función puede ser entendida como aquella que permite un incremento constante de la esfera del poder estatal. Por ejemplo, algunos han utilizado tan generosamente la noción de "fallas del mercado" para justificar la participación del Estado, que casi alcanzan una escala similar a la contemplada por el Socialismo. Sin embargo, en un nivel ideológico, el Capitalismo insiste en una marcada dicotomía entre el Estado y la economía, permitiendo sólo intervenciones incidentales del primero en la esfera económica. Adicionalmente, el Capitalismo requiere del Estado -cuando le sea permitido intervenir- para tratar de reproducir los resultados que produciría el funcionamiento apropiado del mercado. De esta manera, al Estado capitalista no se le permite demandar el interés público en una forma que sea independiente de la satisfacción de los consumidores. Las funciones del Estado permanecen, así, definidas en términos de mercado.

En casi todas las sociedades capitalistas contemporáneas, incluyendo los Estados Unidos, se producen en la práctica significativas desviaciones de lo que es estrictamente el modelo capitalista. El Estado, efectivamente, interviene en la economía en formas que no pueden ser enteramente justificadas en términos de protección al mercado o de corrección por sus eventuales fallas. Casos típicos, son las leyes que determinan el máximo de horas laborables o que establecen salarios mínimos; o aquéllas que protegen de discriminación a grupos que se encuentran en desventaja en razón a su raza o sexo. Frecuentemente, el Estado es propietario de diversas industrias (educación y transporte, por ejemplo) y subsidia algunas otras (por ejemplo, el arte). De mayor significado aun, son los programas de asistencia, con que cuentan casi todos los países capitalistas; o, lo que Charles Taylor llama "mecanismos de solidaridad", que consisten tanto en pagos de dinero en efectivo como en la participación de otra clase de beneficios (por ejemplo, albergues públicos). Estos programas están dirigidos a mantener ciertos niveles mínimos de vida o a redistribuir la riqueza, de tal forma que las desigualdades, que en la distribución de la misma produce el mercado, sean moduladas.

Estas desviaciones del modelo teórico del Capitalismo, introducen un matiz de ambigüedad en los registros históricos y generan la interrogante -en algunas mentes, por lo menos- de si los recientes cambios en Europa del Este y la Unión Soviética deben ser entendidos, como yo lo he sostenido, como una absoluta victoria del Capitalismo. Aquéllos que adoptan una visión contraria, admiten que los Estados Unidos y Europa Occidental fueron los modelos a seguir por los reformadores del Este, pero apuntan que desde que los sistemas económicos de los Estados Unidos y en Europa Occidental se encuentran amalgamados entre sí, resulta poco claro precisar qué era lo que guiaba a los reformadores y qué podría decirse que ha triunfado. ¿Triunfó realmente el Capitalismo o fue acaso, el triunfo de algún híbrido? Y si fuera lo segundo, ¿Por qué no puede el Socialismo reclamar para sí ese híbrido como lo hace el Capitalismo? Preguntas como éstas consumirán en los años venideros, sin lugar a dudas, a los que se encuentran más propensos a filosofar. Sin embargo, en la realidad del hecho histórico -en oposición a aquello que " pudo haber sido"- es claro que los reformadores del Este percibieron las amalgamas de Occidente, especialmente porque fueron forjados por los movimientos privatizadores que dominaron Occidente en los años setenta u ochenta, más como pertenecientes al Capitalismo que al modelo socialista. Los reformistas repudiaron al Socialismo y acogieron el Capitalismo, aunque, como el sacer-



dote mayor del Capitalismo -Friederich Hayek<sup>1</sup> nunca lo hicieron con suficiente ferocidad como para evitar concesiones en el nivel práctico o en el institucional. El Capitalismo fue el ideal hacia el cual ellos se desplazaron; aún cuando haya sido una aspiración vagamente formada, lo cierto es que ahora provee de un entramado sobre el cual tendrá lugar el debate futuro.

El atractivo del Capitalismo tenía bastante de materialistas. El Capitalismo, prometía producir una diversa y abundante provisión de bienes y servicios, y su triunfo está directa e inmediatamente relacionado con si comprobada habilidad para cumplir esa promesa. Los reformistas observaron las riquezas de Occidente y las compararon con su propia miseria, apreciando en el contraste la validez de los supuestos del Capitalismo y el rebatimiento del Socialismo. El contraste les alcanzaba un mensaje muy claro: Los trabajadores no laborarán con tanto empeño, cuidado o imaginación, cuando sus objetivos sean los de conseguir el beneficio público en lugar de sus propios intereses; los consumidores tienden a estar más satisfechos cuando ellos mismos, y no los agentes estatales, determinan cuáles son los bienes y servicios que desean. Ciertamente, la evidencia no es tan poco ambigua. Muchos otros factores, incluyendo recursos naturales y culturales, así como los puntos de partida históricos, podrían demostrar los logros materiales de las sociedades capitalistas. Sin embargo, el superior desempeño económico de los países capitalistas ha sido tan sustancial y penetrante -de enormes proporciones, cuando países como Alemania del Este y del Oeste eran comparados- como para sugerir que hubiera algo más involucrado. El registro histórico nos provee de amplias razones para creer que las normas de conducta del Capitalismo son más realistas que las del Socialismo, y que aquél ofrece más probabilidades de producir una mayor riqueza material.

El hecho de atribuir el triunfo del Capitalismo, principalmente, a sus ventajas materiales no lo merece en nada; la satisfacción del consumidor es de una importancia enorme y esencial para el funcionamiento apropiado de cualquier sociedad. Sin embargo, la satisfacción de los consumidores no es el único criterio para evaluar a una sociedad y, por ende, cierta consideración deba ser otorgada al impacto que el Capitalismo ha tenido en otros valores; por sobre todos, la democracia. Aun cuando la principal seducción del Capitalismo pudo no haber sido materialista, hubo conside-

raciones políticas que también motivaron a un buen número de los reformistas de Europa del Este y la Unión Soviética. Estos reformistas estaban tan decididos a escapar del totalitarismo como lo estaban de su condición material, y vieron en el Capitalismo la promesa de alcanzar ambas metas. Ellos lucharon por algo que llamaban «democracia capitalista», creyendo profundamente que en la consecución de una alcanzarían la otra. La pregunta permanece, no sólo en torno a si alcanzarán ambas metas, sino también en relación a si una promueve a la otra -si es que es probable que el Capitalismo promueva la democracia o si, en cambio, hay una tensión entre las dos ideologías, una dinámica al interior del Capitalismo que es tan antitética a la democracia real como lo es al totalitarismo-.

De muchas maneras el Capitalismo y la Democracia comparten un número de premisas fundamentales, y muchos han dado su opinión sobre el paralelo histórico en la aparición de estos dos sistemas de creencias. Así como el Capitalismo ve la elección individual de los consumidores como la piedra angular para ordenar la economía, la democracia también depende de la iniciativa y elección de los individuos como la fuente de la toma de decisiones políticas. Ambas nociones encuentran su raíz en la presunción de la racionalidad humana y del interés propio; apoyándose, en tal sentido, en la libertad individual y en la autonomía como los medios para conseguir sus fines. El Capitalismo y la Democracia son generalmente asumidos como los mejores -aún cuando imperfectos- medios para alcanzar los objetivos sociales de una nación que, de manera ideal, está compuesta por una universalmente activa, comprometida y auto- actualizada ciudadanía.

La Democracia, sin embargo, también encierra un número de principios que son o divergentes o totalmente inconsistentes con muchos de los dogmas capitalistas. En las páginas que siguen delinearé cinco de estos principios: Soberanía popular, independencia económica, alternativas de elección cultural, participación activa, y satisfacción ciudadana; los cuales son fundamentales para el funcionamiento saludable de un sistema democrático. Algunos de estos principios han sido tomados de la crítica del Socialismo al Capitalismo, y al hacerlo, mi propósito no ha sido el de resucitar una ideología hoy muerta, sino beneficiarme de una tradición intelectual que ha incidido más profundamente que cualquier otra en las imperfecciones y tragedias del sistema económico que hoy representa nuestro destino.

<sup>1</sup> Hayek, Friedrich A. The road to serfdom 1944 Pág. 36 - 39.

## SOBERANÍA POPULAR.

El control popular sobre el gobierno -la idea de que el gobierno actúa únicamente a instancia del pueblo- descansa en la base de la teoría democrática y, de acuerdo a muchas de las críticas socialistas, representa uno de los puntos centrales de antagonismo entre los valores del Capitalismo y de la Democracia. De acuerdo a la mencionada crítica, la abdicación que el Capitalismo hace del control de la economía y de la toma de decisiones en favor del sector privado -la separación del Estado y la economía- remueve del control popular uno de los aspectos más importantes de la vida moderna. La soberanía popular queda asegurada únicamente si las decisiones económicas permanecen bajo la autoridad del Estado.

Una crítica semejante es, por supuesto, un blanco fácil debido a la posición ventajosa en la que el naufragio del Socialismo nos ha colocado. Es claro, que la propiedad estatal de las industrias -exigencia clave del Socialismo- no promovió, en los hechos, los valores democráticos. La teoría del Socialismo presume que los funcionarios estatales que se encuentran a cargo de la economía son sensibles a las demandas del pueblo. Sin embargo, la experiencia histórica -el simple hecho de que los países socialistas líderes del mundo, específicamente la Unión Soviética y China hayan sido totalitaristas- contradice tal premisa. Los funcionarios que administran la industria o el sistema de distribución se convirtieron, invariablemente, en amos de las personas, más que en agentes; utilizando su poder para perseguir sus propios intereses o los intereses de grupos sectarios. Mientras algunos pueden estar tentados a desestimar esta experiencia histórica apoyándose en la teoría de que el Totalitarismo de los países socialistas fue sólo un "exceso" o una "aberración", un producto del cerco tendido por el Capitalismo o del deseo por acelerar el desarrollo económico; tal respuesta parece demasiado fácil. Ella no da mérito suficiente de la estrecha correlación ente el Socialismo y el Totalitarismo.

Por otro lado, los defensores del Capitalismo, no se limitan a apuntar las fallas del Socialismo sino que ven al Capitalismo, en sí mismo, como la más amplia afirmación de la soberanía popular. El Socialismo, discuten aquéllos, hizo a la economía nominalmente sensible a las demandas de la gente, sustituyendo la propiedad privada por la pública; pero, lo cierto es que el Capitalismo es un instrumento más efectivo para alcanzar esa meta por cuanto en un mercado competitivo ningún pro-

ductor por sí solo tiene el poder para determinar el precio o la clase de bienes a ser producidos: todos ellos son sensibles a las demandas de los consumidores. Quizás, los monopolios deberían ser de propiedad del Estado (o ser controlados por el Estado), sin embargo, mientras afrontamos una situación no estará concentrado.

Los defensores del Capitalismo están en lo cierto: La dispersión del poder que produce la competencia en efecto fomenta los valores democráticos. Pero existe aún un motivo de preocupación. Ni aun un mercado totalmente competitivo distribuye el poder de manera consecuente con el ideal democrático de "una persona, un voto". Incluso cuando en un mercado como el mencionado ninguna empresa por sí sola es capaz de controlar los precios o de determinar qué bienes habrán de producirse, el principio organizador del mercado -"un dólar, un voto"- significa que las empresas y los individuos con desiguales porciones de poder pueden influir en la actividad del mercado en una forma que se aparte del ideal democrático. La empresa Mobil Oil está en evidente ventaja frente a la estación gasolinera local, así como el Sr. Rockefeller lo está frente al consumidor promedio.

Tales desigualdades de poder económico repercuten en todo el mercado, dependiendo, por supuesto, de su tamaño; y también traen consecuencias importantes en la política. A pesar de la retórica de "una persona, un voto", intereses económicos poderosos son capaces de ejercer una influencia política desproporcionada y pueden tender a apropiarse del aparato estatal y utilizarlo para su provecho. Altos funcionarios del Gobierno son reclutados de las principales empresas privadas y contemplan la posibilidad de retornar al sector privado una vez que hayan terminado sus servicios para el Gobierno. Tal práctica de empleo conocida como "puerta giratoria" tiende a llevar a los funcionarios del Gobierno a apreciar los asuntos de política pública desde una perspectiva ventajosa para las empresas privadas<sup>2</sup>. Una relación simbiótica similar existe en los países capitalistas entre los económicamente poderosos y los candidatos electorales. Campañas altamente costosas de relaciones públicas, hechas por intermedio de la televisión y por los medios de difusión, a menudo determinan el resultado de las elecciones, obligando a los candidatos a depender, o en todo caso a ser más dóciles con aquéllos que poseen mayor riqueza.

Los resultados pueden ser devastadores para el

<sup>2</sup> Lindblom, Charles E. *Politics and markets: The world's Political - Economic Systems*. 1977 Pág 201 - 213.

proceso electoral. Tan orgullosos como estamos en los Estados Unidos de nuestra tradición democrática, lo cierto es que aquéllos privilegiados por el mercado son quienes dominan las elecciones. En la típica campaña presidencial, cerca de la mitad de la población no vota y éstos así llamados "desertores electorales" o no votantes tienden a ser los pobres<sup>3</sup>. La no participación puede indicar la falta de interés hacia los contendores, pero también pueden indicar un profundo sentido de alienación y desamparo que sufren los electores del estrato económico más bajo. Los candidatos y los asuntos que más preocupan a los electores han sido removidos de la agenda.

### INDEPENDENCIA ECONOMICA.

La Democracia requiere más que elecciones periódicas y balotas secretas. Esta presupone, una población libremente dispuesta a criticar a su gobierno. De muchas formas puede el Capitalismo promover este objetivo mediante la reducción de la dependencia de los individuos en el gobierno. En contraste con la vida en una economía planificada, un ciudadano que no depende del gobierno para su trabajo, hogar o renta, o que no tiene necesidad de obtener un permiso gubernamental para iniciar un negocio o ganarse la vida, es mucho más libre para criticar al Estado. Existe, a mi parecer, una correlación entre el crecimiento de mercados privados en China durante los años ochenta y el surgimiento del movimiento democrático en ese país. La dificultad, empero, es que si bien el Capitalismo puede eliminar la dependencia gubernamental, crea nuevas dependencias económicas. Una dependencia es sustituida por otra.

El Capitalismo nunca dará a las masas (ni aún a la mayor parte de la clase media) la autonomía económica contemplada por los teóricos políticos del siglo XVII, tal como John Locke, que ensalzaron la virtud de la propiedad privada y vieron a los hacendados como un bastión de libertad. El Capitalismo produce algunos grandes ganadores como Donald Trump o Rupert Murdoch. Ellos pueden tener la clase de independencia avizorada por aquéllos que ensalzaban las virtudes democráticas del Capitalismo, pero la riqueza acumulada por la gran mayoría de la población es limitada. En efecto, la mayor parte de los ciudadanos dependen de su relación laboral para obtener su renta. En sociedades capitalistas la mayoría de los

empleadores son no gubernamentales, y aún cuando esto pueda ampliar la libertad de los ciudadanos para criticar al gobierno, su nueva independencia lleva emparejada la libertad para criticar a sus empresas, a sus jefes, o a las políticas gubernamentales que sostienen o apoyan a tal empresa. Ellos enfrentan al despido en caso de hablar<sup>4</sup>. En un sistema político en el que la empresa ejerce fuerza en la arena política, la autonomía individual en un nivel práctico está severamente constreñida.

Más aun, bajo el Capitalismo, el poder de criticar la autoridad gubernamental o, por otro lado, participar en la vida política no está distribuido necesariamente de igual manera, por cuanto la habilidad de uno para participar en actividades políticas o para hacer escuchar su propia voz, refleja las desigualdades de sus rentas; bien provengan de pagos y salarios o de utilidades de inversiones. Las desigualdades en el poder económico no necesitan convertirse en desigualdades en el poder político, pero tienden mucho a ello, como lo permitió comprobar el fenomenal suceso de la campaña presidencial de Perot en 1992, dado que la participación política requiere estar exento de preocupaciones económicas, gozar de tiempo libre, y tener los recursos necesarios para hacer llegar el mensaje al público.

### ALTERNATIVAS DE ELECCION CULTURAL.

Mientras la democracia aspira a hacer a los gobiernos sensibles a los deseos de la ciudadanía, surge una pregunta en relación a cuáles "deseos" debieran "gobernar"- aquéllos del momento, o aquéllos que podrían ser formulados bajo circunstancias más cercanas al óptimo: más allá del tiempo, con información completa, bajo condiciones de reflexión apropiadas-. El autoritarismo ha pregonado frecuentemente sobre la distinción entre los "deseos ocurrentes" de los ciudadanos y lo que puede ser referido como sus "deseos reflexivos". Las personas han sido esclavizadas sobre la teoría que sus amos conocen, mejor que ellos, sus verdaderos deseos y necesidades. Pero una democracia predicada sobre una exclusiva preocupación con deseos ocurrentes no presenta un atractivo social ideal. Nuestro respeto por la elección de la mayoría se ve menguada considerablemente una vez que descubrimos que la elección fue hecha apresuradamente, bajo un estrés considerable, sobre la base de información inexacta o sin adecuada consideración de las alternativas. Una verdadera democracia

<sup>3</sup>. Phillips, Kevin P. *The Politics of Rich and Poor: Wealth and the American Electorate in the Reagan Aftermath*. 1990 Pág 24 - 25.

<sup>4</sup>. Ver por ejemplo, *Novosel vs. Nationwide ins. co.* 721 F 2d 894 (3er Cir. 1983).

presupone una medida de ilustración ciudadana.

Dicha ilustración no es necesariamente incompatible con la propiedad privada. Hay, empero, algunas industrias -a las que llamaré "de información" que tienen un apoyo directo en el nivel de ilustración del electorado, y operar estas industrias en base a los principios puramente capitalistas podría, ciertamente, poner en peligro los valores democráticos. Una de estas industrias es la del cine y televisión. Otra, es la industria editorial, incluyendo diarios, revistas y libros. Una más es la del sistema educacional. Supeditar todas las industrias a la competencia del mercado y permitirles conducirse en función a la maximización de utilidades, producirá programas de educación y entretenimiento que respondan a los deseos de los consumidores. El público adora la serie de televisión "Dallas". No obstante, no hay razón para creer que lo que el público desea como medio de entretenimiento o hasta de educación será suficiente para equiparlo para descargar sus responsabilidades en la esfera política.

Los Estados Unidos tienen un fuerte y viable compromiso con el Socialismo estatal en cuanto a la operación de sus sistemas de educación elemental y secundaria. Algunas de las más grandes universidades de la nación como la Universidad de California y la Universidad de Michigan son financiadas por el Estado y, en cierta medida, administradas por él. El programa más radical para privatizar todo el sistema educativo nunca ha prosperado en los Estados Unidos pese a que hoy en día intentos dispersos están siendo hechos para revivir esta idea <sup>5</sup>. Todavía el cine, la televisión y los medios escritos permanecen en manos privadas. Aun cuando muchos ven esto como uno de los más grandes valuartes de la democracia en América -una voz fuerte e independiente para oponerse al gobierno-, la estructura capitalista de la propiedad de estas industrias plantea un dilema para la democracia. El discurso público será moldeado por elementos de mercado, y ello emparejará la capacidad del público para optar por alguna alternativa de elección cultural.

Un ejemplo de lo anterior puede ser la televisión. En los Estados Unidos, los canales comerciales y, más recientemente, un número de estaciones de televisión por cable de propiedad privada han dominado la industria televisiva. Un canal de propiedad del Estado fue creado durante los años sesenta para ampliar el discurso público, pero el financiamiento del Estado fue escaso y durante los se-

tentas y ochentas -en el pico del movimiento privatizador- se torno cada vez mas débil. Algunos países de Europa del Este, emulando los Estados Unidos, están buscando actualmente, privatizar la totalidad de su industria televisiva, pero desde la perspectiva de la democracia hay una razón para ser cautos.

La televisión comercial podría satisfacer los deseos del consumidor y, por esa razón, ser preferible, pero es un hecho que las alternativas que proporciona el Capitalismo de mercado están determinadas por un cálculo de costos e ingresos, y este cálculo no soporta necesariamente, ni siquiera probabilísticamente, una relación con el nivel de ilustración de los ciudadanos. La televisión comercial podría otorgar a los televidentes la posibilidad de elegir entre la serie «Dallas» y el canal musical «MTV», pero no es tan probable que produzca un programa en el que se analice el sistema de ayuda social o las políticas migratorias. Aún cuando la producción de tales programas educacionales pueda ser necesaria para que la democracia funcione, puede que estos no sean rentables, tomando en cuenta especialmente lo que los televidentes están dispuestos a pagar, por decisión propia, para encender su televisión por el resto de la tarde.

#### **PARTICIPACION ACTIVA.**

La democracia asume la participación activa de ciudadanos informados e ilustrados en la dirección de su propio gobierno, empero el Capitalismo implica un sistema jerárquico de administración en la esfera económica la cual es enemiga hostil de la participación. El Socialismo Estatal también, ha tendido a ser jerarquizado, especialmente como fue practicado en la antigua Unión Soviética, pero esto no disminuye la amenaza a los valores democráticos propuestos por el Capitalismo. Las presunciones cardinales subyacentes a todas las formas capitalistas de organización son que los dueños del capital tienen el derecho de dictar cómo la organización habrá de funcionar y que tales decisiones se tomarán de acuerdo a un criterio de rentabilidad. Los dueños del capital podrán delegar la conducción de la empresa a personas que ellos elijan o, para tal propósito, a personas escogidas por los trabajadores, pero la decisión de delegación es prerrogativa suya, y la delegación estará limitada en los términos que ellos establezcan.

En algunos países capitalistas a los empleados se les asigna un rol en la dirección de las actividades de la empresa. En Alemania, por ejemplo, los em-

<sup>5</sup>. Ver, por ejemplo, Friedman, Milton. *Capitalism and freedom* 1982. Pág 85 - 98.

pleados tienen el uso de la palabra en el consejo de trabajadores al nivel de planta, y en junta de supervisión a nivel de empresa. Sin embargo, su rol actual en el gobierno permanece limitado, y tales concesiones a la conducción de los obreros continúan siendo una rareza en las economías capitalistas (más rara aún es la propiedad obrera de empresas capitalistas). La ausencia de conducción obrera es problemática para la Democracia porque, como Carole Pateman ha argumentado con cierta fuerza, el control vertical impide la formación de las habilidades y disposiciones requeridas por los ciudadanos activos. Después de laborar durante 8 horas en un centro de trabajo jerárquicamente organizado, sin un verdadero uso de la palabra en la estructura y desempeño de sus tareas, es poco probable que el ciudadano tenga, o esté inclinado a ejercitar la independencia de criterio y el sentido agudo de crítica esenciales a las políticas democráticas.

La participación ciudadana requiere a menudo el apoyo y ayuda de organizaciones intermedias. Un número de tales organizaciones, incluyendo partidos políticos, grupos de defensa (por ejemplo el ACLU y el NAACP), consejos de vecindad y asociaciones locales de padres y profesores, han florecido bajo el capitalismo americano y han provisto de importantes «escuelas de ciudadanía» para el público. Muchas de estas organizaciones también se han desarrollado como respuestas del sector privado a quebras percibidas en el sistema capitalista. Sin embargo, una tensión u hostilidad surge entre el Capitalismo y las organizaciones intermedias cuando quiera que estos grupos intentan interferir con la actividad económica. El Capitalismo, con su ética de competencia es altamente individualista y, por lo tanto, observa con recelo y hostilidad a cualquier organización de productores, trabajadores, o consumidores que busque afectar las decisiones del capital privado.

Muchas economías capitalistas tienen un movimiento gremial de comerciantes, pero ese movimiento es usualmente limitado (en los Estados Unidos acoge a menos del 18% de la fuerza de trabajo) y requiere un fuerte apoyo de la ley para sobrevivir. Un vibrante movimiento gremial de comerciantes puede amenazar la eficiencia y por ello como sostienen los defensores del Capitalismo, debe restársele poder en orden a que el sistema alcance mayores niveles de producción. Pero esto es sólo para reconocer, no para reconciliar la tensión entre la eficiencia económica y los valores democráticos.

#### **SATISFACCION CIUDADANA.**

Finalmente algunas consideraciones deben ser

tomadas de la incasable insatisfacción material que Capitalismo engendra, por cuanto esto tendrá algún efecto en las formas de vida política que son capaces de florecer y en la estabilidad del régimen Democrático. Es cierto, el Capitalismo apunta a satisfacer a los consumidores y aparece como un medio superior para alcanzar tal objetivo, pero él también está sujeto a disfunciones económicas como lo indicó la Gran Depresión de 1929, los espirales inflacionarios de los años setenta en América e, irónicamente, la recesión económica en Occidente durante los pasados dos o tres años. Desequilibrios en la economía y espirales inflacionarios pueden plagar cualquier sociedad y, sin embargo la ideología del Capitalismo puede llevar emparejada la capacidad de los líderes nacionales para hacer frente a estas crisis, en tanto que ello requiere una separación estricta entre el Estado y la Economía. Existe, además una fuente de insatisfacción popular que es endémica al Capitalismo : la distribución desigual de la riqueza.

En su núcleo, el Capitalismo promete mayor productividad mediante la introducción de incentivos marcadamente diferenciados. La transferencia de propiedades del Estado a particulares es defendida sobre la base que incentivos rentables conducirán a los particulares a operar sus empresas eficientemente. Los trabajadores recibirán sus sueldos en atención a su productividad, la misma que variará grandemente. Las inversiones serán especialmente recompensadas. El resultado será inevitablemente una estructura de ingresos marcadamente diferenciada.

Desde la perspectiva de la riqueza material, aquellas personas en o cerca del fondo del orden económico en una nación capitalista como los Estados Unidos se encontrarán en una mejor situación que sus similares en una nación socialista como la Unión Soviética. También se encontrarán en mejor posición que la que tendrían si el Estado poseyera y operara más industrias. Pero estas comparaciones no disminuyen el sentido de insatisfacción que viene de la más común y natural forma de envidia : El deseo de gozar el tipo de vida que otros, dentro de la misma sociedad, gozan en el presente.

Los defensores del Capitalismo podrán aseverar que esa sensación de resentimiento y frustración es injustificada; que tales diferencias de riqueza se ameritan por las contribuciones comparativamente mayores que los que se encuentran en mejor posición hacen a la productividad. Pero los resentimientos son resentimientos, justificados o no, y ellos pueden producir patrones de conducta -como, por ejemplo, violentas rebeliones- que podrían desestabilizar un régimen o frustrar la voluntad

democrática, vimos esto recientemente en los disturbios en Los Angeles luego del veredicto en el juicio de Rodney King o, previamente a los disturbios que plagaron a un gran número de ciudades americanas a mediados y finales de los años sesenta. Estos disturbios fueron frecuentemente denotados por causa de eventos políticos tales como incidentes por brutalidad policiaca, fallas en el sistema de justicia criminal o el asesinato de líderes públicos, pero ellos se vieron reducidos invariablemente a actos violentos dirigidos hacia establecimientos comerciales de pequeña envergadura -las instituciones que poseyeron aquello que quienes vivían en los vecindarios más pobres nunca tuvieron aquello que un oficial de policía de Los Angeles describió como los «lujos elementales que todos tomamos como presupuestos»<sup>6</sup>. Una insatisfacción similar se ha visto también expresada en el crecimiento de industrias ilegales, por sobre todo el tráfico de drogas, dirigidas como están por aquéllos que ven en el tráfico de drogas la única manera de conseguir un automóvil BMW o, en todo caso, disfrutar de las riquezas de nuestra cultura de consumo.

La insatisfacción material jugó un importante rol -discutiblemente el más crítico- en desestabilizar los regímenes socialistas de Europa del Este y en inspirar los cambios que ocurrieron en la Unión Soviética. Pero, ni los fracasos materiales del Socialismo ni el resplandor de Occidente deberían oscurecer las poderosas formas de insatisfacción material enraizadas en la desigualdad, la cual todos los regímenes capitalistas motivaron.

Una apreciación de esas tensiones entre Democracia y el Capitalismo deber conducir, talvez no a la desesperanza, pero sí hacia una actitud más escéptica sobre el nuevo giro en la historia del mundo. El Socialismo podrá no ser en adelante una opción viable - puede que todos seamos capitalistas en este momento- pero los reformadores en el Este no deberán arrullarse en la creencia que un Capitalismo robusto e invariable logrará ampliar necesariamente los valores democráticos. Los años de Pinochet en Chile fueron una dolorosa advertencia, en contra de esa fácil presunción. Mi advertencia es, sin embargo aun más fuerte: El Capitalismo no es simplemente compatible con el Au-

toritarismo, pero de alguna manera puede conducir en tal dirección.

Obviamente, el curso de la historia del mundo no puede ser revertido, pero, conscientes de los peligros para los valores democráticos propuestos por el Capitalismo, mi esperanza es que aquéllos que vigilan la transición del Socialismo al Capitalismo, se detengan y consideren un número de medidas que disminuyan esos peligros. Ellos podrían adoptar medidas para protegerse contra crecientes desigualdades de riqueza, reprimir el poder monopólico, prevenir a las industrias informacionales de quedar cautivas del mercado, establecer topes en las contribuciones y gastos de las campañas políticas, fomentar la participación de los trabajadores, proteger a los trabajadores que critican a sus empresas, y fortalecer organizaciones intermedias que puedan servir como escuelas de ciudadanía.

Ciertamente, algunas de estas medidas pueden tener sus raíces en ideales socialistas e imponer una significativa intervención estatal en la economía, pero no por ello deberían ser rechazadas en un intento frenético por sepultar el pasado. Todas las sociedades capitalistas tienen medidas comparables a éstas, sin que ello siquiera amenace su caracterización como «capitalista». Algunas, parten desde la teoría del Capitalismo, concebida en abstracto, y en términos abstractos y formales, pero son limitadas, partidas calificadas, enraizadas en deseo por promover un valor -Democracia- que el Capitalismo supuestamente promueve.

Una batalla aún debe librarse. Ella no será la batalla que ha dominado en el siglo XX, entre el Capitalismo y el Socialismo, sino más bien una batalla dentro del Capitalismo. Las pasiones puede que no corran tan alto, por cuanto el corte de las divisiones es menos marcado, pero, los riesgos e inquietudes son igual de grandes. Dejando de lado el extraño caso Joseph Schumpeter <sup>7</sup>, no fue una consideración de eficiencia la que arrastró a la mayoría de los intelectuales al Socialismo, sino más bien un amplio compromiso con la Democracia. Ahora el desafío es ver si ese mismo ideal puede ser alcanzado dentro de la estructura capitalista: Para hacer de la «democracia capitalista una realidad.

<sup>6</sup> Mydans, Seth. Reveilers pang the music, or the louter as everyman, N. Y. times, may 7, 1992, At A1.

<sup>7</sup> Schumpeter, Joseph A. capitalism, socialism, and democram 1950 3ra. Ed. Pág 188 - 199.

## ENTREVISTA A ALVARO DE SOTO\*

*Las Naciones Unidas en el contexto actual de cambios radicales en el orden internacional, enfrenta un rol de eje central de posibilidades de acción, como nunca antes en su historia; pero al mismo tiempo un desafío de redefinición en su estructura y de búsqueda de nuevas fórmulas de actuación.*

*Alvaro de Soto, diplomático peruano, que colaboró al lado del Dr. Javier Pérez de Cuellar en los diez años de su gestión al frente de la ONU, actual Sub-Secretario General de las Naciones Unidas y asesor político principal de Boutros Boutros-Ghali; nos introduce desde la visión de la Organización en aquellos temas que le demandan una preocupación preferente.*

**THĒMIS :** *El término de la guerra fría y el fin de la brecha Este-Oeste, significó un aumento repentino de posibilidades de acción y alcances para las Naciones Unidas, convirtiéndose de pronto en una organización influyente y constructora de un nuevo orden internacional. ¿Está la organización preparada, es decir, es lo suficientemente fuerte y eficiente para hacer frente a estos nuevos retos?*

**DE SOTO :** No. No está preparada, ni lo estará hasta que los Estados miembros la doten de la capacidad para afrontar estos retos. El problema está en que las Naciones Unidas no fue concebida para intervenir en algunos de los conflictos que está tratando de manejar actualmente; particularmente, los conflictos internos. Por otra parte, está el hecho que dicho fenómeno ha sucedido tan repentinamente que, el personal de la Organización no se da abasto. Estamos manejando catorce operaciones de mantenimiento de la paz en este momento, la mayor parte de las cuales fueron establecidas en los últimos tres o cuatro años. Dicho número es mayor a todas las operaciones de manejo de la paz que se hicieron hasta 1988. Por consiguiente, no tenemos todavía la capacidad para administrarlas bien en términos de personal civil ni administrativo, (administración militar). Aparte de esto, tenemos la gran dificultad de escasez de recursos. Los Estados miembros, que son los que dirigen esta organización, tienen tomada la decisión que es necesario encomendar todas estas misiones a la Naciones Unidas; pero todavía no han dado el salto conceptual, y mucho menos presupuestal para dotarla de los medios necesarios que le permitan afrontar estos problemas contemporáneos.

\*. La presente entrevista fue preparada y realizada por Paul Duclos Parodi. Miembro de THĒMIS - Revista de Derecho.



**THĒMIS :** *Sabemos de su cercana labor durante más de diez años con el Dr. Javier Pérez de Cuellar y de su estrecha vinculación con el actual Secretario General de la Organización Boutros Boutros Ghali, ¿Que diferencias podrían establecerse entre ambas direcciones políticas?*

**DE SOTO :** Creo que las diferencias entre un Secretario General y otro son más de estilo que de sustancia y de política. El Secretario General es parte de ese instrumento mayor que es las Naciones Unidas; y a ese instrumento lo manejan los Estados miembros. Es cierto que a veces se hace necesario que el Secretario General llene vacíos y ejerza un cierto liderazgo o intervenga ahí donde los estados miembros están maniatados o no pueden hacerlo, y esto es de vital importancia. La diferencia, creo, está en la formación de los dos hombres.

El Secretario General Pérez de Cuellar es un diplomático por formación y de vocación. El Secretario General Boutros Ghali, en cambio, tiene más bien una carrera académica y ha sido un político. Llegó al Ministerio de Relaciones Exteriores egipcio no como diplomático de carrera sino como funcionario, y eso marca un poco el estilo así como el tipo de personalidad. La vocación negociadora de Javier Pérez de Cuellar es un asunto casi legendario a estas alturas. En cambio, Boutros Ghali tiene un estilo un poco menos flemático. Pérez de Cuellar tuvo que presidir un muy difícil período de transición: pasó de la guerra fría, donde el Consejo de Seguridad estaba maniatado, a un nuevo orden internacional nunca antes visto. Su gestión concitó la confianza de los estados miembros y de algunas de las partes en conflicto. Consiguió llevar a la organización, -particularmente en el conflicto de Irán e Irak-, hacia un renacer, un resurgir. Sobre todo a partir de la manera en que fue manejado el cese al fuego en ese conflicto.

**THĒMIS :** *Hay dos grandes temas que constituyen preocupación y atención para los Estados miembros de la organización. Por un lado los problemas de fondo y su solución, y por otro, una cada vez más fuerte corriente encabezada principalmente por países del Tercer Mundo, que busca producir una redefinición en la estructura interna de la organización, permitiendo que instancias como la Secretaría y -centralmente- el Consejo de Seguridad reflejen las nuevas realidades internacionales, dando apertura a nuevas regiones, determinando nuevas formas de representación, etc. En suma, se produzca una democratización al interior de Naciones Unidas; qué apreciaciones tiene Ud. al respecto?*

**DE SOTO :** Bueno, la iniciativa no solamente viene de los países del tercer mundo, hay países desarro-

llados que promueven la idea de una reforma de la carta para poder tener una representación más amplia en el Consejo de Seguridad, entre estos países están por cierto Italia, Japón, Alemania entre otros, el hecho es que hay un asunto que van a tener que decidir los estados miembros, pues la reforma de la carta es materia privativa de ellos. Al Secretario General se le ha pedido que prepare un informe para la próxima Asamblea General, informe que va a producir únicamente sobre la base de las respuestas que proporcionen los estados miembros a una consulta que él les ha hecho y actuará transmitiendo estos resultados, lo difícil allí va a ser reconciliar la presión que indudablemente existe por ampliar los miembros del Consejo con las necesidad que el mismo continúe siendo un instrumento eficiente y manejable, gerenciable, cosa que ya es bastante difícil con quince miembros, cinco de ellos con veto; si van a aumentar los miembros y van a aumentar los vetos, difícilmente ello puede facilitar la toma de decisiones.

**THĒMIS :** *En ese sentido, el derecho de veto de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad es duramente cuestionado partiendo de la base de la igualdad soberana de las naciones, a su juicio, ¿debería éste ser eliminado?. Qué posibilidad de ello se puede esperar en el contexto actual?*

**DE SOTO :** Eliminar el veto presupone repensar la organización, está cuestionado el veto pero lo cierto es que todos los países que son miembros de las Naciones Unidas han aceptado la Carta y esta lo contiene, de modo que lo que se puede decir es que hay una aceptación a regañadientes que de estos países se revela, pero esto forma parte de las realidades del poder mundial, lo que se puede preguntar uno, es que si esas realidades corresponden al mundo de hoy?.

**THĒMIS :** *Es el Consejo Económico y Social, dentro de la organización la instancia de análisis de los problemas económicos contemporáneos, y quien debe formular políticas de desarrollo y orientación de las actividades conjuntas de cooperación en el sistema, considera Ud. que cumple con estos objetivos?*

**DE SOTO :** Debería hacerlo, en realidad no lo cumple a cabalidad, en parte por la estructura misma del sistema, cuando se crean las Naciones Unidas en 1945, ya existía la Organización Internacional del Trabajo desde 1919; existía la FAO desde 1943, y los organismos del Breton Woods desde 1944. O sea, ya nos encontramos en San Francisco con un hecho consumado que consiste en un sistema de organizaciones internacionales concebido de acuerdo a distribuciones funcionales de respon-

sabilidad, en otras palabras no tenemos un sistema unitario y cada una de las agencias especializadas de las Naciones Unidas, tiene su propia carta constitutiva, sus propios cuerpos intergubernamentales que los administran, su propio presupuesto y las personas que los manejan; el director ejecutivo del FMI, el director general de la FAO etc. Cada uno de ellos está obligado a responder a los mandatos que les imparten sus órganos rectores, no algún organismo central de las Naciones Unidas y esto recorta enormemente las capacidades de un órgano como el ECOSOC de poder coordinar las actividades del sistema, aparte de eso han habido algunos problemas de eficiencia en el manejo del ECOSOC, que no ha logrado focalizar cuidadosamente el debate, es de esperar que esto pueda mejorar ahora, a partir de la Conferencia de Río y la reestructuración que se ha producido de tipo conceptual con la creación de la noción del desarrollo sostenible, que debería obligar a una muchísima mayor coordinación. Por otra parte las nuevas exigencias y el tipo de problemas que tiene que enfrentar las Naciones Unidas, que requieren de un enfoque integrado, también deberían obligar a trabajar de manera mucho más en conjunto, pero estamos en esas....

**THĒMIS :** *Creemos, Dr. De Soto, que es en el punto de la paz y la seguridad de los estados, donde podemos centrar el objetivo primordial de Naciones Unidas, el Secretario General Boutros Ghali a través de su informe "Un Programa de Paz" que contiene ideas y elementos de reflexión en torno a la diplomacia preventiva, al establecimiento, mantenimiento y consolidación de la paz; ha logrado un consenso sobre el tema y constituido una fuente de esperanza ante un mundo lleno de conflictos, ¿qué opinión le merece estas nuevas estrategias de acción?*

**DE SOTO :** Bueno, esos son los esfuerzos que están en marcha actualmente, como Ud. dice, el Secretario General recibió una amplia acogida hacia sus propuestas hechas en el marco del programa de paz, el cual en lugar de plantearse como un todo, un paquete o un conjunto, contiene una serie de medidas que se están o bien poniendo en práctica o recibiendo endose de principios por parte del Consejo de Seguridad y la Asamblea General paulatinamente y por entregas, para darle una idea, por ejemplo, que él menciona en el Programa de Paz, es la idea del despliegue de fuerzas de mantenimiento de la paz como un instrumento de diplomacia preventiva, esto de hecho se ha efectuado ya, en el caso de Macedonia, donde se han desplegado aproximadamente 1000 hombres, un contingente compuesto por varios países escandinavos más los Estados Unidos recientemente,

que se encuentran en la frontera de Macedonia con lo que queda de la antigua Yugoslavia, (Serbia y Montenegro), están allí para impedir que cualquier disturbio pueda rebalsarse hacia Macedonia, es un experimento hasta el momento exitoso; otro ejemplo, es la idea que los estados adjudiquen personal, o equipo, o medios de transporte, a disposición de las Naciones Unidas para operaciones de mantenimiento de la paz a corto aviso, estamos trabajando en un proyecto ahora, que consiste en juntar módulos que nos permitirían movilizarnos con muchísima más rapidez de la que somos capaces actualmente; es un fenómeno un poco curioso pero en 1960 cuando se estableció la operación en el Congo, nosotros logramos colocar varias decenas de miles de hombres ahí, cuando se les necesitaba y en cuestión de días, menos de una semana; hoy en día desplegar una fuerza de menos de 10,000 hombres nos puede demorar fácilmente cuatro meses o cinco, debido al crecimiento de la demanda y debido también a las grandes dificultades en el transporte. Nosotros queremos que los estados puedan identificar cuáles son las necesidades para diversas hipótesis, y que los estados entreguen especialmente o que reserven personal, equipo, lo dicho; prioritariamente para los operaciones de mantenimiento de la paz, en la medida de sus necesidades y posibilidades.

**THĒMIS :** *Sobre el mismo tema, el nuevo orden mundial ha dado origen un sinnúmero de disputas internas producto entre otras causas, del racismo, del fanatismo religioso y de los nacionalismos exacerbados, ¿cómo enfrentar a estos conflictos que podríamos calificar de sui generis?*

**DE SOTO :** Con gran dificultad, las Naciones Unidas hasta hace cuatro o cinco años simplemente, no se metía en los asuntos de los estados, repito tan simple como eso, seguía la Carta rigurosamente, artículo dos inciso siete, ahora sin embargo, al término de la guerra fría pareciera que la mayor parte de los conflictos son de carácter interno, y es difícil, yo diría casi imposible para las Naciones Unidas rehuir este desafío, que parece ser el desafío contemporáneo más grande. Nosotros lo aceptamos, funcionando dentro de conflictos internos cuando se produce esencialmente una de tres condiciones, la primera es por invitación del estado concierne; la segunda, es cuando se produce por parte de ese estado alguna violación muy grave de la Carta, como el caso de la invasión de Kuwait por parte de Irak, que nos tiene incidiendo directamente en asuntos internos de Irak, bajo el capítulo siete de la Carta, para asegurar que no se vuelva a hacer lo que se hizo, y la tercera opción, es la opción Somalia, es decir cuando se produce una virtual desintegración de las instituciones del Estado, ahí

hay una emergencia humanitaria gravísima y un conflicto sumamente acuciante; no hay gobierno, no hay quien nos llame. En suma, los estados miembros tienen la potestad de decidir una intervención bajo cualquiera de estas tres opciones, y lo están haciendo.

**THĒMIS :** *Pero, sin embargo se critica a la organización y específicamente al Consejo de Seguridad, la falta de decisión por ejemplo ante el conflicto en Bosnia y otros similares, viendo en paralelo las acciones conjuntas efectuadas en Kuwait, ¿que opinión le merece este punto?*

**DE SOTO :** Lo que pasa es que en Yugoslavia, hay una contradicción entre dos objetivos. Uno de ellos es la pacificación del conflicto, es decir asegurar que los agresores dejen de agredir, y el otro objetivo que es el objetivo más inmediato es el de la emergencia humanitaria tan grave que tenemos, nosotros empezamos nuestras operaciones en Yugoslavia sobre la base no del capítulo siete sino del capítulo seis de la Carta, como una operación de mantenimiento de la paz, a fin de tratar de prevenir el incremento de las hostilidades y a fin de permitir la distribución de asistencia humanitaria, para eso hemos enviado a personal que se encuentra allí colocado, bajo la premisa de la cooperación de las partes; el problema es que si nosotros, actualmente adoptamos una posición, como existe la tentación por parte de algunos de efectuar, pero que hasta ahora no tiene la acogida del Consejo de Seguridad en pleno, de entrar un poco más, en conformidad al capítulo siete, entonces correríamos el peligro que el personal que está actualmente allí dependiendo de la cooperación de las partes se convierta en enemigo de esas partes, y en blanco de esas partes. En este momento, la situación bien podría darse entre el escoger una opción, operaciones humanitarias que mal que bien han salvado muchas decenas de miles de vidas, o entrar con fuerzas; lo que no se puede hacer es mantener una operación de paz en un sólo territorio y que esta cohabite con una operación de guerra al amparo del capítulo siete, es decir si las Naciones Unidas, y los estados miembros coincidieran en esa hipótesis que ahora parece remota, y se tomara la decisión política de enviar los posibles más de cien mil hombres a fin de imponer la paz, tendríamos que retirar nuestro personal humanitario y todo el personal que está allá con armas ligeras tratando de proteger a la población, es una cosa o la otra. Personalmente creo que esta es una decisión política que la comunidad internacional no está lista para tomar.

**THĒMIS :** *En lo referente a la protección del medio ambiente, luego de los auspiciosos avances de Eco*

*92, parecería haberse diluido un tanto el espíritu de Río, ¿qué futuro observa en el tratamiento de este tema al interior de la organización?*

**DE SOTO :** Justamente lo que se ha hecho en las Naciones Unidas es crear una Comisión para el Desarrollo Sostenible, concepto precisamente, que está en la esencia de los Acuerdos de Río, que informa directamente al Consejo Económico y Social, hay un Secretario General Adjunto de las Naciones Unidas, que es responsable del desarrollo sostenible y el propósito es justamente el vigilar, el verificar el cumplimiento de los acuerdos tomados en Río y profundizarlos también. Es evidente que no es posible concitar la misma atención hacia un problema a nivel de plenipotenciarios o incluso ministros, que a nivel de la Cumbre, pero de lo que se trata es de tener un organismo vigilante que trate de mantener la atención sobre este problema; por otra parte hay desde luego más de un Organismo no Gubernamental que está tratando de vigilar la acción de la organización a nombre de los pueblos y de las organizaciones más directamente responsables de la protección de los recursos de la tierra para las futuras generaciones.

**THĒMIS :** *....y en lo referente a la protección y promoción de los Derechos Humanos?*

**DE SOTO :** La Conferencia de Viena sobre los Derechos Humanos pese a lo que se vaticinaba para ella, ha sido en medio de todo un éxito, vale la pena recordar que se pensaba que podría haber un revés con relación a aquello que ya se había avanzado, había ese temor, con relación incluso a los conceptos básicos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, particularmente el concepto de la universalidad y en relación con los protocolos que se adoptaron subsiguientemente, este no ha sido el caso; yo creo que algunos problemas han quedado pendientes y van a ser considerados en el próximo período de sesiones de la Asamblea General. Me parece que se está innovando mucho en este campo, lo hemos hecho en El Salvador con un sistema de vigilancia que no tiene precedentes a escala mundial, y también hay otros métodos, y otras oportunidades y otros acuerdos de paz, en los cuales se está dando papel principal a los derechos del hombre, evidentemente es el objetivo central de todo esto, el hombre y el mejoramiento de su condición. Ahora, incluso dentro del concepto del desarrollo sostenible, lo que se apunta es hacia el desarrollo humano, es decir la preocupación destinada a menos infraestructura y más atención al derecho, al individuo, así podríamos concretizar el lema del momento.

**THĒMIS :** *¿Cuál debería ser el papel de la OEA y*

*demás organismos regionales como complemento de las funciones macro que se realizan en la ONU?*

**DE SOTO :** Nada sería más deseable para las Naciones Unidas que las organizaciones regionales pudiesen ayudarnos a transportar el difícil fardo que tenemos actualmente, y esto estaría dentro del espíritu de la Carta que en el capítulo octavo nos habla de la cooperación entre las Naciones Unidas y los organismos regionales y agrupaciones de estados para alentar y promover las consideraciones y las soluciones de los conflictos a nivel regional, sin que esto tenga que ser considerado como una instancia previa, porque no es un requisito ir primero al organismo regional, nada impide que un estado miembro o varios vayan directamente al organismo mundial. El problema está en que los estados miembros todavía no parecen dispuestos a dotar a los organismos regionales de los medios para estar en condiciones de ayudarnos a transportar este fardo; entonces tenemos allí donde hay organismos regionales, (o donde no los hay, por ejemplo en Asia no existe organismo regional asiático que permita contribuir con soluciones), todavía no tienen la capacidad a plenitud para realizar su misión, por ejemplo en Europa, el organismo que tiene la mayor analogía con las Naciones Unidas, que se podría considerar como un organismo conforme al capítulo octavo, es la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa, pero recién han establecido una Secretaría Permanente con un secretario general, recién ahora; si las Naciones Unidas están débiles en materia de administración de grandes operaciones de paz multidisciplinarias, la C.S.C.E. está prácticamente en embrión, no tiene ni de lejos la capacidad para hacerlas frente; por otro lado, en Africa la O.U.A. es una organización que está muy dividida contra sí misma, y se ha autoexiliado de la capacidad de acción diplomática en cierto tipo de conflictos, por ejemplo ha tenido que cederle paso a las Naciones Unidas cuando se ha tratado de hacer un sistema de supervisión o de observación de las actividades políticas en Sudáfrica preparatorias de la nueva constitución en camino a las elecciones; tomó posición en favor de una de las partes en el asunto del Sahara Occidental que hizo imposible que pudiese desempeñar un papel imparcial, cuando se ha tratado del caso de la emergencia en Liberia no ha sido la O.U.A. sino más bien un organismo sub-regional el que se ha hecho cargo; sobre la O.E.A. debemos señalar que evidentemente, aún tiene problemas de debilidad institucional, pese a que es de lejos la más madura de las organizaciones regionales, más antigua incluso que las propias Naciones Unidas, parte de su problema ha sido el que no haya podido desempeñar el papel central, primordial que tal vez debió desempeñar en algunos conflictos, al requerir

estos para su solución el involucrar a países de fuera de la región, sobre los cuales la O.E.A. no tenía capacidad de convocatoria, por eso tuvo que entrar las Naciones Unidas por ejemplo, en lo que se refiere a El Salvador, donde no sólo había que tener contacto con países de la región sino también con Cuba, que evidentemente está excluida por el momento de la O.E.A. y con la entonces Unión Soviética, cosas así, y por otro lado como por ejemplo, para el caso de Haití, yo creo que está demostrado que para conseguir el acuerdo que se consiguió, que ojalá funcione, era indispensable como instrumento diplomático el poder adoptar sanciones obligatorias y de cumplimiento universal, y eso no lo podía hacer la O.E.A., hubo que recurrir al Consejo de Seguridad, y ha sido la acción conjunta entre organización regional y organización mundial la que ha hecho esto posible. Pero gracias a estos tipos de experimentaciones estamos viendo cada vez más ejemplos de colaboración, en Somalia el Secretario General ha trabajado de la mano con la O.U.A., la organización de la Conferencia Islámica, la Liga de Estados Arabes etc, en Haití hemos trabajado conjuntamente a través de un representante especial que fue nombrado por el Sr. Boutros Ghali, y después fue nombrado también como su representante especial por el propio Secretario General Baena Suárez, entonces estamos tratando de innovar para subir palmo a palmo los unos con los otros.

**THĒMIS :** *Desde su visión de diplomático, ¿qué percepción tendría sobre el futuro de Latinoamérica en el orden internacional, tanto en el ámbito político, como en el económico?*

**DE SOTO :** Yo creo que en materia política América Latina es el continente del tercer mundo más maduro institucionalmente, aunque desde luego los países asiáticos, algunos de ellos, están adquiriendo muchísima madurez, pero esta es una madurez que se está consolidando y esta destinada en América Latina a desempeñar un papel de creadora de ideas de suma importancia. Estamos hablando del grupo mayoritario de cuando se creó la organización, ya no lo es evidentemente, en una organización de 184 miembros, pero se constituye como modelo para los países africanos y asiáticos que miran mucho hacia América Latina. Ahora en el campo económico después de la llamada década pérdida, América Latina curiosamente, no parece haber perdido el tiempo porque ha aprovechado esta oportunidad para poner su casa en orden en muchos sentidos, por trazarse nuevos modelos y nuevos derroteros para el manejo de las economías y se ha producido una especie de sinceramiento y disciplina que la ayuda a enfrentar las dificultades, el Secretario General ha recibido una solicitud de

la Asamblea General de preparar un programa para el desarrollo, análogo al programa de paz, justamente vengo de una Cumbre Iberoamericana en Río, en la cual recogí para el Secretario General -que desgraciadamente no pudo ir, -tuvo que cancelar su visita a último momento-, los aportes latinoamericanos que siempre han sido tan importantes, la Cepal es un hervidero de ideas, siempre lo ha sido, y lo habrá de seguir siendo...

**THĒMIS :** *...y en el paralelo a la C.E.E., qué decir del siempre anhelo de unificación latinoamericana?*

**DE SOTO :** Me parece importantísimo y creo que hay una realización en América Latina que a diferencia de los experimentos de los años 50 y 60 de integración, no se trata de rodearse de armaduras y de acorazarse contra el exterior, sino que los movimientos de integración son positivos en la medida que son instancias a y apuntan a una mayor apertura hacia los mercados mundiales, solamente en ese sentido es que valen la pena, no se trata de encerrarse, en absoluto!, pero eso desde luego presupone una gran lucha por asegurar que realmente esa integración se produzca, evitar situaciones como la Ronda de Uruguay que está paralizada quien sabe hace cuantos años.

**THĒMIS :** *El Derecho Internacional, es visto por muchos analistas, como uno sin sentido, condenado al manejo de las grandes potencias y al servicio de sus intereses, desde el punto de vista de la organización, como protagonista de la labor codificadora del mismo, ¿qué apreciación le cabría al*

*respecto?*

**DE SOTO :** Evidentemente, el Derecho Internacional no es como los otros derechos, es de difícil ejecución, los medios que tiene para asegurar su cumplimiento son muchísimo más débiles, pero eso no cuestiona su validez, ni la necesidad de continuar consolidándolo y codificándolo, y yo creo que es una labor que continuará y necesariamente hará que el Derecho Internacional evolucione con su tiempo, no es que se cree el derecho y después siga la práctica, sino sucede al revés.

**THĒMIS :** *Finalmente, Dr De Soto, ¿cómo poder establecer, el futuro de la organización a mediano y largo plazo?*

**DE SOTO :** Desgraciadamente estamos tan abrumados por nuestros problemas pendientes, en lo casi inmediato, que nos resulta muy difícil pensar más allá de ese corto plazo y a veces quisiéramos que el mundo se detuviera para poder reflexionar un poco sobre estos problemas, yo creo que alrededor del cincuenta aniversario de las Naciones Unidas que va a ser dentro de dos años, deberá producirse una reflexión muy seria así como los estados están reflexionando acerca de su capacidad para atender las necesidades de sus pueblos; las Naciones Unidas, vista en sentido amplio como ese sistema endeble al que me refería al comienzo de esta entrevista, deberá reflexionar acerca de su capacidad, y del sistema propiamente dicho, para poder afrontar así las necesidades de los estados miembros y de los pueblos que la crearon, es una cuestión de supervivencia.

**MESA REDONDA\*:  
LA PENA DE MUERTE  
JOSE C. UGAZ, JORGE YAMAMOTO y  
FELIPE ZEGARRA**

*Desde mucho antes de su inclusión en el recientemente aprobado texto constitucional, el tema de la pena de muerte ha generado polémica por parte de los más diversos sectores de nuestra sociedad que, tal vez por la naturaleza misma de la discusión, han estado antagónicamente ubicados en posiciones casi irreconciliables.*

*En las páginas que siguen, les ofrecemos una aproximación interdisciplinaria al tema, a través de las opiniones de tres voces autorizadas que examinan la pena de muerte desde sus particulares perspectivas. Así, expresan sus puntos de vista el Dr. José C. Ugaz, abogado penalista; el Lic. Jorge Yamamoto, psicólogo social; y el Rvdo. Felipe Zegarra, sacerdote.*

*Debemos señalar, a manera de salvedad, que las entrevistas fueron realizadas antes del 31 de octubre de 1993, y que las respuestas no han sido alteradas.*

**THĒMIS:** *La pregunta de rigor es la siguiente, ¿Cuál es su opinión respecto a la aprobación y aplicación de la pena de muerte en nuestro país?*

**UGAZ:** Definitivamente soy contrario a la pena de muerte y ésta es una posición que no tiene por qué variar. Simplemente creo que aquí, en Finlandia y en cualquier parte del mundo, la pena de muerte no se justifica y genera más problemas de los que resuelve.

**ZEGARRA:** Obviamente mis convicciones más profundas de tipo cristiano, pero también la información que me he procurado sobre materias de tipo jurídico, me llevan a pensar que los argumentos que se esgrimen a favor de la pena de muerte, no son efectivos.

**YAMAMOTO:** Bueno, mi intención aquí no es tanto dar una opinión que se refleje en una cuestión de criterio personal, sino dar los elementos que en una disciplina pueden contribuir a que cada persona forme su opinión particular.

**THĒMIS:** *¿Considera usted que el referéndum ha sido la manera adecuada para decidir si se aplica o no la pena de muerte?*

**UGAZ:** Creo que no, porque ciertamente el referéndum lo que hace es reflejar un sentimiento colectivo que ha sido generado por los medios y que ha sido alentado por el propio Presidente de la República, en el sentido de que la pena de muerte va a contribuir a resolver el tema del terrorismo. Lo que resulta claro es que, con esta opción, aparece

\* Las entrevistas han sido realizadas y editadas por Enrique Felices S., Luis G. Puelles y Pedro Ramírez P.

evidentemente un ánimo de venganza de un sector que se ha sentido tocado en su seguridad por la violencia de Sendero y el MRTA, y que busca a través de la muerte de los que supuestamente han generado esta situación, de alguna manera resarcir el daño que han sufrido. Hay una mezcla de inseguridad colectiva, de motivación de los medios de comunicación que se han esmerado en presentar, cada vez que había una muerte por acción del terrorismo, a los familiares gritando y pidiendo justicia y venganza, y de una campaña muy fuerte del Gobierno en el sentido de que la pena de muerte sería eficaz para disuadir a los terroristas.

**YAMAMOTO:** En el referéndum, tal como se planteó, la gente procesa la información de manera global y no de manera específica. Entonces, un individuo pudo tener todas o la mayoría de las opciones que presentaba el Proyecto de Constitución como favorables, pero estuvo en contra de la pena de muerte y, sin embargo, éste no es un criterio fundamental para él, sino un tema de posible discusión. Así, pese a sus convicciones religiosas y estando en contra de la pena de muerte, al final terminó votando a favor de su aprobación en función del todo. Entonces, no es una forma eficaz el aprobarla de tal manera; incluso en el supuesto de aprobación punto por punto, eso sería un medio mucho más fino pero no creo que por eso más efectivo, porque todo referéndum se circunscribe dentro de un proceso democrático, en tanto es una consulta popular y esa consulta popular se basa en un supuesto voto de conciencia. Ahora bien, aplicado este razonamiento a nuestro medio, se sabe que nuestra gente no hace un análisis muy profundo. El sólo hecho de que los últimos ganadores de elecciones no hayan presentado plan de gobierno, y de que hayan utilizado estrategias basadas, más que nada en su carisma y hayan ganado, es una muestra de lo expresado.

**THĒMIS:** *La opción, frente a la pena de muerte, es la cadena perpetua. Esta, implicaría que nuestros centros de reclusión empiecen a poblarse, más de lo que están, de delincuentes condenados a dicha pena. Conociendo nuestro sistema carcelario tal como es hoy, ¿No creen que éste no se encuentre preparado para tal eventualidad y que, finalmente, este podría ser un buen argumento para aplicar la pena de muerte?*

**UGAZ:** Mire, el argumento «patrimonial» de por qué el Estado va a gastar recursos en estas personas que le han causado tanto daño al país, funciona en otros países donde se estima que los sistemas penitenciarios son altamente costosos. EEUU es probablemente uno de los mejores ejemplos. En el Perú no es así; aquí por cada preso se gasta aproxi-

madamente 80 soles mensuales, lo cual es, realmente, una cifra ridícula; y, aunque están viviendo en condiciones infrahumanas, ese argumento lleva nuevamente a cuestionar todo el sistema penitenciario.

Si de lo que se trata es que un Estado niegue la posibilidad de mantener a determinada cantidad de personas bajo sistemas de seguridad y reclusión para reeducarlos, entonces simplemente eliminemos los penales y eliminemos a todos los delincuentes. El Estado debe asumir que es co-responsable de que hayan surgido personas de esta naturaleza. En un país marcado por la marginación, la pobreza, la inmovilidad social, es evidente que en un altísimo porcentaje, quienes incurrir en hechos delictivos han sido generados por la organización social de ese país.

**YAMAMOTO:** Yo haría una reflexión práctica que no me compete: se habla de los costos implícitos, se habla de largas desventajas que va a tener el Estado, de los altos riesgos que van a existir; pero de allí hay mucha distancia, tanto para votar a favor o en contra. Es decir, si el sistema está mal, podríamos refutarlo, pero esto no implica llegar de plano a la pena de muerte.

**ZEGARRA:** Hay dos aspectos a considerar. Definitivamente, el sistema carcelario es muy malo, pero tengo información que refiere que el actual Gobierno ha tratado por todos los medios que no se produzcan sucesos como un amotinamiento. Si lo ha logrado o no es algo que a mí no me consta; pero, en todo caso, por lo menos puedo esperar que esté en vías de lograrlo.

Por otro lado, es evidente que las cárceles han estado en pésimas condiciones y eso repercute muy seriamente sobre la humanidad de quienes están allí alojados, por ejemplo, los casos de tuberculosis. Pero también allí tengo entendido que el gobierno actual ha preparado cárceles especiales que hemos visto en televisión por una nota de Yanamayo, que tienen características diferentes a las cárceles que yo conozco.

Volviendo sobre el tema central que era la cadena perpetua, yo creo que es posiblemente una buena solución si es que se encuentra hoy día o más tarde un elemento para evaluar a las personas que están condenadas a esa pena y ver las posibilidades de rescatarlos antes que sea demasiado tarde. Yo no creo que eso sea algo factible en el corto plazo, pero la cadena perpetua nos permite ir bastante más allá del corto plazo.

**THĒMIS:** *Uno de los principales argumentos de*



*Los que defienden la pena de muerte es que ésta cumple una función disuasiva respecto de aquéllos a quienes se dirige el mensaje. Esto, técnicamente, se conoce como una función de prevención general negativa en el Derecho Penal, ¿Se cumpliría realmente?*

**ZEGARRA:** Mire, yo creo que efectivamente no se le puede negar el carácter disuasivo pero depende de a quiénes disuade. Disuade a quienes tienen una actitud sana ante la vida, disuade a aquéllos que tienen valores fundamentalmente afianzados, pero me parece que no disuade en lo más mínimo a aquéllos que llevan la vida adentro con una carga psicológica, con una carga que los motiva y que les da mecha, que les da cuerda en el sentido de que efectivamente ellos cuentan con el riesgo. De alguna manera asumen o les gusta correr el riesgo de morir y cuentan con su astucia o creen contar con ella para vivir.

**UGAZ:** Bueno, no hay ninguna investigación a nivel mundial que haya llevado a la conclusión de que la pena de muerte es disuasiva o que tiene una relación de reducción de la criminalidad. Más bien las investigaciones con que se cuenta en este momento a nivel de las Naciones Unidas, el Comité de Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, y algunas otras investigaciones que se han realizado a nivel europeo, han llegado a la conclusión científica y estadística de que no hay proporción alguna entre la incorporación de la pena de muerte y la reducción de la delincuencia violenta. Eso está probado, sin que esté demostrado - por otro lado y pese a los múltiples esfuerzos que han habido - que ocurra el fenómeno inverso; es decir, que cuando se incorpora la pena de muerte se reduce la violencia o cuando se retira la pena de muerte de un sistema, aumenta la delincuencia. Eso no está probado y, en todo caso, es evidente que la norma penal no tiene una función motivadora, es decir, la sanción penal en general no motiva y por lo tanto hay que ubicar la norma en un contexto de apoyo a otros tipos de control social de naturaleza difusa, como son la psicología, la religión, la familia, la educación, todos los medios de comunicación, etc. Al no ser la sanción una de naturaleza motivadora, entonces, lo que trae como consecuencia es que realmente el delincuente no haga un cálculo del costo en el mismo momento de incurrir en un acto ilícito. Ningún terrorista evalúa antes de cometer su acto, la posibilidad de ser muerto, y de hecho que si pasea con 300 kg. de anfo o interviene en una operación de aniquilamiento asume desde ya la posibilidad de morir. Por ello, la disuasión no creo que sea un argumento, y menos aún en el caso de terroristas porque lo que sí se ha demostrado en experiencias como la de España, la de

Israel y la de Angola es que en los casos en los que hay un componente ideológico y un contexto de enfrentamiento interno de grupos ideologizados, la incorporación de la pena de muerte y la ejecución de miembros de esos grupos trae como consecuencia el aumento desproporcionado de la violencia.

En el propio caso del Perú, después de la masacre de los penales, Sendero aumentó de una manera muy significativa los asesinatos a efectivos policiales y políticos como una reacción a la ejecución extrajudicial. En otros países donde se ha aplicado la pena de muerte legalmente a miembros de grupos de terroristas o guerrilleros, la reacción ha sido la misma. Entonces, la aplicación de la pena de muerte genera una espiral de violencia que puede ser indetenible.

**YAMAMOTO:** Para el caso, podría citar, desde mi especialidad, algunas investigaciones sobre este tema específico recientemente realizadas. Lo más reciente que he encontrado es un trabajo de Young en el año 1988 en el que desarrolla un estudio para determinar el porcentaje en el que las ejecuciones han influido en minimizar los homicidios. Young no encontró relación alguna. Así como estos estudios podría citarte otros tantos, que confirmarían la tendencia.

Son varios factores los que hay que considerar: Primero, la gente cree que disuade porque en nuestra sociedad normalmente la vida es un valor supremo, pero eso no se da en todas partes. En nuestra cultura va a haber diversos individuos para los que morir no tendrá mayor importancia. Cuando hablamos de terroristas, la cosa es mucho más clara. Es decir, qué pasa con el héroe patriótico, el héroe patriótico tiene por encima de la vida, la patria, el honor, etc. Entonces, desde su propio sistema de valores en los cuales la muerte está subordinada a otros principios más importantes, el terrorista, con una orientación totalmente distinta pero con una escala de valores en sentido psicológico similar, tiene a la muerte subordinada a ciertos valores para él supremos, como es el Movimiento, los fines que busca el senderismo. Entonces, ante esta perspectiva, la muerte no implica un elemento que vaya en contra de la búsqueda de sus principios, de sus logros. El sabe que puede morir en combate, es más, él sabe que lo más seguro es que muera en una situación de éstas; entonces morir en combate o morir bajo la pena de muerte, que probablemente lo convierta de un anónimo «x» a un mártir del Movimiento, va a tener un efecto de búmeran. Esto es más claro si hablamos del entorno andino. Diversos antropólogos definen claramente que la vida está en una jerarquía muy subordinada de valores

del poblador andino; entonces, hay allí un problema lógico pues se asume que el valor supremo no es la vida.

**THĒMIS:** *Hay un argumento muy efectista y cercano a la teoría de la profilaxis social, de los que avalan la pena de muerte, que cuestiona el desmesurado despliegue de hombres, fuerzas y recursos para el cuidado de esas personas, cuando todo ello podría servir para beneficiar a sectores más necesitados de la sociedad ¿Qué opinan de esto?*

**ZEGARRA:** Yo escondería la cara si fuera esa persona porque si es muy costosa la cárcel y hay que eliminarlas, habría que eliminar las cárceles en su conjunto porque definitivamente los que están aquí son delincuentes que tienen en buen porcentaje el hábito incorporado de delinquir. Entonces eliminemos a todo el «detritus» de nuestra sociedad, léase enfermos, niños con defectos de nacimiento y seguramente tendremos una porción mayor para repartirnos.

**YAMAMOTO:** No creo que sea válido este razonamiento, porque en ese caso empezamos a cometer aberraciones como matar a niños que tienen ciertos defectos genéticos, con problemas intelectuales, etc. La cuestión ya está en el extremo de la defensa de la vida, no estamos hablando de cierta higiene social en términos amplios, sino simplemente de un proceso social en que la vida es la propia subsistencia de la sociedad.

**THĒMIS:** *En su opinión ¿es posible la resocialización del individuo terrorista?*

**UGAZ:** La pena de muerte se justifica porque no hay posibilidad de resocializar. En primer lugar eso se trae por tierra todo el principio socializador que el Estado promueve. La ley de arrepentimiento, qué es lo que busca sino básicamente reinsertar, dar una oportunidad para que la persona se reeduce; entonces, argumentar lo contrario es entrar en una contradicción que yo veo insalvable. El tema de fondo es que este concepto no es cierto, el terrorismo hay que verlo en un determinado contexto histórico; pasó por ejemplo con las Brigadas Rojas y también con los Tupamaros en el Uruguay. Una vez que pasó el fenómeno que origina históricamente estos movimientos violentistas, las personas que estuvieron involucradas en ellos ya no tienen razón de ser, es decir, no son asesinos por ser asesinos, en este caso son asesinos por una equivocada forma de concebir una lucha para conseguir el poder y determinadas reivindicaciones. Hoy, miembros Tupamaros están en el Congreso del Uruguay y varios de los que fueron miembros de las Brigadas Rojas en Italia se han

incorporado a la legalidad. Es muy probable que si en el Perú logramos superar el tema de la violencia dentro de 10 años, estos señores no tendrán absolutamente ninguna posibilidad de mantener una actitud de asesinato, de generación de muerte y de violencia en un contexto histórico totalmente distinto. Yo no creo en absoluto que una persona por más ideologizada que esté, sea irreducible y en todo caso es claro que en el Perú los penales no cumplen una función de reeducación. Si éste es el argumento, tendríamos que matar a todos los presos porque los 11,000 ó 16,000 presos que tiene el Perú no están en una política de reeducación. Aquí no hay escuelas, no hay trabajo en los penales, no hay nada. Estamos metiendo a la gente a la cárcel simplemente para castigar y para aislar y eso creo que se puede aplicar tanto al preso común como al preso terrorista.

**YAMAMOTO:** En primer lugar, si hablamos en términos técnicos, la resocialización es imposible. No hay resocialización, pues ésta implicaría que la gente vuelva a nacer, a modificar su sistema neurológico para que desarrolle prioridades de aprendizaje para ciertas fases durante todo el desarrollo. Es imposible resocializar al individuo; lo que ocurre es una socialización de adulto, es decir, sobre la base de la identidad de adulto que asume el sujeto cuando resuelve la crisis de adolescencia. Es allí donde se consolida la socialización primaria. El sujeto va a empezar a tener una serie de vivencias que van a moldear ese perfil básico; a eso se le denomina socialización de la adultez. Lo único que es posible es tener un moldeamiento sobre esa base, pero si tenemos un núcleo en que la persona, por un desarrollo muy duro, muy difícil, ha alcanzado un nivel de agresividad, de resentimiento muy profundo, esa persona no va a cambiar, y mientras más se le combata, más va a asumir ese rol. Volvemos al punto que ya habíamos mencionado, los sistemas carcelarios no rehabilitan.

**THĒMIS:** *Se postula también, que la pena de muerte infunde en la ciudadanía una sensación de eficiencia estatal ¿Es cierto eso?*

**YAMAMOTO:** Primero, hablamos de perfección y eficiencia. Decir que porque se implanta la pena de muerte va a ser calificado el sistema como eficiente, es como decir que al enfermo porque dejó de dolerle el cuerpo, ya se ha curado. Es decir, la percepción del Estado se está reestructurando durante los últimos meses, pero no llega a una visión de mucha eficiencia. Entonces, por allí creo que no va el comentario al cual haces referencia.

Antes de tocar esto, si me permiten retroceder a una pregunta anterior, en ella habíamos hablado

que los valores van a ser parte de la explicación del por qué no es eficiente la pena. Pero no sólo los valores sino lo que se denomina la socialización, es decir el individuo a lo largo de su desarrollo va a pasar por un proceso a través del cual el entorno en que vive va a presionarlo para que asuma un tipo de comportamiento que se asume ideal y va a ser un proceso que va a comenzar en una etapa muy temprana y que se va a mezclar ya con factores personales, afectivos, familiares, sicopatológicos, etc.

Entonces, el adulto terrorista va a ser producto, no del hecho que un buen día decida volverse terrorista, sino de un complejo proceso que encuentra su concreción en el terrorismo. Pero las raíces del mismo van a estar en los momentos de la primera infancia y van a ser moldeados durante todo el desarrollo. Es por eso que ningún sistema penal rehabilita en la actualidad. La persona que ya ha adquirido una forma de ser, no va a cambiar esa forma de ser porque tendría que retroceder en el tiempo para cambiar, hasta donde comenzó este proceso. En consecuencia, tenemos que los penales en el mundo entero no rehabilitan sino que son espacios de reclusión.

Un estudio hecho por José Luis Pérez en Lurigancho, se indica que la reclusión no es vista como una pena sino como una etapa dentro del ciclo de vida de la conducta de grupo de los que delinquen. Si eso pasa con los delincuentes comunes, qué pasa con los terroristas; antes de esta modificación del sistema carcelario, los penales para los terroristas, eran más que un espacio transitorio dentro de su ciclo de vida; si pensamos que San Marcos en cierta manera financiaba el terrorismo, las cárceles eran escuelas de altos estudios, de graduados, lo cual era en cierta manera más que un castigo, un curso de especialización.

**THĒMIS:** *En una edición pasada de nuestra revista<sup>1</sup>, el teólogo Gustavo Gutiérrez admitió con bastante honestidad que la Iglesia Católica no había hecho todo lo que debía para ayudar a combatir la violencia en el país. ¿Cree usted, Rvdo. Zegarra, que ha habido ocasiones en las que siendo necesario algún pronunciamiento oportuno de la Iglesia contra la violencia terrorista, éste no se haya producido?*

**ZEGARRA:** Al nivel de lo que haya dicho Gustavo Gutiérrez, yo creo que a mí me sería muy difícil decir que la Iglesia no ha hecho lo suficiente; y se lo digo por una razón muy concreta, que es del co-

nocimiento del propio Gutiérrez: Yo he estado trabajando los documentos de la Iglesia Latinoamericana y la Iglesia Peruana sobre el tema de la violencia terrorista y en los últimos 26 años estoy abrumado por la cantidad de advertencias y señalamientos que la Iglesia ha hecho. Para no mencionar sino algunos de los más recientes, «Paz en la Tierra» que data de mediados de 1992; luego existe otro llamado «Por una Sociedad más Justa y Solidaria» en marzo de 1993. El primero de estos documentos precedió al documento de Santo Domingo, y nosotros encontramos en el documento de Santo Domingo, las expresiones más nítidas contra la muerte, adoptadas del documento peruano «Paz en la Tierra». No quiero decir que haya sido la única influencia, pero es perceptible el uso de expresiones literales: «Dios amigo de la vida», «Dios concede la vida», «Nadie puede arbitrar sobre la vida», «Cultura de vida», etc.

Bueno, ahora, lo que yo sospecho que es aludido por Gutiérrez es concretamente que la Iglesia no haya hecho lo suficiente para evitar las causas que han hecho factible esta explosión de la violencia en los últimos 13 años. Sin pensar que hay una sola causa de esa violencia, definitivamente factor importante, es la existencia de una larga serie de injusticias y de mecanismos personalizados, inclusive de segregación, de marginación, de opresión.

**THĒMIS:** *A propósito de la nueva Constitución, representativas personalidades de la Iglesia Católica aparecieron en los medios de comunicación asumiendo una postura que dejaba entrever que el cristiano quedaba librado a su libre conciencia para optar por avalar o no, la pena de muerte. ¿Podría ocurrir, como muchos sostienen, que la posición de la Iglesia sólo responda a un intento por evitar resultados contraproducentes para ella misma, al conocer la inclinación de las mayorías en favor de la pena de muerte?*

**ZEGARRA:** Sería gravísimo que ello ocurriera. Yo estaré contra la pena de muerte así la apruebe el 80% de la población del país pero además quiero aclarar un poco de algunos temas que Ud. ha tocado. En primer lugar, la Iglesia sí se ha pronunciado y se ha pronunciado con claridad. Voy a mencionar uno de los documentos donde se produce este pronunciamiento, «La Iglesia ante los Nuevos Desafíos», de diciembre de 1992. Bueno, entonces, se ha pronunciado a través de sus organismos colectivos, es decir, de la Conferencia Episcopal del Perú o del Consejo Permanente de la misma

<sup>1</sup> Entrevista a Gustavo Gutiérrez. En THĒMIS-Revista de Derecho, Segunda Época, N°16, 1990, págs. 43-47.

Conferencia Episcopal; por otra parte, se ha pronunciado por intermedio de su actual presidente, el arzobispo de Lima Monseñor Vargas Alzamora, de su anterior presidente, Monseñor Bellido y del primero y el más duradero de los presidentes, el Cardenal Landázuri. Solamente dos Obispos se pronunciaron con nitidez a favor de la pena de muerte; uno de ellos es un expresidente de la Conferencia Episcopal Peruana, uno de los cuatro que ha habido. Después, ante la investigación de argumentos tomados del caudal propio de la Iglesia, efectivamente, hay un cierto retroceso y se viene postulando el argumento de que es libre. Lo que allí opera es fundamentalmente el recurso del catecismo de la Iglesia Católica.

Yo acabo de referirme a lo que se plantea allí es para casos extremos y mi interpretación es que eso se da cuando no hay otros medios, cuando no hay manera de defender la sociedad de un asesino más que potencial. Pero existen, socialmente hablando, esos medios.

Ahora bien, yo agregaría algo. También hay que hacer justicia a quienes han emitido esta opinión. La opinión de la Iglesia no ha sido la misma siempre, entre otras cosas porque las condiciones de seguridad de la sociedad también han ido perfeccionándose, aun en el caso del Perú. Pero, definitivamente, una revisión de las dos páginas que el catecismo dedica a este tema, hace ver cómo hay un enorme peso de la enseñanza bíblica, fundamental para la Iglesia Católica, en el sentido del «No Matarás» y sólo recientemente, en los últimos 25 ó 30 años, se ha ido generalizando y extendiendo la oposición a la pena de muerte en numerosas personalidades, en Obispos, pero además en muchas Conferencias Episcopales que se han expresado claramente en contra. Entre ellas, yo estoy seguro que está el Episcopado Peruano en el documento «Paz en la Tierra», y el Episcopado Latinoamericano en el documento de Santo Domingo.

**THĒMIS:** *Uno de los argumentos que se esgrimen en contra de la aplicación de la pena de muerte es que ella, de por sí, no soluciona el problema: Se corta el tallo pero no se arranca la raíz. El origen del problema -la raíz- parecería ser más profundo, uno íntimamente relacionado con injusticias sociales, pobreza, carencias de distinta clase, con un proceso de socialización en definitiva. ¿Cuál es su opinión al respecto?*

**YAMAMOTO:** Claro, el terrorismo es un fenómeno que, a todas luces, es extremadamente dañino y todos los adjetivos negativos que se le puedan poner, pero ello no quita que sea comprensible, no digo justificable, pero sí comprensible. Para poner

un ejemplo, si nosotros tomamos un grupo de militares y los trasladamos al entorno donde se ha desarrollado el senderismo, y sacamos de allí a un grupo de senderistas y los ponemos en el entorno de los militares, asumamos que todos regresan a la niñez; vamos a tener que los militares se convirtieron en terroristas y los terroristas en militares en números estadísticamente significativos. Entonces, hablar sobre la culpabilidad del terrorista por haber sido terrorista es un poco relativo.

La psicología no puede decir si es culpable o no, pero tiene como objetivo entender por qué sucedió. Encontrar, pues, que son los factores sociales los que están explicando que no es porque la persona sea en sí mala que se convierte en terrorista, sino porque ha pasado por un proceso muy duro. Si hablamos de una persona que se ha convertido en descuartizador, no es porque un buen día vio un programa y se volvió loco, sino porque ha pasado por una niñez muy dura, por una serie de procesos en los cuales ha habido maltrato sexual, maltrato infantil, una serie de acontecimientos muy duros que explican que esta persona llegue a este estado.

**THĒMIS:** *¿Hasta qué punto esos estándares funcionan estadísticamente? Evidentemente, no todo el que pasa por esas condiciones tan duras no termina siendo terrorista.*

**YAMAMOTO:** Más que explicar estadísticas, que no las hay, explico el modelo a grosso modo. El niño a partir de los tres años adquiere la capacidad neurológica de procesar información social; entonces los padres, principalmente, le van a empezar a dar normas sobre qué es lo bueno y qué es lo malo, lo que va a ser la base del desarrollo moral del niño. Entonces el papá le dice haz esto, haz lo otro, pórtate bien ...; después van a venir los maestros y los otros niños que van a ir socializando al individuo. Pero el niño en ese contexto no tiene criterio de discriminación, es decir, va asumiendo las cosas por una referencia autodidacta.

En la adolescencia es recién cuando el sujeto va a empezar a discriminar dentro de toda la información que su entorno le ha dado, sobre qué es bueno y qué es malo y dejará de decir esto es bueno porque mi mamá me dijo, sino porque yo lo asumo y yo lo he interiorizado. Pero esto se va a dar en una relación donde la cantidad de información a la que el sujeto ha tenido acceso y las experiencias van a ser las predominantes en asumir su identidad. Si tenemos una situación, una comunidad en la que el niño ha sido bombardeado continuamente con consignas pro-senderistas y anti-estado, qué pasa si él ha sido también protagonista

de una serie de injusticias que existen en todo el país, de abusos, entonces este niño va a convertirse en un senderista perfecto y creo que cualquier persona que esté bajo esta situación. Por lo menos 95 de 100 terminarían en las mismas.

**THĒMIS:** *¿Qué ocurre entonces con alguien que nace con todo y sin embargo se ve inmerso en un movimiento de esta magnitud?*

**YAMAMOTO:** Ese es un tema muy interesante. Mire, sucede lo siguiente: Una persona, por diversos problemas, puede desarrollar una motivación de agresión de violencia muy grande, es decir, diversos problemas acumulados en la vida pueden desencadenar en un tipo de conductas violentas muy peligrosas. Esto va a implicar una suerte de fragilidad emocional interna, y la persona va a buscar aferrarse a algo que le permita seguir desarrollando su vida. El aferrarse patológicamente a la religión por ejemplo -no quiero decir que toda propuesta religiosa sea patológica, sino que hay personas que se aferran patológicamente a la religión-, es como una suerte de tabla salvadora; pero, en realidad, no es una motivación sana y de pronto esta persona que pudo haber llegado a ser monja inclusive, se convierte al protestantismo y del protestantismo pasa al senderismo, porque su motivación hacia estos movimientos no esta siendo saludable sino que está compensando diversos problemas personales. Es al aferrarse esos movimientos que encuentra un espacio que compatibiliza con sus problemas personales.

**THĒMIS:** *Dr. Ugaz, en relación a las ejecuciones clandestinas de los militares o policías, ¿Cree Ud. que cesarían con la pena de muerte?*

**UGAZ:** Yo creo que no. El problema de las ejecuciones extrajudiciales y las desapariciones es que en algunos momentos han obedecido a una estrategia de la lucha antiterrorista como ha ocurrido en otros países no solamente del continente sudamericano, y que en otros casos han obedecido a excesos de individuos que forman parte de los cuerpos policiales o del ejército y han pretendido resolver o vengar en algunos casos, casos concretos. Entonces, ni uno ni otro harían que por la vía de la pena de muerte disminuyan estas circunstancias. La forma de resolver estos problemas, no es incorporando la pena de muerte, sino, dando mensajes claros por parte del Estado, de que no va a tolerar la impunidad de estos casos excesos. El problema es que, tanto policías como militares en caso de desapariciones forzadas y de ejecuciones extrajudiciales han gozado de un impunidad que ha llevado a los niveles de denuncia grave.

**THĒMIS:** *Entonces, ¿Cuál sería la política a seguir en este momento?*

**UGAZ:** Mire, yo creo que esto es un proceso muy largo y no creo que estemos todavía siquiera en una etapa de transición. Tiene que haber un cambio en el contexto histórico. En el Perú qué tendría que suceder para que desaparezca potencialmente la posibilidad de que vayan a surgir grupos desquiciados como Sendero Luminoso o el MRTA. Tendría que, por lo menos, reducirse sustancialmente el tema de la pobreza, que es finalmente la causa que da origen a todo este problema. Yo creo que habría que mantener una estrategia antiterrorista basada en el concepto de la inteligencia, que es lo que ha venido dando los resultados más importantes.

Ahora que se habla de reformas legislativas, yo creo que las reformas deben girar básicamente en, devolver a la legislación antiterrorista un sentido garantista que ha sido eliminado. Hoy se han eliminado las principales garantías del debido proceso sin justificación alguna. Se dice que las garantías eran impedimento para que hubiera un juicio rápido y eficaz contra los terroristas y eso es falso; los problemas judiciales que hubieron con el terrorismo anteriormente obedecen a un poder judicial colapsado y aquí lo que se ha hecho es lo más fácil, es decir sacar los casos del poder judicial en crisis y pasarlos a los militares que trabajan con otra lógica, que nunca han estudiado principios fundamentales de administración de justicia y que están generando graves errores. Entonces, creo que debe haber una sustancial modificación de la legislación antiterrorista en la que se garantice el derecho a la defensa sin que se permita el abuso de ese derecho como ocurría antes con los abogados democráticos, que se derogue la posibilidad de condenar en ausencia a una persona que se devuelva la tramitación de las causas a los tribunales comunes, para lo cual se crearían jueces especializados, con seguridad, con infraestructura, bien pagados, etc. Es decir, recuperar el garantismo del procedimiento penal.

**THĒMIS:** *¿Esa sería la única reforma necesaria?*

**UGAZ:** Definitivamente no, eso creo que es una primera columna sobre la cual debe descansar la reforma. La segunda es la ampliación de las normas de arrepentimiento: El Derecho tiene que adecuarse para las nuevas circunstancias y éstas exigen que por ejemplo se evalúe la posibilidad de dar extensión o rescisión de pena, inclusive a los cabecillas que se arrepientan, que hoy en día no gozan de ese derecho pues la ley se los prohíbe. Qué pasa si un

cuadro de primer nivel decide colaborar y empieza a dar información; a esa persona hay que abrirle las puertas, hay que abrirle posibilidades y el Estado debería realizar su actividad premial para tratar de adecuarse a esta nueva circunstancia.

En tercer lugar creo que es muy necesaria, por razones estrictamente de justicia, la creación de algún mecanismo que permita revisar todas las decisiones del Fuero Militar y de los Tribunales sin Rostro que se han dictado bajo este esquema de administración de justicia con plazos absolutamente acelerados. El nivel de error judicial sobre el cual estamos caminando en estos momentos es muy alto; tenemos el caso de Luis Conejo, ahora se está hablando del caso Villavicencio, etc. Es decir, hay una cantidad muy importante de personas que han sido condenadas a cadena perpetua, a penas altísimas o están en riesgo inminente de ser condenadas a sanciones muy graves justamente por los errores que se derivan de un inadecuado diseño procesal. Yo creo que el error judicial es un fuerte argumento para oponerse a la pena de muerte. El error judicial que ya era alto en el Perú, y que no escapa a ningún sistema de administración de justicia, se ha visto seriamente incrementado por el problema del diseño procesal para juzgar a los terroristas. Esto, seguido de un recorte grave de las garantías procesales, con plazos precipitados, sin derechos adecuados. El error judicial se ha incrementado tremendamente al punto que el propio Presidente de la República ha tenido que intervenir en el caso de Danilo Quijano, en el caso de los campesinos de San Ignacio y ahora está interviniendo en el caso Conejo para poder corregir estos errores que pueden costarle la vida, bajo el sistema de la pena de muerte, a un ciudadano inocente.

Yo creo que no hay razón alguna que justifique que este Estado deba asumir una cantidad determinada de muerte de inocentes so pretexto de una mayor eficacia en la lucha contra el terrorismo.

**THĒMIS:** *Respecto a los medios de comunicación y su enfoque de la problemática de la pena de muerte en relación a la Iglesia, ¿La parece bien llevada y que cumple con informar a la gente o le parece, tal vez manipuladora?*

**ZEGARRA:** Mire, yo no soy muy adicto a los grandes medios de comunicación social, pero hay un problema que ha estado de alguna manera implícita en alguna de sus preguntas anteriores... ¿por qué es que se le dio tanta cancha a dos de los 50 miembros del episcopado que opinaron a favor de la pena de muerte y por qué no se les dio similar espacio a los muchos otros que se expresaron en

contra?, como el Arzobispo de Arequipa o el Arzobispo de Piura, por citar un par de ejemplos. Yo creo que los medios efectivamente, no sé si la palabra adecuada es manipularon, pero definitivamente acogen las opiniones de aquéllos con los cuales están de acuerdo.

**THĒMIS:** *Ahora, ¿Existe algún tipo de fundamentación lógica y coherente que, a partir de principios católicos pueda avalar la aplicación de la pena de muerte?*

**ZEGARRA:** Yo creo que los grandes argumentos que se dieron en un pasado no demasiado remoto, a favor de la pena de muerte, apuntaban a las defensas de la sociedad. En algún texto que tenía en mis manos enseñando en Facultad de Derecho hace un par de años, se decía entre otras cosas que el Estado estaba por encima de la persona y creo que eso es inadmisibles, tanto desde el punto de vista de la sociedad moderna, como del punto de vista de la Iglesia. Creo que efectivamente la sociedad debe defenderse del injusto desorden, me parece algo sumamente claro. El problema es que las condiciones han cambiado. La gran autoridad al respecto de la opinión católica en lo referido a la pena de muerte es Tomás de Aquino que vivió en 1274, hace 719 años. ¿Cuánto han cambiado las condiciones desde entonces?. Evidentemente, una cárcel en la época de Tomás de Aquino no es comparable con la cárcel actual, ni aún en el Perú.

**THĒMIS:** *¿Cómo se podría explicar que el hecho de condenar a prisión a una persona no satisfaga la demanda de justicia de la mayoría de la población peruana?*

**YAMAMOTO:** Allí estamos hablando de otra cosa. Hasta ahora hemos estado tratando de razonar sobre la pena de muerte, pero hace un momento dijimos que la gente no razona, sino responde de manera afectiva. A veces hay más que respuestas cerebrales, hay respuestas dadas con el corazón o con el hígado, y a veces por otras partes peores del cuerpo. Es difícil poder explicarlo con claridad, porque si a uno le preguntan a modo de un comentario superficial sobre si es conveniente aplicar la pena de muerte, uno dice sí, porque van a haber cuestiones de revancha, cuestiones muy naturales y muy humanas, pero quizás la reflexión trate de ir más allá de eso.

**ZEGARRA:** Definitivamente creo que lo que ocurre entre la mayoría de la población que se confiesa cristiana, es que comparte la idea de extender la pena de muerte, hoy día al terrorismo y mañana sabe Dios a quién. Yo creo que el problema fue planteado por primera vez en la Conferencia

Latinoamericana realizada por Juan XXIII. Hay una falta de coherencia entre la fe y la práctica concreta de la gente y creo que la gran responsable de este hecho es justamente la Iglesia. Entiéndase bien, la Iglesia no es solamente el Papa, los Obispos, ni tampoco los sacerdotes; todos somos Iglesia, y creo que el proceso de anuncio del Evangelio, es decir, anuncio de la Buena Justicia del Señor, que dio la vida para que tuviéramos vida, no ha llegado suficientemente a la conciencia de la gente y entonces lo que se encuentra en vez de una respuesta realmente evangélica es una respuesta que tiene que ver más con pasiones.

**THĒMIS:** *¿Qué opina del rol que está jugando la religión en cuanto a su opinión sobre la pena de muerte y su acción para frenar el fenómeno terrorista?*

**YAMAMOTO:** Sobre lo primero, tenemos que un psicólogo puede hablar de religión desde una perspectiva que se llama psicología de la religión, en la cual no va a favor ni en contra de ella, sino le interesa analizar los factores psicológicos que intervienen en la creencia religiosa de las personas. Entonces, mi opinión va desde este estricto punto de vista. La religión va a influir en los individuos, prescribiendo en ellos una serie de valores y creencias que deben de asumir y, en este sentido, tenemos que la religión va a dar una opinión y los fieles tendrán que aceptarla. Sin embargo, esto tiene una serie de sutilezas, porque la religión va a dar una serie de normas que van a ir desde el dogma infalible hasta las cuestiones que quedan bajo la conciencia de cada persona. En la práctica, la opinión de los líderes católicos, o de los líderes de las otras religiones, van a influir mucho en los distintos tipos de formas de asumir la religión, desde la religión de la persona fanática, hasta la persona que solamente va a misa para matrimonios o en caso de terremotos y desgracias. Entonces habría que analizar al grueso de la población y catalogar en qué nivel se encuentra. Así, si tenemos una población sumamente religiosa, sumamente comprometida, la Iglesia sería un poco la que habría entrado en referéndum.

**THĒMIS:** *En el contexto actual, ¿Le parece que es así?*

**YAMAMOTO:** Yo creo que en el contexto actual, se está dando una aproximación a la religión por parte de los creyentes de manera muy tibia, digámoslo así, en la cual no hay un seguimiento de todas las directivas que la Iglesia manda sino una adaptación al entorno, para no caer en la contradicción de dejar de creer en Dios, porque generalmente creen en Dios, o por lo menos lo

necesitan y no está en contra de lo que él prescribe.

En cierta manera, adaptando este ejemplo, qué ocurre cuando los andinos migran a las ciudades. Ellos no van a convertirse en ciudadanos urbanos sino no van a ser una suerte de andinos socializados. Van a adaptar su socialización al entorno urbano, donde van a mantener ciertos elementos de su cultura y otros elementos van a tener que adaptarlos a las demandas del nuevo entorno. Pero ése es un tema que en la actualidad no se ha trabajado lo suficiente como para poder responder con precisión a esas preguntas.

**ZEGARRA:** Yo quisiera decirles a los que piensan todavía que la pena de muerte es compatible con el cristianismo, que sería bueno recordar un par de cosas: el Evangelio es buena noticia, no mala. Y en segundo lugar, recomendaría la lectura del capítulo 5 del Evangelio de San Mateo, en que Jesús va más allá del simple «No Matarás» y ciertamente anula la ley de Talión expresamente, lo cual sería una lectura muy conveniente. Parece que demora mucho asimilársela, a la Iglesia le ha costado mucho tiempo asimilar este tipo de comportamiento, pero sería bueno comenzar.

**THĒMIS:** *¿Considera que la aplicación de la pena de muerte, dentro del contexto actual, sería eficaz?*

**YAMAMOTO:** Yo creo que tendría una ventaja, que es la siguiente: Hemos visto que el terrorista no va a cambiar, entonces, dejarlo libre implica que va a continuar desarrollando esos actos. Si existiese posibilidad importante para este terrorista de escaparse o que pudiese intelectualmente seguir organizando, desde el encarcelamiento, este tipo de cosas, entonces, sí tendría un efecto importante evitar que se siga continuando con esta matanza. Sería a mi modo de ver algo así como si alguien viene y asalta a una persona a mano armada para matarla, y la otra persona en un descuido del agresor saca su pistola y lo mata en legítima defensa, está actuando en su derecho. Entonces, si de alguna medida podríamos hacer una extensión del supuesto, en términos que sabemos que ésta persona no tiene en el momento la pistola adelante, pero se sabe que en el futuro va a causar daño y para prevenir ese tipo de agresión le cortamos la vida, entonces, bajo ese punto de vista me parece que podría ser lógico. Pero para llegar a esa conclusión tenemos que pasar por varios puntos, es decir, que el sujeto terrorista pueda escapar, que el sujeto pueda organizarse desde el encarcelamiento, etc.

Nos falta entender algunas cosas. Por un lado la psicología tiene como objeto comprender el comportamiento humano y en ese afán de com-



presión va a estudiar cómo es que surgen fenómenos como Sendero. Es más, un psicólogo social no va a preguntarse, después de haber estudiado las características de nuestro medio, por qué surge Sendero, sino quizás por qué tardó tanto en surgir. Esto nos lleva a una preocupación futura ya que, si se termina con Sendero y no se trabajan las causas subyacentes a dicho fenómeno, surgirá otra forma quizás mas peligrosa que el propio Sendero. Es más, si se une lo religioso con lo ideológico, Sendero sería simplemente un «bebé de pecho», por llamarlo de alguna manera, comparado con lo que podría surgir. Estamos hablando de elementos que van mas allá de los síntomas, tenemos primero que es importante comprender por qué sucede este fenómeno y que debe ser entendido de acuerdo a las vivencias que han tenido estas personas. Los procesos de desarrollo que nos han llevado en cierta medida a concretar este tipo de opciones, es decir, estas personas que han llegado al senderismo por un proceso muy complejo, no van a cambiar ni van a ser amedrentados por la pena de muerte. Hay

que tomar en cuenta que aceptar la pena de muerte es una postura filosóficamente insostenible, por otro lado tenemos que no va a ser disuasiva en lo mas mínimo porque no entra dentro de la lógica del senderista, y tampoco va a permitir una visión de eficiencia del sistema. Pero por otro lado sí podría constituirse como una forma no ideal pero quizás práctica de defensa social.

Por otra parte, tenemos que el trabajo de los abogados es juzgar pero el psicólogo por su propia formación no tiene que juzgar. Un psicólogo clínico nunca va a juzgar a su paciente, tiene que comprenderlo y ayudarlo a cambiar. Un psicólogo social tiene que comprender a la sociedad, no juzgarla, y debe desarrollar estrategias para que la sociedad pueda mejorar. Nuestras categorías profesionales no están en términos de «bueno» o «malo», entonces si me vienen a preguntar como psicólogo yo no les debo dar una opinión. Cada uno juzga a partir de sus propios criterios valorativos, Dios y los jueces juzgan, los psicólogos no debemos hacerlo.



**b.p. servindustrias srl.**

Mcal. A. Gamarra Nº 310, Urb. El Pino, San Luis  
Telfax. 740394 / Telf. 743239

**Imprenta especializada en papel membretado, sobres,  
esquelas y tarjetas de visita. Permítanos que nuestro  
representante lo visite**

# LAS EXCEPCIONES EN EL CODIGO PROCESAL CIVIL PERUANO

Juan Monroy Gálvez  
Profesor de Derecho Procesal Civil  
Pontificia Universidad Católica y  
Universidad de Lima

## I. INTRODUCCION PRACTICA AL TEMA.

Imaginemos que antes de empezar a leer estas notas, acabamos de atender a un cliente, quien se acercó muy preocupado y urgido de asesoría. Y no es para menos, vino con la copia de una demanda y su correspondiente resolución, acababa de ser notificado con el inicio de una demanda de desalojo por vencimiento de contrato.

Si bien la lectura de la demanda nos dejó muy preocupados, algunos aspectos referidos por el cliente sobre los términos de la relación sostenida con su arrendador, ahora demandante, nos dieron una pauta sobre lo que podíamos hacer en su defensa. Veamos que nos dijo nuestro patrocinado.

El cliente, médico de profesión, no sabía nada de derecho pero le pareció extraño que en la demanda se expresara un monto menor que la renta mensual que el realmente paga. También le pareció curioso que quien interpone la demanda no sea exactamente la persona con quien convino el contrato, sino un hijo de éste y, finalmente, le pareció extraño que quien demandaba no supiera que con su padre se había convenido hace unos meses una prórroga del vencimiento del contrato hasta marzo de 1994.

Por nuestro lado, hemos advertido que el contrato de arrendamiento fue suscrito no sólo por nuestro cliente, sino también por su esposa y, por otro lado, nos parece significativo que en la cláusula décimo tercera del contrato de arrendamiento antes anotado, los contratantes hubieran convenido que antes de acudir al Poder Judicial, la parte que deseara resolver el contrato -sea la devolución de la casa o su recuperación- debería enviar una carta notarial concediéndole a la otra 45 días para que

*El autor inicia el presente artículo de una manera bastante ágil, con la narración de un caso no necesariamente real, pero sí harto común en nuestro país: un hombre ha sido demandado para el desalojo de una vivienda por vencimiento de contrato.*

*A partir de este hecho, que es utilizado como hilo conductor, nos introducimos guiados por el autor en el estudio de conceptos tales como el derecho de defensa, los presupuestos procesales y las condiciones de la acción, para concluir finalmente en el análisis de la novísima legislación peruana.*

recibiera la casa o la entregara, según fuese el arrendatario o el arrendador.

Muy bien, con estos antecedentes nos encontramos con este artículo sobre excepciones que se inicia recordando algunas categorías procesales básicas, por cierto elementales para la comprensión del tema.

## II. RECUERDO DE ALGUNOS CONCEPTOS BASICOS.

### Derecho a la tutela jurisdiccional, derechos de acción y contradicción.

Todo sujeto de derechos, sea persona natural o jurídica, concebido, patrimonio autónomo, órgano constitucional autónomo, órgano público despersonalizado o cualquier otro sujeto a quien el sistema jurídico le concede calidad de parte material dentro de un proceso, puede solicitar la intervención del Estado, en mérito a contar con el **derecho a la tutela jurisdiccional efectiva** de éste.

Este derecho tiene dos maneras de manifestarse: Por un lado, el derecho de pedir al Estado tutela jurídica para una determinada pretensión se llama **derecho de acción**, y es público por la razón antes dicha, está dirigida al Estado; es **subjetivo** porque está presente en todo sujeto de derechos; es **abstracto** porque no es indispensable que quien alega ser titular del derecho que sustenta su pretensión, realmente sea merecedor de una decisión que ampare su pretensión, queremos decir que puede no tenerla, sin embargo tal ausencia no obsta la existencia del referido derecho; y, finalmente es **autónomo** porque su naturaleza es tan particular, compleja y propia, que guarda un contenido singular y rico, por eso hay teorías que explican su esencia, sus características, incluso sus distintas manifestaciones.

Este mismo derecho a solicitar tutela jurídica está presente también en la persona que es demandada en un proceso. Este será un acto absolutamente viciado, si dentro de él no se le concede al demandado el derecho de discutir la pretensión dirigida en su contra. Ese derecho de participar en un proceso, de ser demandado ante el juez que corresponde al caso, de tener oportunidad de probar en contra de lo que expresa el demandante, de alegar e incluso de impugnar las decisiones que considere agravantes y erróneas a su posición jurídica y material, se llama **derecho de contradicción**.

Este **derecho de contradicción** es idéntico al **derecho de acción**, queremos decir que participa de sus mismas características. Si tal vez hubiera que

encontrarle una nota diferencial, esta sería que no puede ser ejercido libre y autónomamente por un sujeto de derechos. Para hacer uso del **derecho de contradicción**, es indispensable que previamente alguien en ejercicio de su derecho de acción haya interpuesto una demanda conteniendo una o más pretensiones en su contra. Sólo en tal supuesto un sujeto puede hacer uso de su derecho de contradicción, estamos diciendo que éste carece de **voluntariedad**.

### Manifestaciones procesales de los derechos de acción y contradicción.

El derecho de acción ha sido caracterizado como abstracto, siendo así, requiere de una materialización para ser expresado dentro de un proceso. Esta expresión concreta es la **demanda**, que no es otra cosa, entonces, que el acto jurídico procesal mediante el cual una persona, en ejercicio de su derecho de acción, manifiesta su voluntad de solicitar tutela jurídica al Estado.

Si bien la **demanda** como expresión del derecho de acción está dirigida al Estado, su contenido más importante, la **pretensión procesal** -manifestación de voluntad por la cual un sujeto exige algo a otro, está dirigida al demandado.

Por otro lado, cuando el demandado es notificado con la demanda, acto que recibe el nombre de **emplazamiento**, tiene dos posibilidades: Una es que quiera admitir y cumplir con la pretensión dirigida en su contra, con lo que el proceso habrá acabado de manera fulminante, a través del allanamiento. Pero, la otra es que quiera discutir aspectos del proceso dirigido en su contra. De ser así, está facultado a ejercer su **derecho de contradicción** dentro del proceso.

El **derecho de contradicción** tiene su manifestación práctica en el proceso mediante el llamado **derecho de defensa**. A continuación una breve descripción de éste.

### El derecho de defensa.

Si el demandado en ejercicio de su derecho de contradicción quisiera defenderse del proceso iniciado en su contra, puede manifestar su derecho de defensa en tres modalidades distintas que, para efectos de su uso, no son excluyentes, queremos decir que el uso de una de ellas no descarta el de las otras. Explicaremos cada una por separado:

La **defensa de fondo** consiste en el cuestionamiento directo que el demandado hace del derecho o de los hechos en los que el demandante sustenta su

demanda. Dicho de otra manera, es la contradicción de la pretensión intentada en su contra.

Ahora recordemos el caso que recibimos hoy antes de empezar a leer este escrito y advertimos que la demanda de desalojo se sustenta en el vencimiento del plazo del contrato de arrendamiento. Sin embargo, nuestro cliente nos ha dejado el original del documento que contiene la prórroga del contrato hasta marzo de 1994.

Como es evidente, estamos en condiciones de afirmar - como expresión de la defensa de nuestro cliente dentro del proceso -, que el contrato de arrendamiento no sólo no se ha vencido, sino que además se encuentra plenamente vigente incluso a la fecha. Este es una forma clásica de **defensa de fondo**, estamos discutiendo el o los hechos que sustentan la pretensión intentada.

La **defensa previa**, como su nombre lo anticipa, consiste en el cuestionamiento que el demandado hace a la oportunidad en que se ha iniciado el proceso, atendiendo a que el demandante **debía** haber realizado un acto previo, configurante de una especie de requisito para el ejercicio válido del derecho de acción por el demandante. Esta actividad previa está prevista regularmente en la norma jurídica, aunque en casos excepcionales puede ser convenida también por las partes.

Otra vez suspendemos la lectura del artículo para evocar el caso que hemos recibido para la defensa. De los documentos dejados por el cliente advertimos que hay una cláusula en la que las partes contratantes acuerdan que, antes de recurrir a la vía judicial para resolver alguna controversia originada en la ejecución o conclusión del contrato, deberán enviar una carta notarial a la otra expresando su decisión sobre un tema contractual y que sólo después de 45 días de recibida, la parte que se considere agraviada podrá hacer uso de su derecho de acción.

Si quisiéramos alegar en el proceso que el demandante no cumplió con su obligación de enviar antes la carta notarial, razón por la cual la demanda interpuesta contra nuestro cliente aparece prematura, estaremos haciendo uso de una **defensa previa**.

Como no vamos a volver sobre el tema de la **defensa previa** en este artículo, es conveniente preci-

sar que el Código Procesal Civil peruano <sup>1</sup> le concede a esta defensa el mismo trámite y la misma forma de proponerla que las excepciones. Asimismo, le concede como efecto <sup>2</sup> en caso de ser amparada, suspender el proceso hasta que el acto que no se realizó o el tiempo que no transcurrió, se presenten.

La tercera modalidad que toma el derecho de defensa es la **defensa de forma**, entendiéndose por tal a nuestro tema de investigación, la **excepción**. Pasemos a explicar su naturaleza jurídica a partir de las categorías procesales básicas que la configuran.

### **Relación jurídica sustantiva y relación jurídica procesal.**

Un proceso civil se origina cuando en la realidad se presenta un conflicto de intereses intersubjetivo o una incertidumbre, cualquiera de ellas con relevancia jurídica. Este conflicto de intereses con relevancia jurídica se produce cuando por lo menos dos personas tienen un interés propio y opuesto al interés del otro respecto de un mismo bien jurídico.

Así, imaginemos que alguien considera que tiene derecho a poseer un bien que en ese momento es poseído por otro. Sin embargo, éste último considera que su derecho a mantener la posesión del bien es firme y definitivo, en consecuencia, no tiene intención de devolver el bien al otro. Este conflicto no tendrá una solución satisfactoria y aceptable socialmente que no sea a través de un proceso judicial, dada su naturaleza de **conflicto de intereses con relevancia jurídica**.

En el proceso civil, cuando entre dos o más personas se produce un conflicto de intereses como el descrito en el párrafo anterior, suele decirse que entre ambas hay una **relación jurídica sustantiva**. Este es el antecedente material inmediato al inicio de un proceso contencioso. Cuando una persona quiere que ese conflicto acabe y que «alguien» decida que él tiene la razón, no tiene otra alternativa que acudir al servicio de justicia, es decir, debe iniciar un proceso.

El proceso se va a iniciar cuando uno de los protagonistas del conflicto, en ejercicio de su derecho de acción, interponga una demanda -es decir, solicite al Estado **tutela jurídica** - que contenga una

<sup>1</sup> «Art. 455.- Propuesta y trámite de las defensas previas.- Las defensas previas como el beneficio de inventario, el beneficio de ejecución y otras que regulen las normas materiales, se proponen y tramitan como excepciones».

<sup>2</sup> «Art. 456.- Efectos del amparo de una defensa previa.- Declarada fundada una defensa previa tiene como efecto suspender el proceso hasta que se cumpla el tiempo o el acto previsto como antecedente para el ejercicio del derecho de acción».

o más pretensiones contra la persona con quien mantiene la relación jurídica sustantiva. Recordando el ejemplo anterior, el que considera tener mejor derecho a poseer, demanda tutela jurídica pretendiendo que el actual poseedor le devuelva el bien.

Aún cuando el demandante no lo tenga muy claro y sólo piense que su único interés es recuperar la posesión del bien, en realidad al demandar y durante todo el lapso que dure el proceso, lo que él deberá concretar es una relación con su adversario. Al demandante le deberá interesar, por ejemplo, que el demandado sea bien notificado y que actúe o se le otorgue realmente la posibilidad de actuar durante todo el proceso.

A esta nueva relación establecida, la que no alcanza únicamente al demandante y al demandado, sino también al juez, sus auxiliares e incluso a otras personas que puedan coadyuvar a la solución del conflicto, se le denomina **relación jurídica procesal**.

Pues bien, un juez jamás podrá pronunciarse válidamente en un proceso si éste o la relación jurídica procesal, conceptos que son sinónimos<sup>3</sup>, no está saneado. Pues, bien, una relación jurídica procesal estará saneada cuando se encuentren presentes de manera impecable los **Presupuestos Procesales**. Precisamente cuando el demandado plantea una defensa de forma o excepción -que como hemos dicho, también son sinónimos- bien puede ésta sustentarse en el hecho que está denunciando la ausencia o imperfección de un **Presupuesto Procesal**.

En consecuencia, para una mejor explicación de la naturaleza jurídica de la excepción examinemos qué y cuáles son los **Presupuestos Procesales**.

### Los Presupuestos Procesales.

No son abundantes las teorías explicativas acerca de la naturaleza jurídica de los **Presupuestos Procesales**. Sin embargo, es posible identificar a aquella que considera a esta institución en su acepción literal, es decir, considera que los Presupuestos Procesales son los requisitos para la existencia de una relación jurídica procesal, es decir, de un proceso.

Esta teoría llevada a una posición extrema -si no hay Presupuesto Procesal, no hay proceso- produce el germen de su propia destrucción. Así, con ella no se logra explicar como un litigante puede cues-

tionar la inexistencia de un Presupuesto Procesal dentro de un proceso, si éste técnicamente no existe, precisamente como producto de su ausencia. Para usar un ejemplo, si la **capacidad procesal** es un Presupuesto Procesal, como en efecto lo es, ¿cómo voy a poder denunciar su ausencia si no es al interior de un proceso?.

Por esta razón, la teoría más aceptada en torno a la naturaleza jurídica de esta institución, es aquella que enseña que los **Presupuestos Procesales** son los elementos básicos y necesarios para la existencia de una relación jurídica procesal válida, es decir, sin Presupuestos Procesales habrá proceso pero estará viciado, será un proceso defectuoso.

Precisamente como la **defensa de forma** o excepción consiste, entre otras cosas, en alegar la existencia de una relación jurídica procesal defectuosa, quien intente una excepción lo que estará haciendo -en una de sus dos posibilidades- es afirmar la ausencia o presencia defectuosa de uno o más Presupuestos Procesales. Veamos cuáles son éstos.

### La competencia.

Es una calidad inherente al órgano jurisdiccional, y consiste en la aptitud para ejercer válidamente la jurisdicción. Es decir, no basta que un órgano jurisdiccional sea tal para que pueda actuar en cualquier proceso válidamente, es necesario que cumpla con cierto número de requisitos, los que suelen denominarse **elementos de la competencia**. Estos son cinco: la cuantía, la materia, el turno, el grado y el territorio.

Los dos primeros corresponde a la naturaleza misma de la pretensión intentada, por eso suele denominárseles criterios de la **competencia objetiva**. El turno y el grado son elementos de la competencia ligados a la organización interna del servicio de justicia, por eso se les denomina en conjunto **competencia funcional**. Finalmente, el **territorio** está referido al ámbito geográfico respecto del cual cada órgano jurisdiccional puede actuar válidamente.

Tanto los elementos de la **competencia objetiva** como los referidos a la **competencia funcional**, son exigibles de manera vinculante -vale decir obligatoria- por lo que suele denominárseles también en conjunto **competencia absoluta**. Por otro lado, el elemento territorial, al regularse como una ma-

<sup>3</sup> En realidad la llamada relación jurídica procesal, es una de las teorías que explican la naturaleza jurídica del proceso, la esencia de este. Es necesario precisar que se trata de la teoría más aceptada en la doctrina y de reconocimiento pacífico no sólo en ella, sino también en los ordenamientos procesales contemporáneos.

nera de favorecer al demandado para que su traslado al lugar donde se ha interpuesto la demanda no torne onerosa su actuación, puede ser renunciada por éste, tanto tácita como expresamente, por lo que se le denomina **competencia relativa**. Este último aspecto se encuentra regulado en los artículos 25 y 26 del nuevo Código <sup>4</sup>.

### Capacidad procesal.

Esta no es otra cosa que la aptitud que tienen los intervinientes en el proceso, específicamente las llamadas **partes procesales**, para realizar actividad jurídica válida al interior precisamente del proceso. Por cierto no todos los sujetos de derecho que tienen la calidad de **parte material**, es decir que son parte de una relación jurídica sustantiva, tienen **capacidad procesal**.

Imaginemos ejemplos tan sencillos como la persona jurídica o el incapaz. Estos pueden ser titulares de derechos y en mérito de tal tener interés en demandar o ser demandados, sin embargo, ellos no tienen posibilidad real de actuar directamente en un proceso, para tal efecto requieren que alguien actúe en su nombre. En estos como en otros casos se presenta la figura de la **representación procesal**, la que siendo tributaria de los aspectos genéricos de la representación, tiene particularidades que la hacen autónoma. Se trata del instituto procesal a través del cual se permite que una persona actúe en nombre de una **parte material** dentro del proceso.

La **representación procesal** de la persona jurídica o del incapaz, para citar los ejemplos ya referidos, cuyos ejemplos se denominan **legal** porque está prevista en la norma quien actúa en nombre de ellas, es decir, el derecho se anticipa y les reconoce su incapacidad para actuar directamente en un proceso. Sin embargo, existe también la llamada **representación judicial** referida a aquellos casos en los que es el propio juez quien, en defecto del acuerdo de las personas que conforman una parte, nombra al representante de ésta. Esta situación está

<sup>4</sup> «Art. 25.- Prórroga convencional de la competencia territorial.- Las partes pueden convenir por escrito someterse a la competencia de un Juez distinto al que corresponde, salvo que la ley la declare improrrogable».

«Art. 26.- Prórroga tácita de la competencia: hay prórroga tácita de la competencia para el demandante por el hecho de interponer la demanda y para el demandado por comparecer al proceso sin hacer reserva o dejar transcurrir el plazo sin cuestionar la competencia.»

<sup>5</sup> «Art. 76.- Apoderado común.- Cuando diversas personas constituyan una sola parte, actuarán conjuntamente. Si no lo hicieran, el Juez les puede exigir la actuación común o el nombramiento de apoderado común en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de designarlo por ello.

La resolución que contiene el nombramiento es título que acredita la personería del apoderado común, el que necesariamente será uno de los Abogados.

La negativa de una persona a la designación de apoderado común o a continuar siendo representada por él, es mérito suficiente para que litigue por separado.

La revocación del poder o renuncia del apoderado común, no surte efecto mientras no se designe uno nuevo y este se apersona al proceso».

prevista en el artículo 76 del nuevo Código <sup>5</sup>.

Finalmente, la forma de **representación procesal** más importante es la **voluntaria**, conocida en la doctrina y en el Código comentado con el nombre de **Apoderamiento judicial**. En este caso, lo que ocurre es que hay una **parte material** -es decir, conformante de la relación jurídica sustantiva- que por razones que no necesita expresar, le interesa que otra actúe en su nombre dentro de un proceso, motivo por el que le concede representación procesal, denominándosele **apoderado** a la persona que va a realizar actividad procesal en nombre de quien es parte material.

Para los efectos del presente trabajo lo importante es que quien es parte material - parte en una relación jurídica sustantiva o de conflicto - debe actuar dentro de un proceso siempre que cuente con aptitud para hacerlo, a esta aptitud se le denomina **capacidad procesal**. De no tenerla, debe actuar en el proceso en nombre de la parte material, quien está facultado por ley, por el juez o por la propia parte material para hacerlo. A esto último se le denomina **representación procesal**.

### Requisitos para la demanda.

Siendo la demanda el ejercicio efectivo o la manifestación concreta del derecho de acción, su actuación implica el cumplimiento de cierto número de requisitos o actos formales de necesario cumplimiento.

Algunos de estos actos cumplen, en efecto, un rol únicamente formal en la actuación de la demanda. Siendo así, su incumplimiento impide que la demanda produzca efectos jurídicos, a pesar de lo cual el juez -advertido de tal incumplimiento- puede conceder al demandante un plazo para que subsane la omisión o insuficiencia. Estos son los requisitos de **admisibilidad** de la demanda.

Sin embargo, hay otros requisitos cuya presencia articula la esencia de la demanda misma, son tan

intrínsecos a ella que se confunde su presencia con la demanda misma. Por esta razón, cuando un juez descubre su ausencia o imperfección, ordena de inmediato su **rechazo**. Estos son los requisitos de **procedencia** de la demanda.

Incluso es posible que determinadas pretensiones tengan su propia vía procedimental, es decir, que su tramitación se guíe por una de las vías procedimentales conocidas, aún cuando se regulen específicamente para ella algunos aspectos singulares, concretamente algunos requisitos propios.

Como se advierte, los requisitos de **admisibilidad y procedencia**<sup>6</sup> de la demanda son imprescindibles para que este acto apertorio del proceso produzca efectos jurídicos, es en tal mérito por el que se convierten en un **Presupuesto Procesal**.

### Condiciones de la acción.

De la misma manera como ocurre con los Presupuestos Procesales, el concepto del título no refleja con precisión su contenido y mucho menos su naturaleza. Sobre las Condiciones de la acción se han elaborado por lo menos dos teorías explicativas de su naturaleza jurídica.

La primera de ellas considera que se trata de los elementos necesarios para que una demanda tenga un pronunciamiento favorable, vale decir sea amparada. La otra considera que las Condiciones de la acción son los elementos indispensables para que el órgano jurisdiccional puede expedir un pronunciamiento válido sobre el fondo. Vamos a describir cuáles son las Condiciones de la acción a fin de advertir como la segunda teoría es, en nuestra opinión la más acertada.

### Interés para obrar.

Intentemos encontrar que otra alternativa distinta a la de demandar o solicitar asesoría para defenderse tendrían las personas del ejemplo dado al inicio de este artículo. La pregunta en concreto es: ¿qué otra cosa hubiera podido hacer el propietario del inmueble para recuperar su casa, distinta de demandar al arrendatario?, de otra manera, ¿qué otra cosa puede hacer el arrendatario distinta de defenderse de la pretensión del propietario dentro del proceso instaurado?

Ciertamente que en ambos casos la respuesta es negativa, tanto el propietario antes de demandar

como el arrendatario luego de demandado, carecen de alternativas prácticas de actuación. Ambos se identifican en la profunda necesidad de tutela jurídica que tienen, necesidad que es actual, inmediata, irremplazable y egoísta.

Esta necesidad de acudir al órgano jurisdiccional, como único medio capaz de procesar y posteriormente declarar una decisión respecto del conflicto que están viviendo, es lo que se conoce con el nombre de **Interés para obrar**.

Esta condición de la acción, conocida también con el nombre de **Interés procesal**, se caracteriza y se diferencia de la otra forma que toma el interés jurídico en el derecho material en que es **abstracto**, es decir, no tiene contenido jurídico, no se sustenta en la presencia o no de otro derecho material, no requiere de contenido patrimonial o moral, como podría ser el caso de los intereses expresados como consecuencia de la titularidad de un derecho material.

De tal suerte que, en un proceso, una parte tendrá Interés para obrar cuando su presencia en el proceso se entienda a partir de la imposibilidad jurídica de poder solucionar su conflicto de intereses de manera distinta a la petición ante el órgano jurisdiccional. Esa necesidad abstracta de tutela jurídica constituye el **Interés para obrar**.

### Legitimidad para obrar.

Conocida también con los nombres de **Calidad para obrar** o **Legitimatío ad causam**, la **Legitimidad para obrar** es una de las instituciones más sofisticadas del derecho procesal. Regularmente encierra más cosas de las que usualmente se le imputa y, en otros ámbitos, resulta conteniendo menos de lo que cotidianamente se afirma.

En realidad la **Legitimidad para obrar** es fundamentalmente un concepto lógico de relación, cuyo entendimiento es sencillo si se recuerda los conceptos de **relación jurídica sustantiva y relación jurídica procesal** ya expresados anteriormente. Así, en un proceso hay **Legitimidad para obrar** cuando las partes materiales, es decir, las conformantes de una relación jurídica sustantiva, son también las partes en la relación jurídica procesal. Apreciada de esta manera, la **Legitimidad para obrar** aparece como una institución en apariencia sencilla.

Sin embargo, su complejidad aparece cuando se

<sup>6</sup> "Art. 125.- Admisibilidad y Procedencia.- El juez declara la inadmisibilidad de un acto procesal cuando carece de un requisito de forma o este se cumple defectuosamente. Declara su improcedencia si la omisión o defecto es de un requisito de fondo".



advierde que no necesariamente es la norma de derecho material -como a veces se dice- la que prescribe con precisión entre quienes debe darse la relación jurídica sustantiva y, en consecuencia, quienes deben formar parte de la relación procesal. Regularmente estas situaciones de identificación correcta de las relaciones, tienen que ver con criterios emanados de una idea clara en torno al derecho de defensa y de otros institutos procesales, lo que terminan haciendo compleja la presencia pertinente y concreta de la **Legitimidad para obrar**.

### **Relación entre las Excepciones y los Presupuestos Procesales y las Condiciones de la acción.**

Como expresamos al inicio, los conceptos **defensa de forma y excepción** son sinónimos, en realidad cuando deducimos una excepción lo que estamos haciendo es proponiendo una defensa de forma.

Ahora bien, los conceptos antes desarrollados nos permiten introducimos -ahora sí con tranquilidad- en la esencia misma de la excepción, en su naturaleza jurídica. Allí encontramos que cuando una persona interpone una excepción en realidad lo que está haciendo es denunciar que en el proceso no existe o existe pero de manera defectuosa un Presupuesto procesal o que no existe o existe pero de manera defectuosa una Condición de la acción. Eso y no otra cosa es la excepción, su ligazón con los dos institutos antes desarrollados es indisoluble, de hecho no es posible explicar qué es la excepción sin antes no tener claro qué son los Presupuestos Procesales y que las Condiciones de la acción.

Conviene precisar que este es el criterio que ha asumido el Código Procesal Civil peruano para desarrollar la presente temática en el plano normativo. Apreciemos las excepciones reguladas en dicho ordenamiento, apuntando a precisar que instituto es el que se prevee su ausencia o insuficiencia para amparar una excepción.

### **III. EXCEPCIONES REGULADAS EN EL CODIGO PROCESAL CIVIL PERUANO.**

El artículo 446<sup>o</sup> <sup>7</sup> del Código referido contiene el listado de las excepciones que pueden ser propuestas en el nuevo ordenamiento procesal civil peruano. Expliquemos cada una:

#### **La excepción de Incompetencia.**

La excepción de **incompetencia** no requiere mayor explicación, como aparece evidente, quien la interponga está denunciando la falta de aptitud válida del juez ante quien ha sido emplazado para ejercer su función jurisdiccional en el caso concreto.

#### **La excepción de Incapacidad del demandante o de representante.**

La excepción de **Incapacidad del demandante o de su representante** como su nombre lo indica está referida directamente a la ausencia de **capacidad procesal** en el demandante o en su representante, sea porque son menores, han sido declarados incapaces o alguna otra limitación que, en opinión del demandado, les tiene cercenada su capacidad procesal. Adviértase que en el uso de esta excepción no está en debate la calidad de la representación otorgada, simple y llanamente se cuestiona que quien está actuando en el proceso -sea el demandante o su representante- no tienen **capacidad procesal**.

#### **La excepción de Representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado**

A diferencia de la anterior, está específicamente centrada en la ausencia (defecto) o en la insuficiencia (imperfección) de la representación procesal con la que está actuando alguien en nombre del demandante o, eventualmente, la que se le ha imputado al demandado, probablemente sin tenerla.

<sup>7</sup> «Art. 446.- Excepciones proponibles.- El demandado solo puede proponer las siguientes excepciones:

1. Incompetencia;
2. Incapacidad del demandante o de su representante;
3. Representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado;
4. Oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda;
5. Falta de agotamiento de la vía administrativa;
6. Falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado;
7. Litispendencia;
8. Cosa juzgada;
9. Desistimiento de la pretensión;
10. Conclusión del proceso por conciliación o transacción;
11. Caducidad;
12. Prescripción extintiva; y
13. Convenio arbitral.»

Adviértase que a diferencia de la anterior excepción, en esta el tema está precisamente centrado en la **representación procesal** y sus eventuales omisiones o imperfecciones, sea en la persona del que representa al demandante o en la imputación hecha al demandado o a quien se afirma representa a éste.

### **La excepción de Oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda.**

La excepción de **Oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda** es curiosamente una excepción de antigua data en el proceso civil peruano. Estaba consignada en la Ley de Enjuiciamiento en Materia Civil de 1852<sup>8</sup>. Ha sido recuperada dada su excepcional importancia en aquellos sistemas procesales en donde los plazos perentorios e improrrogables exigen de los litigantes una actuación clara, definida y precisa.

En el caso concreto, la excepción sirve para denunciar la incapacidad que tiene el demandado para responder a alguna de las siguientes preguntas: **¿ quién demanda ?, ¿ a quién se demanda?, ¿ qué se demanda ? o ¿ porqué se demanda?**, de manera fluida y clara.

Por otro lado, intentando ubicar el defecto incurrido para cuando esta excepción se ampare, nos parece que se trata de la afectación a los **Requisitos de la demanda**.

### **La excepción de Falta de agotamiento de la vía administrativa.**

La siguiente excepción no requiere de ninguna explicación, su nombre expresa su contenido, la excepción de **Falta de agotamiento de la vía administrativa**. Como es obvio, tiene que ver con el incumplimiento del actor en transitar por todo el recorrido que tiene el procedimiento administrativo antes de recurrir al órgano jurisdiccional. Es evidente también que estamos ante un caso clarísimo de falta de **Interés para obrar**.

### **La excepción de Falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado.**

Lo mismo ocurre con la siguiente excepción, cuando el demandado deduce la excepción de **falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado**, lo que está haciendo es afirmar o que el demandante no es el titular de la pretensión que

está intentando o que, en todo caso, no es el único que debería hacerlo sino en compañía de otro u otros, o que él (eldemandado) no debería ser el emplazado dado que la pretensión intentada en su contra le es absolutamente ajena o, en todo caso, que no es el único que debería haber sido demandado.

### **La excepción de Litispendencia.**

La excepción de **Litispendencia** es exactamente la misma que teníamos regulada en el Código derogado con el nombre de **Pleito pendiente**. Como su nombre lo indica, se trata de la alegación en el sentido que entre las mismas partes y con el mismo interés para obrar, se está discutiendo el mismo petitorio en otro proceso.

Lo que pretende el demandado es que este nuevo proceso quede sin efecto, dado que el demandante está haciendo valer su **Interés para obrar** en otro proceso iniciado con anticipación.

### **La excepción de Cosa Juzgada.**

La excepción de **Cosa Juzgada** tampoco requiere un desarrollo especial. La función jurisdiccional manifiesta su máxima importancia en el hecho que las decisiones que en su interior se concreten, pretenden ser definitivas y últimas, es decir, buscan acabar para siempre con el conflicto de intereses.

Por un lado, esta definitividad se expresa en el hecho que no se puede discutir jamás ante un órgano jurisdiccional una decisión dada por éste y, por otro, en que lo expresado en el fallo judicial antes obtenido debe cumplirse en los términos del propio mandato.

Para terminar, esta excepción lo que permite al demandado es denunciar que el **Interés para obrar** del demandante ya no existe, dado que lo hizo valer en el anterior proceso, en donde quedó totalmente agotado al haberse expedido un pronunciamiento definitivo sobre el fondo de la controversia.

### **La excepción de Desistimiento de la pretensión.**

Algo parecido ocurre con la siguiente excepción, la denominada **Desistimiento de la pretensión**. Con ella el demandado manifiesta al juez que el demandante -antes del actual proceso-, inició otro en el cual decidió renunciar definitivamente a continuar haciendo uso del órgano jurisdiccional contra

<sup>8</sup> «Art. 628.- La de oscuridad de la demanda se admite cuando en ella no se han llenado los requisitos que prescribe el Título I, sección 3, libro 2 de este Código, o cuando está concebida en términos oscuros, ambiguos o contradictorios.»

el mismo demandado y sobre la misma pretensión. Por esta razón, atendiendo a una declaración expresa de renunciabilidad definitiva de su pretensión, el demandante -en opinión del excepcionante- no puede iniciar otra demanda contra él, precisamente porque ya no tiene **Interés para obrar**, ya lo agotó en el anterior proceso en el cual se desistió de su pretensión.

#### **La excepción de Conclusión del proceso por conciliación o transacción.**

Por exactamente las mismas razones expresadas en las dos excepciones anteriores, es decir la falta de **Interés para obrar**, el demandado también puede deducir excepciones alegando que en un anterior proceso llegó con el demandante a un acuerdo en el cual, ante un órgano jurisdiccional, aceptaron la propuesta de acuerdo que este -el órgano jurisdiccional- les hizo, es decir, **conciliaron**; o que antes del proceso o durante el transcurso de uno anterior, llegó con el demandante a un acuerdo sobre sus diferencias patrimoniales, otorgándose ambos concesiones recíprocas, es decir, **transigiendo**. Como es evidente, si alguna de las dos situaciones antes descritas se producen no queda duda que no puede iniciarse otro proceso para discutirse las pretensiones que fueron **conciliadas o transigidas**.

#### **La excepción Caducidad.**

Como se describió anteriormente, en una demanda hay cuando menos una pretensión, es decir, una manifestación de voluntad por la que alguien exige algo a otra. Por cierto, para que tal pretensión pueda estar contenida en una demanda judicial, es necesario que tenga como fundamento un derecho reconocido en el sistema jurídico.

La caducidad es una institución del derecho material referida a actos, instituciones o derechos, siendo en este último caso de uso más común e interesante para el proceso. Se caracteriza porque extingue el derecho material como consecuencia del transcurso del tiempo. Si se ha interpuesto una demanda cuya pretensión está sustentada en un derecho que ha devenido en caduco, entonces la pretensión en estricto no tiene fundamento jurídico por lo que ya no puede ser intentada. Esta situación es tan categórica para el proceso que el nuevo Código le concede al juez el derecho de declarar la

caducidad y la consecuente improcedencia de la demanda, si aparece del sólo examen de ésta al momento de su calificación inicial. Así mismo, el demandado que considere que el efecto letal del tiempo ha destruido el derecho que sustenta la pretensión dirigida en su contra, puede pedir la declaración de **caducidad en sede de excepción**.

#### **La excepción de Prescripción extintiva.**

También ligada al efecto fatal del tiempo en el derecho, esta regulada la excepción de **Prescripción extintiva**. Sin embargo, a diferencia de la caducidad aplicable a los derechos materiales y por consecuencia lógica a la pretensión que se sustente en ellos, la **prescripción extintiva** destruye la pretensión, es decir la posibilidad de exigir judicialmente algo sustentado en un determinado derecho, sin afectar a éste. Por razones que tienen que ver en una tradición jurídica mal entendida de la que aún no nos sacudimos, la prescripción extintiva y sus plazos están regulados en la norma material a pesar que por su naturaleza jurídica y eficacia se trata sin duda de una institución propia del derecho procesal.

Al igual que la caducidad, en el caso de la **Prescripción extintiva** lo que en el fondo el demandante alega es la ausencia de **Interés para obrar**, es decir, de necesidad de tutela jurídica en el demandante, dado que el derecho le concedió un plazo para que exija la satisfacción de su pretensión, se presume que vencido éste, ha desaparecido el interés en satisfacer judicialmente su pretensión, por lo que el demandado está en aptitud de pedirle al juez tal declaración.

#### **La excepción de Convenio arbitral.**

Las partes en una relación jurídica pueden decidir someter las futuras controversias que pudieran derivarse de ésta, al conocimiento y decisión de uno o más árbitros. Incluso pueden convenir el respectivo sometimiento cuando la controversia ya se ha presentado -es decir, cuando ya hay una relación jurídica sustantiva-, aún más, pueden hacerlo cuando ya se encuentran litigando, es decir, cuando además ya hay una relación jurídica procesal. Este acuerdo recibe el nombre de **Convenio arbitral**, y con tal nombre está regulado en el artículo 4º de la novísima Ley General de Arbitraje. Dado

º «Art. 4.- Por el convenio arbitral las partes someten al conocimiento y decisión de uno o más árbitros la solución de las controversias que en el futuro puedan surgir entre ellas como consecuencia de un contrato o de otras relaciones jurídicas identificadas, o las controversias ya existentes y determinadas, sean o no materia de un proceso.

El convenio arbitral obliga a las partes y a sus sucesores a la realización de cuantos actos sean necesarios para que pueda tener plenitud de efectos y sea cumplido el laudo arbitral. El convenio puede estimular sanciones para la parte que incumpla cualquier acto indispensable para la eficacia del convenio, establecer garantías para asegurar el cumplimiento del laudo arbitral, así como otorgar facultades especiales a los árbitros para la ejecución del laudo en rebeldía de la parte obligada.»

que el citado **convenio** obliga a quienes lo acuerdan, una vez establecido no se puede renunciar a él y recurrir al órgano jurisdiccional a que resuelva el conflicto. Si así se hiciera, el demandado puede con éxito interponer la excepción de **Convenio arbitral**, reclamando que lo convenido en él es lo que hay que realizar para solucionar el conflicto y que en ningún caso es la vía judicial la pertinente.

### Trámite de las excepciones en el Código Procesal Civil.

Resultaba indispensable que el nuevo Código eliminara las falencias que presentaba el derogado en la materia. Por esta razón, advertimos como primera diferencia saltante que -como en todos los plazos previstos por el Código - el referido a la interposición de excepciones tiene el carácter de fatal, es decir, que transcurrido éste ya no hay posibilidad de presentarlas.

Otro tema congruo con el tratamiento que el nuevo Código le impone a todas las peticiones que se hagan valer en el proceso, es que con su interposición deben anexarse todos los medios probatorios que lo sustenten, no existiendo otro momento procesal para tal encargo. Es exactamente lo que le ocurre también al demandante cuando contesta la excepción, es en ese momento cuando debe anexar sus medios probatorios, de lo contrario su admisión será negada por extemporánea.

Por otro lado, recogiendo las bondades de la última reforma que recibió el Código derogado en la materia, las excepciones se tramitan en cuaderno separado, es decir, sin afectar la tramitación del proceso principal y, por cierto, sin suspenderlo. Asimismo, de proponerse más de una, se hace en forma conjunta.

Es trascendente el trámite sumario que se le concede a este cuaderno. Así, acreditando la calidad de **director del proceso** del juez nacional, el nuevo Código le concede la facultad de pres-

cindir de la actuación de los medios probatorios en decisión inimpugnable, si considera que la excepción o excepciones son infundadas, procediendo de inmediato a declarar **saneado el proceso**, por cierto una vez revisado los otros aspectos de la relación procesal no cuestionados en la(s) excepción(es) deducida(s).

Adviértase que la norma no declara inimpugnable la resolución que declara infundada la excepción, sino a aquella que decide prescindir de la actuación de los medios probatorios.

Sin embargo, si decide que es necesaria la actuación de los medios probatorios, cita a una audiencia denominada de **saneamiento procesal**. En ella, una vez actuados los medios probatorios que a criterio del juez son necesarios para resolver la excepción o excepciones, éste escucha los informes orales de los abogados y luego resuelve.

Si declara infundadas las excepciones interpuestas, revisa además todos los otros aspectos de la relación procesal y, de encontrarlos correctos, declara el **saneamiento del proceso**. En caso contrario, es decir, de fundar una excepción, resuelve atendiendo a los efectos que produce aquella que ampara. Por cierto, de encontrar defectos distintos a los denunciados en las excepciones, opta por conceder un plazo para que sean subsanados o declara nulo lo actuado y concluido el proceso, si el vicio así lo determina. Todos estos actos los realiza el juez en la misma audiencia, por cierto hacia el final de ésta.

Atendiendo a la complejidad jurídica de la excepción deducida, el juez puede reservarse la decisión respecto de la excepción por un plazo que no excederá de cinco días, contado desde el día que concluyó la audiencia.

### Efectos de las excepciones en caso de ser amparadas.

El Código recoge en un artículo <sup>10</sup> las consecuencias

<sup>10</sup> «Art. 451.- Efectos de las excepciones.- Una vez consentido o ejecutoriado el auto que declara fundada alguna de las excepciones enumeradas en el artículo 466, el cuaderno de excepciones se agrega al principal y produce los efectos siguientes:  
1. Suspender el proceso hasta que el demandante incapaz comparezca, legalmente asistido o representado, dentro del plazo que fijará el auto resolutorio, si se trata de la excepción de incapacidad del demandante o de su representante.  
2. Suspender el proceso hasta que se subsane el defecto o la insuficiencia de representación del demandante dentro del plazo que fijará el auto resolutorio.  
3. Suspender el proceso hasta que el demandante subsane los defectos señalados en el auto resolutorio y dentro del plazo que este fije, si se trata de excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda.  
4. Suspender el proceso hasta que el demandante establezca la relación entre las personas que el auto resolutorio ordene y dentro del plazo que este fije, si se trata de la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado.  
Vencidos los plazos a los que se refieren los incisos anteriores sin que se cumpla con lo ordenado, se declarará la nulidad de lo actuado y la conclusión del proceso.  
5. Anular lo actuado y dar por concluido el proceso, si se trata de las excepciones de incompetencia, representación insuficiencia del demandado, falta de agotamiento de la vía administrativa, falta de legitimidad para obrar del demandante, litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión, conciliación del proceso por conciliación o transacción, caducidad, prescripción extintiva o convenio arbitral.»

que produce cada una de las excepciones en caso de ser amparadas. Es decir, se trata de un criterio clasificatorio de las excepciones por el efecto, en caso sean declaradas fundadas.

Del análisis de este criterio se advierte que las excepciones pueden ser **dilatorias o perentorias**. En realidad como lo fueron siempre, aún cuando esta vez el contenido de los conceptos es radicalmente distinto. No olvidemos que en el proceso civil peruano derogado se decía que las excepciones eran dilatorias o perentorias según el plazo que se tenía para interponerlas, o según se tramitaran dentro del principal o en cuaderno separado.

Hoy, reivindicando la acepción literal, una excepción será **dilatoria** cuando al ser amparada determine que el juez - en la misma resolución en que funda la excepción - le conceda al demandante un plazo para que subsane el defecto advertido en la excepción interpuesta.

Es el caso, por ejemplo, de las excepciones de representación defectuosa o insuficiente del demandante o la de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda. Por cierto, si venciera el plazo concedido sin que se subsane el defecto advertido, el juez declarará la nulidad de lo actuado y la conclusión del proceso.

Por otro lado, las excepciones serán **perentorias** cuando al ser amparadas producen el efecto de dar por concluido el proceso. Sin embargo, estas excepciones con efecto **perentorio** admiten una subclasificación. Así, serán **perentorias simples** cuando sólo afectan el curso del proceso en donde han sido amparadas, pero no tocan siquiera la pretensión del demandante, quien podrá intentarla nuevamente en un nuevo proceso en donde no cometerá el error que le costó la conclusión del anterior. Es el caso de las excepciones de incompetencia, representación defectuosa del demandado, falta de agotamiento de la vía administrativa, entre otras.

Las excepciones **perentorias complejas**, al igual que las simples, acaban con el proceso en donde han sido amparadas, sin embargo, en el caso de éstas, adicionalmente ratifican la imposibilidad jurídica de que el demandante pueda intentar exigir la misma pretensión contra el mismo demandado en otro proceso. No es que las **perentorias complejas** afecten la pretensión, lo que pasa

es que ésta ya se vio afectada antes del amparo de la excepción, lo que ocurre es que al declararse fundada una perentoria compleja se hace evidente, por así decirlo, la afectación definitiva de la pretensión. Este es el caso de las excepciones de desistimiento de la pretensión, cosa juzgada, conclusión por conciliación o transacción, entre otras.

#### IV. A MANERA DE CONCLUSION.

La excepción ha tenido un recorrido histórico sinuoso, unas veces ha representado el núcleo de las defensas, se decía que excepcionar era oponerse a la acción; en otras su importancia fue advertencia, dependía de la existencia de una norma de derecho material que la sostuviera.

Creemos que ni uno ni otro extremo es el correcto, la excepción - como se ha advertido - no es otra cosa que una de las formas que toma el derecho de defensa. En el nuevo panorama del derecho procesal civil peruano, tiene por objeto conceder al demandado el derecho de complementar las agudas observaciones que el juez nacional realiza al calificar la admisión de la demanda y posteriormente, al estudiar el caso para la declaración de saneamiento del proceso.

Al demandado le interesa que la relación procesal que el demandante quiere establecer con él sea correcta, válida. Las excepciones son los instrumentos a través de los cuales este denuncia que tal relación es errónea. No hace mucho, la excepción era sólo un medio para «**aluengar el pleyto**» como se decía en **Las Partidas**.

Nos parece que el tratamiento que el nuevo Código le concede a las excepciones elimina su uso malicioso. Incluso todo el sistema de costos, costas y multas que para su trámite se regulan<sup>11</sup>, desalienta el uso irregular en provecho de una lealtad y buena fe procesal necesaria para el nuevo modelo de proceso al que el Código aspira.

Finalmente, no olvidemos que el proceso no es un fin en sí mismo, es sólo un instrumento de los derechos materiales, en realidad desde una perspectiva más amplia podríamos decir que es sólo un **instrumento de paz**. Siendo así, su conocimiento, aplicación y fines deben estar encaminados a ayudar al hombre a resolver de manera pronta y justa sus conflictos y no a sufrir el drama de envejecer teniéndolo como una compañía fatal.

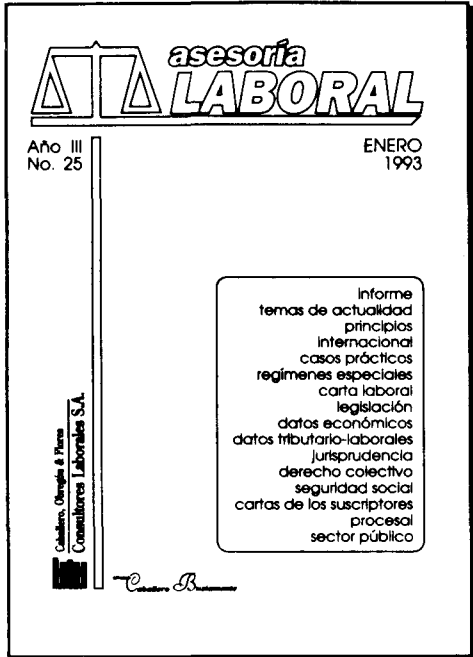
<sup>11</sup> «Art. 457.- Costas, costos y multas de las excepciones y defensas previas serán de cargo de la parte vencida. Adicionalmente y atendiendo a la manifiesta falta de fundamento, el juez puede condenarla al pago de una multa no menor de tres ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal.»



Caballero, Obregón & Flores  
Consultores Laborales S.A.

ESTUDIO *Caballero Bustamante*

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

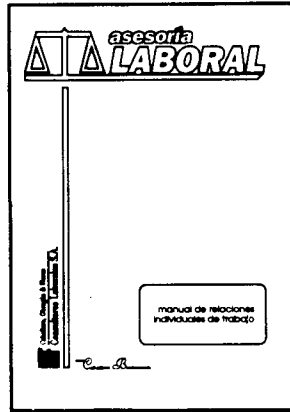


### La revista especializada más completa en su género

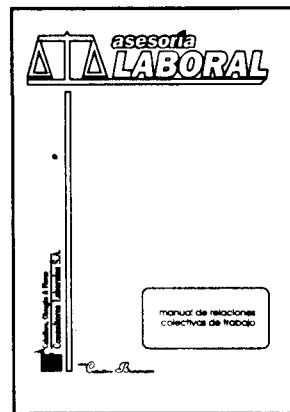
La suscripción anual (12 números de enero a diciembre) le otorga los beneficios adicionales siguientes:

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

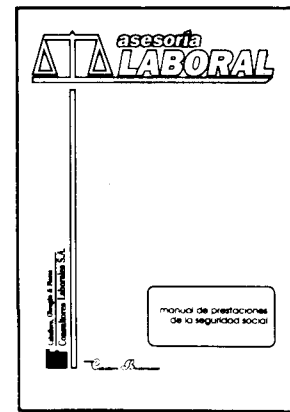
**"Ya salió Manual sobre AFP"**



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



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



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

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

# EL DERECHO DE RETENCION POR MEJORAS: UNA APROXIMACION A LA LOGICA DEL CODIGO PROCESAL CIVIL

Grupo de Investigación de THĒMIS\*

*“Vivimos, por fin, la época del proceso concebido como un servidor de valores y fines, y no como mero instrumento para la aplicación insensible de lo que a veces, es sólo la norma aparentemente regulatoria del caso.”*

*Peyrano & Chiappini*

## I. INTRODUCCION.

La reciente puesta en vigencia del nuevo Código Procesal Civil peruano abre el camino para la investigación de un campo que durante los últimos años ha permanecido particularmente marginado en nuestro medio: el Derecho Procesal Civil.

Hemos partido de la elección de un tema específico -virtualmente al azar- a fin de tratar de comprender la lógica detrás de la normatividad procesal derogada y apreciar las virtudes e inconvenientes en su aplicación cotidiana. Con estas apreciaciones en mente, intentamos desarrollar un ejercicio similar respecto del trato que nos ofrece el nuevo Código Procesal de la misma institución, a fin de corroborar si el nuevo ordenamiento procesal tiene mayores virtudes que el derogado. Para ello ha sido menester desarrollar previamente algunos conceptos civiles necesarios para comprender las instituciones objeto de análisis. Ello no ha resultado ser una tarea fácil, pues en el camino nos hemos encontrado con dificultades puesto que vamos descubriendo lo criticable que resultan algunas opciones legislativas de nuestro Código Civil, las cuales no hemos podido dejar de señalar.

El presente trabajo no pretende atribuirse mayores méritos que los que son producto del simple deseo por estudiar un tema específico dentro del nuevo

*Una de las mayores motivaciones de la reforma procesal civil ha sido, sin duda, la modificación de una serie de inconductas que se suscitaban en la aplicación diaria del antiguo ordenamiento procesal. Es evidente que la lógica del Código de Procedimientos Civiles no era la de fomentar la mala fe de los litigantes, pero los vacíos y defectos de sus normas se convirtieron prontamente en el instrumento perfecto para que naciera una práctica común en nuestro medio: la dilación innecesaria de los procesos.*

*En mucho, los principios que orientan el nuevo Código Procesal corresponden a la justa reacción contra la mala fe. El presente artículo, elaborado por miembros de nuestra revista, constituye a la vez, el análisis de una figura específica del nuevo Código, y una muestra de cómo los principios de moralidad, celeridad y economía procesal atraviesan todas sus instituciones. El trabajo formula una aproximación bastante interesante respecto de la regulación de mejoras en el Código Civil y desemboca en el análisis del derecho de retención y la forma de ejercerlo judicialmente en la actualidad, por lo que su lectura resultara de gran ayuda para los operadores del nuevo Derecho Procesal Civil peruano.*

\* Cristina Rey Montes, Sara Sotelo Aguilar y Carlos Patrón Salinas (alumnos del tercer, octavo y sexto ciclo, respectivamente, de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú).



Código Procesal a fin de descubrir en esta tarea, la racionalidad y los objetivos que éste lleva ínsito.

## II. CONCEPTOS PRELIMINARES.

### A. Las mejoras:

La institución de *las mejoras* ha venido normándose en nuestro país desde el Código Civil de 1852. El mencionado Código regulaba las mejoras en el título de Locación Conducción, dentro del libro de Los Contratos Consensuales<sup>1</sup>. En el Código Civil de 1936 - antecedente inmediato de nuestro Código Civil vigente- se consagraba el derecho de los poseedores a que se les reembolse el valor de las mejoras que habían efectuado, en el Libro de los Derechos Reales<sup>2</sup>, pero se regulaban algunos aspectos de este derecho bajo el Contrato de Locación - Conducción<sup>3</sup>, llevando a la necesidad de aplicar analógicamente esta regulación a los demás casos donde existía la obligación de restituir un bien (o incluso ciertas obligaciones de dar). Con mejor sistemática, en el Código Civil de 1984 se legislan ambos temas bajo el mismo título en el Libro V de los Derechos Reales<sup>4</sup>, aplicables a todos los casos de poseedores con la obligación de restituir un bien, salvo norma específica de cada figura típica. Cabe resaltar que, a pesar de la sucesión de normativa, en varios aspectos, la regulación de las mejoras ha permanecido sustancialmente idéntica. Nuestra legislación civil vigente no contiene una definición de lo que es una mejora -repitiéndose así la omisión de nuestro anteriores Códigos-, por lo que debemos recurrir a la doctrina. El sector predominante de ésta última define la mejora como "...toda aquella modificación material de la cosa que signifique un aumento de valor..."<sup>5</sup> en ella. A fin de evitar el enriquecimiento indebido del propietario del bien en que se efectúan las mejoras, y el correspondiente detrimento patrimonial del poseedor, la ley le impone al primero la obligación de reembolsar el valor *actual* de las mejoras que hubiese efectuado el segundo<sup>6</sup>. En otras palabras cuando un poseedor efectúa mejoras en un bien

de propiedad de otra persona, se genera un crédito a favor del primero, crédito que por ley debe ser pagado a fin de evitar el enriquecimiento indebido del propietario y el desmedro patrimonial del poseedor.

Respecto a qué debemos entender por el valor *actual* de las mejoras, surge la discusión de si éste es el monto del gasto efectuado con sus correspondientes intereses o si se trata más bien de la diferencia entre el valor del bien con las mejoras efectuadas, con el valor del mismo si no se hubiesen realizado. A modo de ejemplo, supongamos que en un bien que vale 100 se efectúan mejoras, el poseedor ha gastado 10 y el valor en el mercado del bien ha aumentado en 30. Si consideramos que el valor *actual* es el monto del gasto efectuado, al poseedor se le deberá reembolsar 10 más sus intereses (digamos por ejemplo 2). Adoptando la segunda posición se le deberá reembolsar 30. En el primer caso, los intereses deberían reflejar realmente la pérdida del valor adquisitivo del dinero gastado, por lo que no habría detrimento en la esfera patrimonial de poseedor, pero el propietario se enriquece en 18; en el segundo, el propietario no se enriquece ni el poseedor se empobrece, pero se le reembolsa a este último 18 en exceso. Dado que los intereses, en nuestro medio, rara vez reflejan la pérdida real del valor adquisitivo del dinero, consideramos que reembolsar la diferencia del aumento en el valor del bien, cumple mejor la función de evitar el enriquecimiento indebido del propietario, a la vez que evita el empobrecimiento del poseedor. Si bien se podría dar que el poseedor sea finalmente reembolsado en exceso, esto se fundamentaría en una opción por proteger al poseedor, a fin de que no se le cause desmedro patrimonial si los intereses, en nuestra realidad, no reflejan la pérdida del poder adquisitivo del dinero. En el caso opuesto de que las modificaciones realizadas en el bien, disminuyan el valor del mismo, por definición no estaríamos ante un caso de mejoras, sino ante un caso de responsabilidad civil donde el poseedor tendría que indemnizar al propietario.

<sup>1</sup> Artículos 1615 al 1634 del Código Civil de 1852.

<sup>2</sup> Artículo 835 y ss. del Código Civil de 1936.

<sup>3</sup> Artículo 1538 del Código Civil de 1936.

<sup>4</sup> Artículo 916 y ss. del Código Civil de 1984.

<sup>5</sup> CAZEAUX, Pedro y TRIGO REPRESAS, Felix. Compendio de Derecho de las Obligaciones. T.I. La Plata: Ed. Platenses, 1986, p.512.

<sup>6</sup> "Artículo 917.- El poseedor tiene derecho al valor actual de las mejoras necesarias y útiles que existan al momento de la restitución y a retirar las de recreo que puedan separarse sin daño, salvo que el dueño opte por pagar su valor actual. La regla del párrafo anterior no es aplicable a las mejoras hechas después de la citación judicial sino cuando se trata de las necesarias."

Como hemos visto, la regla del artículo 917 de nuestro Código Civil es que el poseedor tiene derecho a que se le reembolse el valor actual de las mejoras necesarias y útiles que existan *al momento de la restitución del bien*. Por la manera en que se encuentra redactada esta norma, da la impresión de que con ella el legislador ha intentado regular la oportunidad para exigir el reembolso de las mejoras (sólo al momento de la restitución). Esto no es del todo cierto. Como veremos más adelante en el presente trabajo, consideramos que las mejoras pueden exigirse incluso antes de que el poseedor se encuentre en la obligación de restituir el bien. Por el contrario, consideramos que esta norma tan solo intenta limitar el derecho que tiene el poseedor a que se le reembolsen las mejoras que ha efectuado. El artículo bajo comentario busca dejar establecido, que el poseedor no tendrá derecho al reembolso de las mejoras útiles si ha sido emplazado judicialmente para restituir el bien (artículo 917 segundo párrafo) por las razones expuestas mas adelante.

De lo visto hasta el momento, cabría preguntarse si el poseedor tiene derecho a que se le reembolsen todas las modificaciones efectuadas en el bien. Naturalmente, deben tratarse de modificaciones que aumenten el valor del bien. Siendo este el criterio para reembolsar las mejoras por el cual ha optado el legislador, resulta cuestionable que se haya mantenido la clasificación tradicional de las mejoras en *necesarias, útiles y de recreo* (clasificación que permanece inalterada desde el Código Civil de 1852) <sup>7</sup>. Detrás de esta clasificación no encontramos un criterio uniforme para distinguir las mejoras, *sino hasta tres de ellos*.

Se define a la mejora necesaria como aquella que tiene por objeto impedir la destrucción o deterioro del bien, la útil como aquella que sin ser necesaria aumenta el valor del bien y la de recreo como aquella que sin ser de alguna de las categorías anterior-

res, es de comodidad, ornato o lucimiento <sup>8</sup>. Salta a la vista lo reiterativa que resulta ser la definición de mejoras útiles, pues por definición toda mejora implica un aumento en el valor del bien. Así pues, tendríamos que preguntarnos qué mejora de recreo, si decimos que son mejoras, no aumentan el valor del bien. Vemos pues un criterio de conservación del bien detrás de las mejoras necesarias, un criterio reiterativo de naturaleza económica detrás de las mejoras útiles y por último un criterio de suntuosidad y de lujo detrás de las mejoras de recreo. En caso de que estas últimas -las de recreo- pudiesen ser desprendidas del bien sin causarle ningún menoscabo, no procedería su reembolso puesto que al retirarse del bien el valor de este último no se verá aumentado. La separabilidad a la que nos referimos es una de carácter funcional, esto es, en el sentido que el realizarla no ocasione deterioro alguno al bien, y no a una de carácter fáctico pues así toda mejora sería separable. En el supuesto que las mejoras de recreo no se puedan separar del bien, se le da al propietario la potestad de optar entre pagar el valor de la mejora o quedarse con ella sin pagar, produciéndose así su enriquecimiento -que originalmente buscábamos evitar- a costa del poseedor que ha realizado una mejora de recreo. La razón que justifica esta opción -bastante cuestionable, por cierto- es la naturaleza suntuosa de las mejoras de recreo. Cabe resaltar que el Código Civil establece que el poseedor perderá el derecho de separación una vez restituido el bien <sup>9</sup>.

En cuanto a las mejoras necesarias, debido a su propósito de conservación del bien pueden confundirse con los deberes y gastos de conservación nacidos de una relación obligatoria de restitución (incluso en ciertas obligaciones de dar un bien), y merecen un estudio posterior por exceder del alcance del presente trabajo. <sup>10</sup>

Respecto a nuestra legislación sobre mejoras, cabe

<sup>7</sup> C.C. de 1852 "Artículo 1616.- Las mejoras son necesarias, cuando tiene por objeto impedir la destrucción ó el deterioro de la cosa. Son útiles cuando, sin pertenecer a la clase de necesarias, aumentan el valor y renta de la cosa en que se ponen; Y son de recreo cuando, sin ser necesarias ni útiles, sirven para ornato, lucimiento o mayor comodidad."

<sup>8</sup> Código Civil de 1984 "Artículo 916.- Las mejoras son necesarias, cuando tienen por objeto impedir la destrucción o el deterioro del bien.  
Son útiles, las que sin pertenecer a la categoría de las necesarias aumentan el valor y la renta del bien.  
Son de recreo, cuando sin ser necesarias ni útiles, sirven para ornato, lucimiento, o mayor comodidad."

<sup>9</sup> "Artículo 919.- Restituido el bien, se pierde el derecho de separación, y transcurridos dos meses prescribe la acción de reembolso."

<sup>10</sup> Consideramos conveniente que la clasificación de las mejoras se base en un único criterio que podría ser el de conservación del bien, debido a que todo poseedor de un bien ajeno se encuentra en la obligación de mantener a éste en el mismo estado en que lo recibió o encontró salvo el deterioro normal por el paso del tiempo. Así, proponemos la clasificación de las mejoras en necesarias cuando tienden a la conservación del bien e innecesarias cuando no, estas últimas no tendrían que ser reembolsadas si su separación no causara detrimento en el bien. Dentro de esta clasificación, no podríamos considerar mejoras a aquellas reparaciones relacionadas con el cuidado diligente del bien (limpieza, mantenimiento, etc.). No siendo relevante para los efectos del presente trabajo, pero si un tema que merece trabajarse, intentaremos desarrollar estas ideas en un futuro trabajo.

mencionar que el legislador del Código Civil, a diferencia de otras legislaciones como por ejemplo la española, no distingue el derecho todo poseedor sea éste legítimo o ilegítimo, de buena o mala fe, para ser reembolsado por las mejoras que hubiese efectuado. Sin embargo, aquel poseedor que es citado judicialmente para que restituya el bien, pierde el derecho a que se le reembolsen las mejoras útiles y de recreo que introduzca con posterioridad a dicha citación <sup>11</sup>, dado que desde ese momento ningún poseedor tendría buena fe. Podríamos considerar que el Código Civil, en este supuesto específico, limita el derecho de todo poseedor a *ser reembolsado de las mejoras que ha efectuado* dado que no tienen buena fe.

Finalmente, a fin de garantizar el crédito que el poseedor tiene frente al propietario por concepto de mejoras, el Código Civil le otorga el derecho de retención <sup>12</sup>. Antes de pasar a estudiar esta última institución, cabe resaltar que la jurisprudencia nacional ha interpretado que el poseedor sólo tendrá derecho al pago de mejoras cuando exista una sentencia consentida o ejecutoriada que condene al pago de la misma <sup>13</sup>. Si bien puede resultar cuestionable esta posición jurisprudencial, para efectos del presente trabajo la asumiremos como válida.

## B. El derecho de retención.

El derecho de retención es aquel otorgado por la ley, a aquella persona que posee un bien por otro, que le permite a ésta rehusar entregar el mismo a su propietario o a la persona a la que le es debida la entrega -manteniéndonos así legítimamente en posesión del mismo- hasta que se le pague o garantice un crédito generado a su favor. El crédito garantizado con esta facultad de retención debe guardar conexión con el bien retenido, como veremos después.

Tradicionalmente se ha entendido que el derecho de retención implica conceder a un acreedor el derecho a ejercer un acto de justicia privada, es decir hacer justicia por su propia mano. Sin embargo, algunos autores sostienen por el contrario que el ejercicio del derecho de retención por un acreedor

no constituye un acto de justicia "... pues no satisface el crédito del retenedor ni impide definitivamente la entrega de la cosa debida al deudor reclamante. Sólo cautela el crédito del retenedor."<sup>14</sup>.

Es así, que incluso afirman que se trataría de "...una garantía natural y pasiva, pero la mejor que un acreedor quirografario pueda obtener para su crédito."<sup>15</sup>, debido a que no cuenta con otra garantía que lo cautele y le asegure la satisfacción del mismo; he ahí su importancia.

Para efectos del presente trabajo, asumiremos que *el derecho de retención es en sí una facultad legal*, un mecanismo que se le otorga al poseedor de un bien para presionar a su deudor (propietario del bien o persona a la que se le es debida su entrega), negándose a devolverle el bien retenido, hasta que su deudor le pague o le garantice que lo va a hacer.

En otras palabras, asumiremos que el derecho de retención es otorgado por la ley a fin de cautelar el crédito debido al retenedor, otorgándole un mecanismo de presión legítimo con el objetivo de que su deudor cumpla con satisfacerlo.

Nuestro Código Civil al recoger esta figura lo hace en el Libro V de los Derechos Reales, como un derecho real de garantía <sup>16</sup>. Varios autores cuestionan este tratamiento legislativo dado que la institución estudiada no comparte todas las características esenciales de los derechos reales de garantía <sup>17</sup>. En tal sentido, nuestra legislación define al derecho de retención como aquel por el cual *un acreedor retiene en su poder el bien de su deudor si su crédito no está suficientemente garantizado. Este derecho procede en los casos que establece la ley o cuando haya conexión entre el crédito y el bien que se retiene*. Como vemos, el crédito "garantizado" con el derecho de retención debe estar vinculado con el bien objeto de la retención, no procediendo su constitución para satisfacer créditos con distinto origen salvo que la ley expresamente lo permita. Consideramos que esta conexión debe guardarse entre el motivo por el cual se entra a poseer el bien y el crédito insatisfecho que se busca cautelar.

<sup>11</sup> Artículo 917 segundo párrafo del Código Civil.

<sup>12</sup> "Artículo 918.- En los casos en que el poseedor debe ser reembolsado de mejoras, tiene el derecho de retención."

<sup>13</sup> Ver Ejecutoria Suprema del 03.02.92 en: Normas Legales, Tomo 203, Abril de 1993, p.378.

<sup>14</sup> LEIVA FERNANDEZ, Luis. El Derecho de Retención: Caracterización, Efectos, Requisitos, Teoría General, Retención Irregular Anómala. Buenos Aires: Asrea, 1981, p.112.

<sup>15</sup> Ibid., p. 115.

<sup>16</sup> Artículo 1123 y ss. del Código Civil.

El ejemplo clásico de conexión entre el bien retenido y el crédito que se busca "garantizar" es el de la persona que lleva su automóvil averiado a un taller de reparaciones mecánicas para la revisión y el mantenimiento del caso. El mecánico entra así en posesión legítima del bien y se genera un crédito a su favor por sus servicios. Si una vez reparado el automóvil, el propietario se negara al pago convenido por los servicios efectuados, el mecánico podría negarse a entregar el bien, manteniéndole legítimamente en su posesión, en tanto el propietario no le pague o le garantice suficientemente que pagará.

Cabe resaltar que la existencia de garantías convencionales no excluye la posibilidad de ejercer el derecho de retención si el crédito no se encuentra lo suficientemente garantizado. Vemos pues, que en el ejemplo el crédito originado a favor del mecánico está íntimamente relacionado con el automóvil, objeto de las reparaciones, que está reteniendo: existe *conexidad* entre el bien retenido y el origen del crédito. Si bien el acreedor no podrá ejecutar el bien, ni adquirir la propiedad del mismo para hacerse cobro de su crédito -todo pacto en contrario es nulo por disposición legal expresa<sup>18</sup>-, ahora contará con un mecanismo de presión sobre su deudor a fin de que se le pague o garantice suficientemente su crédito.

De lo expuesto hasta el momento, podemos deducir varios requisitos necesarios para que se configure el derecho de retención:

- a) Que el acreedor se encuentre en posesión inmediata del bien.
- b) La existencia de un crédito cierto y exigible a favor del poseedor inmediato del bien, esto es, que se haya originado en razón de éste.
- c) El crédito no debe estar *suficientemente* garantizado.

Por otro lado, un ejemplo en donde procede ejercitar el derecho de retención por disposición legal

expresa, a pesar de que no existe conexidad entre el bien retenido y el crédito que se busca cautelar, es en el caso de las mejoras. Como vimos anteriormente al tratar el tema de las mejoras, el artículo 918 del Código Civil le otorga el derecho de retención a todo poseedor que tiene derecho a ser reembolsado por mejoras. Observamos que el motivo por el cual se puede entrar a poseer un bien puede ser de diversa índole (invasor, arrendador, usufructuario, etc.) pero el crédito generado no guarda conexión con este motivo, sino que aquel siempre será por concepto de las mejoras que el poseedor haya efectuado en el bien. Al igual que en el caso anterior, retener el bien, puede convertirse en un arma eficaz para lograr que el deudor a quien se está reteniendo el bien, cumpla con pagarle.

Dado que en este segundo caso, el derecho de retención se ha configurado por disposición expresa de la ley, no será necesario que se cumplan todos los requisitos que anteriormente señalásemos.

Gramaticalmente, retener significa "conservar, guardar o detener una cosa"<sup>19</sup>. De esta definición podemos deducir los deberes del retenedor, los cuales no están expresamente contemplados en el articulado de nuestro Código Civil. Estos deberes son en todo caso similares a los de otras figuras típicas en las cuales encontramos la obligación de entregar o restituir un bien a otra persona. Cabe resaltar que por su naturaleza de garantía de origen legal, y no de un título que justifique el aprovechamiento del bien, la retención se agotaría en el mantenimiento de la situación de hecho de la posesión, no pudiendo el retenedor hacer uso del bien o apoderarse de los frutos que genere el mismo.

Hasta el momento hemos visto las características principales del derecho de retención, cabiendo ahora preguntarnos sobre los efectos de la retención frente a terceros. Sobre el particular, nuestro ordenamiento civil reconoce la oponibilidad del derecho de retención a terceros, en el caso de inmuebles inscritos la oponibilidad se produce sólo desde el

<sup>17</sup> Ver LOHMANN LUCAS DE TENA, Guillermo. El Derecho Civil. Lima: Universidad de Lima, 1981, pp.169-171.

Dentro de esta línea, Lohmann sostiene entre otras diferencias:

- que el derecho de retención se constituye sin requerir un acto de voluntad positivo y conforme, del propietario o de quien se encuentra facultado para gravar el bien, pudiendo constituirse incluso contra su voluntad.

- que en el derecho de retención el bien no queda sujeto a un vínculo que permita su enajenación forzosa en caso de incumplimiento. Esto al no versar la garantía del retenedor - a diferencia del acreedor prendario e hipotecario - sobre la realización de la cosa en su valor, sino confiriéndole tan sólo el ejercicio de un poder de hecho.

- que el derecho de retención no brinda al acreedor un derecho de preferencia respecto de otros acreedores en relación al bien afectado para hacerse cobro de lo que se le adeudara, salvo lo prescrito en el artículo 1129 del Código Civil.

<sup>18</sup> "Artículo 1130.- Aunque no se cumpla la obligación, el retenedor no adquiere la propiedad del bien retenido. Es nulo el pacto en contrario."

<sup>19</sup> Diccionario Jurídico Elemental Cabanellas de: TORRES, Guillermo. Lima: Ed. Cuzco, 1989.

momento en que se inscribe en el registro de propiedad inmueble.<sup>20</sup> En inmuebles no inscritos y muebles donde el mecanismo de publicidad del derecho de retención sería únicamente el estado de hecho de estar poseyendo el bien retenido. No podemos dejar de señalar el caso de inmuebles no inscritos, el Código Civil permite la inscripción del derecho de retención respecto de éstos en los Registros Públicos, mediante anotación preventiva extendida por mandato judicial, lo que nos lleva a preguntarnos que si el bien no está inscrito ¿dónde se registrará?, ¿cómo tomaremos conocimiento de ello? y ¿qué seguridad nos otorga?

En lo concerniente a la oportunidad para ejercitar el derecho de retención, éste puede oponerse tanto judicial como extrajudicialmente <sup>21</sup> .

Estaremos ante un caso de ejercicio extrajudicial de este derecho cuando por ejemplo, en el caso anteriormente narrado, el propietario del automóvil acuda al taller de reparaciones para que se le devuelva su vehículo. Así, sin que medie proceso judicial de por medio - y por ende sin que medie intimación judicial- el mecánico podrá ejercer su derecho de retención, negándose a entregar el automóvil hasta que su deudor (el propietario) cumpla con satisfacer el crédito generado a su favor o cumpla con otorgar una garantía suficiente, manteniéndose legítimamente en la posesión del bien.

Observamos, que si esta intimación extrajudicial y el ejercicio del derecho de retención se realizan de manera verbal, serán de muy difícil probanza.

Sin embargo, generalmente, dado los costos elevados de un proceso judicial y el tiempo y complicaciones que conlleva, las partes buscarán la auto-composición de su conflicto de intereses. De esta manera, la oposición extrajudicial del derecho de retención, cumplirá, en la mayoría de los casos, su

cometido: presionará al deudor para que pague su deuda o garantice que lo va a hacer. Dentro de este razonamiento, sólo en casos excepcionales, cuando tanto el bien retenido como la deuda sean de gran valor, se justificará que el propietario intente recobrar el bien de su propiedad, ejercitando su derecho de acción para poner en funcionamiento el órgano jurisdiccional.

En tal sentido, el Código Civil señala que el derecho de retención se ejerce judicialmente *como excepción que se opone a la acción destinada a conseguir la entrega del bien*. El artículo 1127, de este cuerpo legal, en su segundo inciso agrega además que el juez puede autorizar que se sustituya el derecho de retención por una *garantía suficiente*. Respecto a la manera de oponer el derecho de retención dentro de un proceso cabe señalar que la concepción respecto a la naturaleza jurídica de la excepción en nuestro Código Procesal Civil vigente, es ajena a este tratamiento legislativo.

El Código Procesal distingue con claridad tres manifestaciones del derecho de defensa del demandado en un proceso: las defensas previas, las defensas de fondo y las defensas de forma (o excepciones). *“La defensa previa es aquella que sin ser un cuestionamiento a la pretensión y tampoco a la relación procesal, contiene un pedido para que el proceso se suspenda hasta tanto el demandante no realice o ejecute un acto previo.”*<sup>22</sup> *“La defensa de fondo, (...) no es otra cosa que la respuesta u oposición del emplazado a la pretensión intentada contra él por el demandante.”*<sup>23</sup> *“Finalmente, una defensa de forma consiste en el cuestionamiento de la relación jurídico procesal o de la posibilidad de expedirse un pronunciamiento válido sobre el fondo por defecto u omisión en un Presupuesto Procesal o en una Condición de la Acción.”*<sup>24</sup>

En el caso práctico narrado líneas arriba observamos el modo de operar del derecho de retención:

<sup>20</sup> "Artículo 1128.- Para que el derecho de retención sobre inmuebles surta efecto contra terceros, debe ser inscrito en el registro de propiedad inmueble.

Sólo se puede ejercitar el derecho de retención frente al adquirente a título oneroso que tiene registrado su derecho de propiedad, si el derecho de retención estuvo inscrito con anterioridad a la adquisición. Respecto a los inmuebles no inscritos, el derecho de retención puede ser registrado mediante anotación preventiva extendida por mandato judicial."

<sup>21</sup> "Artículo 1127 - El derecho de retención se ejercita:

1.- Extrajudicialmente, rehusando la entrega del bien hasta que no se cumpla la obligación por la cual se invoca.

2.- Judicialmente, como excepción que se opone a la acción destinada a conseguir la entrega del bien. El juez puede autorizar que se sustituya el derecho de retención por una garantía suficiente."

<sup>22</sup> MONROY, Juan. Conceptos Elementales del Proceso Civil en Advocatus, Cuarta Entrega, 1992, p.55.

<sup>23</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>24</sup> Ibid., loc. cit.

el mecánico se niega a devolver el automóvil dado que su propietario no cumple con pagarle las reparaciones que ha efectuado. El propietario podrá entonces iniciar un proceso para reivindicar su vehículo, sosteniendo que el mecánico está poseyendo el bien ilegítimamente. Al ser emplazado con la demanda, el retenedor tendrá que determinar qué defensas puede oponer a esta demanda. Si está bien asesorado, responderá que no posee ilegítimamente, sino que la ley expresamente lo faculta para retener el bien objeto de controversia, hasta que el propietario cumpla con satisfacer el crédito generado a su favor por concepto de las reparaciones que ha efectuado, o, en todo caso, hasta el momento que cumpla con garantizar suficientemente esta deuda.

Observamos con claridad que la defensa ejercitada por el demandado no estará destinada a denunciar la ausencia o la presencia defectuosa de un Presupuesto Procesal o de una Condición de la Acción<sup>25</sup>, sino más bien que estará destinada a refutar la pretensión del demandante en el proceso.

En tal sentido, consideramos que la oposición del derecho de retención en un proceso judicial, más que tratarse de una excepción o defensa de forma, se constituye como una defensa de fondo. La posición adoptada por el Código Civil corresponde a una concepción tradicional de un sector de la doctrina, principalmente de los seguidores de Couture, que define a la excepción como todo medio de defensa que se opone a la acción, lo cual resulta ahora siendo contrario a la naturaleza que el Código Procesal Civil atribuye a esta institución.

### III. EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.

Desarrollando el aspecto procesal propiamente dicho del presente trabajo, comenzaremos por analizar el régimen procedimental para el pago de mejoras y el derecho de retención en el ya derogado Código de Procedimientos Civiles. Consideramos que un estudio de esta naturaleza no puede limitarse a apreciar las bondades de determinado procedimiento sobre el papel, sino, muy por el contrario, es necesario apreciarlo en funcionamiento:

observar su aplicación cotidiana, sus resultados efectivos y sus consecuencias, tanto particulares como sociales, a fin de corroborar si tanta bondad escrita es factible de plasmarse en la realidad.

Mucho se ha criticado al derogado Código de Procedimientos, utilizando para ello argumentos que contienen una doble moral. Se ha dicho que el Código fomentaba la "mala fe" y "deslealtad" procesal, cuando lo cierto es que los legisladores de principios de siglo no pudieron prever la falta casi absoluta de buena fe y lealtad procesal por parte de los litigantes nacionales, quienes muchas veces se justifican bajo el escudo de la *estrategia* procesal. Lo cierto es que, lamentablemente, la regulación del antiguo Código permitía conductas inescrupulosas que atentaban contra el fin concreto y el abstracto del proceso, como a continuación veremos.

El antecedente legislativo del Código Procesal Civil regulaba el pago de mejoras en tres artículos como un sub-capítulo del Juicio de Desahucio<sup>26</sup>. Esta regulación estaba concebida para aplicarse en el desahucio originado en un contrato de locación-conducción, lo cual guardaba coherencia con el trato que, como hemos visto, se daba a las mejoras en el Código Civil de 1852 y en el de 1936, pero dejaba desprotegidos a aquellos poseedores que habían efectuado mejoras en un bien pero que estaban obligados a la restitución del mismo por un título distinto. Para efectos de ejemplificación, continuaremos refiriéndonos a las partes involucradas en el conflicto de intereses que da origen al proceso, como el *propietario* y el *poseedor*.

En nuestro antiguo ordenamiento procesal, el poseedor podía ejercitar su derecho a solicitar que se le reembolsen las mejoras que había efectuado **dentro del proceso de desahucio**. Este último era un proceso autónomo, al cual se le aplicaban las normas del juicio de menor cuantía, en cuanto no fuesen contrarias a sus propias normas. El derecho al pago de mejoras se ejercitaba en el acto de comparendo y, utilizando la terminología ya tan cuestionada del cuerpo legal objeto de estudio, se sustentaba y resolvía del mismo modo y a la vez que el desahucio<sup>27</sup>. Si el poseedor obtenía sentencia que

<sup>25</sup> Ver MONROY, Juan. Las Excepciones en el Código Procesal Civil Peruano en: THĒMIS - Revista de Derecho, No.27/28, 1994.

<sup>26</sup> Artículos 974 y ss. del Código de Procedimientos Civiles.

<sup>27</sup> C. de P.C. "Artículo 974.- El conductor que tiene derecho al pago de mejoras, lo ejercitará, precisamente, en el acto del comparendo, y expresará las mejoras sobre que versa su reclamación. La solicitud de abono de mejoras se sustentará y resolverá del mismo modo y a la vez que el desahucio; pero si el juez declara éste sin lugar, se abstendrá de resolver sobre aquellas. Si se revoca la sentencia, vueltos los autos a primera instancia, el juez resolverá sobre las mejoras."



ordenaba el pago de mejoras, podía entonces hacer valer el derecho de retención que le concedía el ordenamiento civil, suspendiendo la desocupación hasta que el propietario cumpliera con *pagar su valor*<sup>28</sup>.

Una primera aproximación al artículo 974 del Código de Procedimientos Civiles, que señalaba esto último, conjuntamente con el artículo 917 del Código Civil vigente, que señala que *el poseedor tiene derecho al valor actual de las mejoras necesarias y útiles que existan al momento de la restitución*, puede llevarnos a suponer que el derecho al pago de mejoras sólo puede ejercitarse luego de que el poseedor fuese intimado judicialmente a la restitución del bien. Esto no es del todo correcto. Si tenemos en cuenta el artículo 919 del Código Civil, podemos observar que el poseedor tiene un plazo de hasta dos meses desde que restituye el bien para ejercitar su "acción" de reembolso. La restitución del bien puede darse sin que medie un proceso judicial con tal finalidad (por ejemplo si vencido el contrato de arrendamiento sobre un inmueble, el inquilino devuelve puntualmente el bien). De esta manera vemos que cabe la posibilidad de exigir el pago de mejoras sin que medie proceso de desahucio, pues el bien ya ha sido restituido. En este sentido, creemos que el artículo 917 del Código Civil no trata de regular la oportunidad para exigir el pago de mejoras, sino que más bien se trata tan sólo de una norma que intenta limitar el derecho de reembolso de las mejoras efectuadas -el poseedor no tiene derecho a exigir las mejoras útiles si ya se ha iniciado un proceso con la finalidad que se restituya el bien- por lo que es recomendable que se modifique la mencionada norma a fin de que no haya lugar para confusiones.

Con el antiguo ordenamiento procesal, esta "acción" de reembolso sin intimación judicial de por medio, tendría que haberse tramitado como un Juicio Ordinario, por carecer de vía procedimental propia. Por ello, somos de la opinión de que el poseedor también podía, en la vía procedimental del Juicio Ordinario, exigir judicialmente el reembolso de las mejoras que había efectuado en el bien, antes de que fuese demandado por desahucio.

De lo expuesto anteriormente podemos deducir

una conclusión importante: cuando el poseedor exige el pago de mejoras judicialmente sin que medie un proceso judicial destinado a la restitución del bien -ya sea antes de la restitución o después de ella- estará ejercitando su *derecho de acción*.<sup>29</sup>

Como se recuerda, el juicio de desahucio estaba previsto como un proceso predominantemente oral y, en teoría, de gran celeridad donde, inmediatamente después de presentada la demanda, se citaba a una audiencia (comparendo) en la cual el demandante se ratificaba en los términos de su demanda. A su vez, el demandado procedía a ejercitar oralmente su derecho de defensa y podía solicitar al órgano jurisdiccional que el demandante cumpliera con satisfacer el crédito generado a su favor por las mejoras que había efectuado. El ejercicio del derecho al pago de mejoras es en sí, como hemos visto, un ejercicio del derecho de acción del demandado, que en este caso se ejercitaba dentro del proceso de desahucio. En tal sentido, dentro de este ordenamiento procesal, cuando el poseedor había sido demandado a restituir el bien, ejercitaba su derecho al pago de mejoras como una reconvencción, en el sentido que se entiende tradicionalmente en nuestro país<sup>30</sup>, basada en el principio de economía procesal. Si ya las partes involucradas en un conflicto de intereses habían entablado una relación procesal frente al órgano jurisdiccional, ¿para qué iniciar otro proceso para el pago de mejoras?. En abstracto es mejor que resuelvan todos sus conflictos de intereses en un sólo proceso (siempre que las pretensiones sean de competencia del mismo juez y no se afecte la vía procedimental, por supuesto). Conceptualmente hablando parece bastante lógica esta opción legislativa, pero en la práctica se convirtió en un instrumento para dilatar el proceso.

Esta regulación permite al litigante de mala fe -aquel que deduce excepciones sin fundamentos y ofrece pruebas impertinentes a fin de dilatar el proceso, que tanto abunda en nuestro medio- la opción de reconvenir el pago de mejoras sin sustento alguno. Es evidente que al final el juez fallará en contra del poseedor, pero mientras tanto, el litigante de mala fe logra su objetivo: recargar las labores del juez a fin de postergar la restitución del

<sup>28</sup> C. de P.C. "Artículo 976 - Si el conductor que ha obtenido sentencia que ordena el pago de mejoras, hace valer el derecho de retención que le concede el artículo 1029 del Código Civil, no se llevará a efecto la desocupación hasta que el locador pague su valor."

<sup>29</sup> Cabe recordar que el derecho de acción es "...un derecho subjetivo público, abstracto, autónomo, de que goza toda persona -física o jurídica- para postular el ejercicio de la actividad jurisdiccional." PEYRANO, Jorge y CHIAPPINI, Julio. *El Proceso Atípico*. T.II. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984, p. 131.

<sup>30</sup> Ver MONROY, Juan. *La Postulación del Proceso en: THÉMIS - Revista de Derecho*, No. 23, 1992.



bien. El proceso deviene en escriturario y pierde su celeridad, y nuestro "amigo" litigante ha logrado obstaculizar la administración de justicia.

Un segundo momento para dilatar el proceso de desalojo se daba cuando efectivamente se declaraba fundada la pretensión del pago de mejoras. Era desde ese momento que la jurisprudencia entendía que el poseedor ejercía su derecho de retención y se suspendía la desocupación del bien, hasta que se satisficiera el pago de las mejoras. Aquí encontramos una incongruencia con respecto al Código Civil de 1936, pues no podía continuarse con el desahucio en el caso de que el propietario garantizara suficientemente su deuda, sino únicamente cuando el propietario pagase las mejoras. Esto se contradecía con las normas civiles que señalaban que el derecho de retención se ejercitaba en tanto no se pagare o se garantizase suficientemente la deuda<sup>31</sup>. ¿Por qué no se podía llevar adelante el desahucio si el propietario ofrecía, por ejemplo, una fianza para garantizar el cumplimiento de la satisfacción del crédito generado a favor del poseedor por concepto de las mejoras que había efectuado, si esa era la finalidad del derecho de retención? El inciso 2 del artículo 1127 del Código Civil vigente trataba de suplir esta deficiencia otorgándole al juez la facultad para autorizar que se sustituya el derecho de retención por una garantía suficiente. Sin embargo, esto no se daba frecuentemente en la práctica.

Es claro que el poseedor que ha efectuado mejoras en el bien tiene todo el derecho a que se satisfaga el crédito generado a su favor, y que el derecho de retención es un mecanismo eficaz de presión para que él no quede desamparado. Sin embargo, en la realidad, los poseedores intimidados judicialmente para restituir un bien que reconviene el pago de mejoras y que efectivamente tienen derecho a ello, son los menos.

Con el antiguo procedimiento no se lograba resolver el conflicto de intereses de las partes con la celeridad debida y, menos aún, se obtenía la justicia y paz social tan ansiosamente deseadas, sino que, por el contrario, se sacrificaba el *valor eficacia* del proceso, se desprestigiaba al Poder Judicial y se degradaba el ejercicio de la profesión.

Se observa con claridad de lo expuesto anteriormente la necesidad de la reforma procesal: se requiere a la vez desalentar las conductas maliciosas de las partes y proteger a los poseedores que realmente tienen derecho a que se le reembolsen las mejoras que han efectuado.

#### IV. EL CODIGO PROCESAL CIVIL

Desde antes de su entrada en vigencia, ya se tildaba al Código Procesal como un "*código del tercer milenio*" que resaltaba el *valor eficacia*<sup>32</sup>. Conociendo la problemática de la regulación derogada respecto al pago de mejoras, analicemos ahora, en ese caso concreto, si tanta expectativa era justificada. Cabe señalar que de la lectura del Código Procesal se desprende con nitidez el énfasis que se le da al principio de conducta procesal, otorgándole al Juez no sólo el deber de *impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria* (Verbigracia: artículo IV del Título Preliminar y artículo 50 inciso 5 del Código Procesal), sino también las facultades disciplinarias necesarias *a fin de conservar una conducta procesal correspondiente a la importancia y respeto de la actividad judicial* (artículo 52 del Código Procesal).

Las diferencias del trato legislativo de las mejoras en el proceso de **desalojo** del Código Procesal, con el régimen derogado, se evidencian desde la técnica legislativa. En el Código Procesal vigente, por ejemplo, el proceso de desalojo -ya no de desahucio- no es más un proceso autónomo al cual se la aplican normas de otro proceso en lo que fuera pertinente, sino que se trata ahora de un asunto contencioso que se tramita con las reglas generales del proceso sumarísimo, salvando las disposiciones especiales establecidas para el caso.

El Código Procesal regula el pago de mejoras en un sólo artículo del sub-capítulo referente a desalojo dentro del proceso sumarísimo<sup>33</sup>. No se crea que, por la ubicación de este artículo, el Código Procesal excluye la posibilidad de exigir el pago de mejoras en los casos de restitución de bienes muebles. Por el contrario, el artículo 596 de este cuerpo legal expresamente establece que las disposiciones del sub-capítulo de desalojo (incluyendo la referida al pago de mejoras) son aplicables a las

<sup>31</sup> Artículo 1030 del Código Civil de 1936.

<sup>32</sup> PEYRANO, Jorge W. La "Performatividad" en el Proceso Contemporáneo en: THĒMIS - Revista de Derecho, No.22, 1992.

<sup>33</sup> C.P.C. "Artículo 595.- Pago de mejoras.- El poseedor puede demandar el pago de mejoras siguiendo el trámite del proceso sumarísimo. Si antes es demandado por desalojo, deberá interponer su demanda en un plazo que vencerá el día de la contestación. Este proceso no es acumulable al de desalojo."

pretensiones de restitución de este tipo de bienes. Se busca así regular todos los supuestos posibles de poseedores que puedan estar obligados a restituir un bien y que efectivamente tengan derecho al pago de mejoras.

El artículo 595 del Código Procesal Civil señala que el poseedor podrá demandar el pago de mejoras siguiendo el trámite del proceso sumarísimo. Asimismo regula los dos momentos en los cuales el poseedor puede demandar la satisfacción de este crédito: antes y después de ser demandado por desalojo.

De esta manera, el legislador aclara el supuesto del artículo 917 del Código Civil -no dejando más lugar para la duda- permitiendo que el poseedor exija el valor actual de las mejoras necesarias y útiles que haya efectuado en el bien antes del momento de la restitución del mismo. Se busca así evitar que la demora en la satisfacción del crédito del poseedor pueda generarle perjuicios. El poseedor que realmente tenga derecho al pago de mejoras, puede demandar sin haber sido intimado para la restitución del bien y, en el caso que obtenga sentencia favorable y que ésta produzca cosa juzgada, podrá legítimamente ejercer su derecho de retención, judicial o extrajudicialmente. En el supuesto de que este poseedor sea demandado para la restitución del bien, podrá oponer como defensa de fondo -en el momento de la contestación de la demanda propiamente dicha- que no está poseyendo (reteniendo) ilegítimamente el bien objeto del conflicto, sino que está actuando legítimamente, amparado en la facultad legal de retener el bien hasta que su deudor cumpla con pagar o garantizar suficientemente el crédito generado a su favor por concepto de mejoras.

Este mecanismo de presión que el ordenamiento legal le reconoce a al poseedor que realmente tiene derecho al pago de mejoras y que antes del desalojo ha obtenido sentencia fundada a su favor, no es susceptible de convertirse en un arma para dilatar o entorpecer el proceso de desalojo por los litigantes de mala fe. Por una razón simple de costo-beneficio, el poseedor que no haya efectuado mejoras en el bien y que por consiguiente no tenga este crédito a su favor, no iniciará un proceso de pago de mejoras, pues no sólo perderá su tiempo sino también su dinero, en un proceso que culminará con una sentencia en su contra y además con condena al pago de costas y costos procesales. En tal sentido evidenciamos un aspecto concreto del mejor trato legislativo del Código Procesal con respecto al derogado Código de Procedimientos Civiles.

El segundo momento contemplado por el Código Procesal para demandar el pago de mejoras es luego de que el poseedor es demandado por desalojo. Nótese que decimos momento "para demandar el pago de mejoras". Anteriormente hemos visto que exigir el pago de mejoras ante el órgano jurisdiccional implica un ejercicio del derecho de acción del poseedor. Dentro de esta lógica, el legislador del Código Procesal, con el firme propósito de evitar actos dilatorios que entorpezcan el proceso de desalojo, ha optado por que el poseedor ejercite su derecho de acción, no dentro del proceso de desalojo ya iniciado -como en el Código de Procedimientos Civiles-, sino en otro proceso paralelo e independiente, que probablemente sea conocido por otro juez dadas las razones del turno judicial. Se ha optado entonces por sacrificar el principio de la economía procesal que inspiraba al derogado Código de Procedimientos Civiles, eliminando la posibilidad de reconvenir el pago de mejoras, a fin de salvaguardar una necesidad impostergable: que se logre alcanzar el fin concreto y, en especial, el abstracto del proceso. Asimismo el legislador, siendo coherente con su finalidad, lleva este razonamiento a expresamente prohibir la acumulación del proceso de pago de mejoras con el proceso de desalojo. El valor *eficacia* impregna estas decisiones.

Los efectos prácticos de esta opción legislativa son evidentes: el litigante de mala fe no contará ahora con el arma dilatoria de reconvenir que le brindaba el Código de Procedimientos. Por las mismas razones expuestas en cuanto a la posibilidad de demandar el pago de mejoras antes de ser demandado por desalojo, al litigante de mala fe ya no le es económicamente conveniente demandar paralelamente el pago de mejoras. Una vez más observamos en este supuesto concreto un superamiento en el trato legislativo.

Finalmente, el mismo artículo objeto de análisis, señala que la oportunidad para demandar el pago de mejoras en la vía sumarísima es hasta el vencimiento del plazo para contestar la demanda de desalojo, es decir, 5 días después de emplazado al proceso. Cabe hacer la precisión de que con esto no se está modificando el artículo 919 del Código Civil que establece que la "acción" de reembolso prescribe a los dos meses de restituido el bien. En efecto, vencido el plazo señalado en el artículo 595 del Código Procesal para demandar el pago de mejoras, y hasta que venza el plazo señalado en el artículo 919 del Código Civil, el poseedor podrá aún demandar el reembolso, ya no necesariamente en la vía procedimental del proceso sumarísimo, sino en la que corresponda al monto de su petitorio.

En otras palabras, la vía procedimental para el pago de mejoras es -en principio- la del proceso sumárisimo. Sin embargo, cuando no se hubiera demandado el pago de mejoras dentro de los cinco días de interpuesta la demanda de desalojo (artículo 595 del CPC), el poseedor habrá perdido el derecho a acceder a esta vía procedimental de gran celeridad, más no su derecho a que se le reembolse el crédito generado a su favor por las mejoras efectuadas.

## V. EL DERECHO DE RETENCION EN EL PROCESO DE DESALOJO.

Hemos visto que con el tratamiento legislativo del Código Procesal vigente, se desalientan las conductas destinadas a dilatar el proceso de desalojo. En teoría, si los plazos señalados en el Código Procesal se cumplen con toda rigurosidad, dado que el proceso de desalojo se ha iniciado con anterioridad al eventual proceso de pago de mejoras, el poseedor sería desalojado antes de obtener una sentencia favorable por el pago de mejoras, y al no estar ya en posesión del bien, no podría ejercitar su derecho de retención.

No podemos partir suponiendo que el legislador del Código Procesal ha establecido plazos para que no se respeten: esto sería un absurdo. En este sentido, apreciamos con claridad que la opción legislativa ha sido la de limitar el ejercicio del derecho de retención cuando exista un proceso de desalojo de por medio.

Entonces, ¿la opción legislativa por resaltar la conducta procesal y desterrar los actos dilatorios de las partes ha llevado a sacrificar la protección de los poseedores que realmente tengan derecho al pago de mejoras, eliminado los mecanismos de presión que tienen para salvaguardar su derecho? Creemos que no.

El Código Procesal, si bien limita el ejercicio del derecho de retención de los poseedores que realmente tienen derecho al pago de mejoras, le brinda a éstos otra gama de medios de presión y medios para garantizar el efectivo cumplimiento de la satisfacción del crédito que tienen a su favor: *las medidas cautelares*. En este sentido, el abogado diligente, quien es el llamado a sustituir al litigante de mala fe dentro del nuevo ordenamiento procesal, buscará proteger a su cliente, dentro del proceso de pago de mejoras, con las medidas cautelares que brinda el Código Procesal.

Sabemos que el deudor del crédito generado a favor del poseedor por concepto de las mejoras que ha efectuado, tiene por lo menos un bien que se

puede afectar con una medida cautelar. Este bien brindará generalmente garantía suficiente, dado que rara vez las mejoras efectuadas en un bien exceden el valor del mismo. Así, tratándose de un bien inmueble, procedería una medida cautelar para futura ejecución forzada consistente en un embargo en forma de inscripción si el bien está inscrito (artículo 656 del CPC) o en caso contrario, un embargo de inmueble no inscrito (artículo 650 del CPC); y en el caso de bienes muebles una medida de la misma naturaleza consistente en un embargo en forma de depósito. Sea cual fuese la medida cautelar adoptada, ésta cumplirá eficazmente el mismo propósito del derecho de retención, sin atentar contra el fin concreto o abstracto del proceso.

Observamos que estos “medios de presión” que nos brinda el Código Procesal a la larga beneficiarán al poseedor-acreedor del crédito, pues a diferencia del derecho de retención, los bienes afectados a estas medidas cautelares podrán -en caso de que el deudor de las mejoras no cumpla con pagarlas- ser -objeto de un futura ejecución forzada, con la cual el poseedor verá satisfecho su crédito.

Apreciamos pues, en el caso específico materia de estudio, que el Código Procesal, tiene objetivos concretos, que buscan superar las deficiencias del Código de Procedimientos Civiles derogado, y que el contenido de sus disposiciones es coherente con ellos.

## VI. A MANERA DE CONCLUSION.

El derogado Código de Procedimientos Civiles, si bien tenía ciertas virtudes en un plano teórico, éstas resultaron siendo deformadas, convirtiéndose en armas dilatorias que desnaturalizaban los fines del proceso, por los litigantes carentes de lealtad y buena conducta procesal que por desgracia tanto han abundado en nuestro medio.

Ante tal situación, el legislador del nuevo Código Procesal, nos propone modificaciones sustanciales en este procedimiento específico para solucionar el supuesto conflictivo que hemos tratado. Así, apreciamos con claridad que la opción legislativa del nuevo Código tiende hacia la eliminación de actos que entorpezcan el desarrollo natural de todo proceso. El Código busca la pronta y eficaz solución de los conflictos de intereses: Intenta que realmente se cumplan los fines del proceso.

En tal sentido, vemos que de manera coherente con la opción legislativa del Código Procesal, se han eliminado los mecanismos dilatorios que brindaba

su antecedente legislativo inmediato, como por ejemplo la posibilidad de ejercer el derecho de retención por el pago de mejoras dentro del proceso de desalojo. Sin embargo, no se crea que esta opción legislativa desampara a los poseedores que realmente tienen un crédito generado a su favor por

concepto de mejoras. Muy por el contrario -lo cual resulta verdaderamente encomiable- el legislador nos brinda otros mecanismos igualmente efectivos para que el poseedor pueda "presionar" a su deudor, e incluso -a la larga- pueden resultar más efectivos y cautelar mejor los derechos del poseedor-acreador.

# 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.

# LA CONSTITUCION SEMANTICA : EL PROYECTO DEL CCD

Valentín Paniagua Corazao  
Profesor de Derecho Constitucional  
Universidad de Lima y UNIFE

## INTRODUCCION.

### El Régimen «Corporativo, Plebiscitario y Publicitario».

Pocas veces, seguramente, se ha presenciado un espectáculo tan deprimente como el del CCD en su empeño -de veras servil- por complacer los caprichos de un autócrata. El resultado (congruente con esos indignos afanes) es una Constitución «semántica» en el sentido que Lowenstein asigna a este término. La tarea original de la Constitución escrita -dice el gran constitucionalista- «fue limitar la concentración del poder dando posibilidad a un libre juego de las fuerzas sociales de la comunidad dentro del cuadro institucional...». Una Constitución «semántica», en cambio, en lugar de distribuir, limitar o moderar el poder, lo concentra; legitima sus excesos y lo libera de los indispensables controles. No es pues «sino la formalización de la situación del poder político existente» (en una sociedad determinada) «en beneficio exclusivo de los detentadores fácticos del poder» y que disponen del aparato coactivo del estado<sup>1</sup>.

El Proyecto del CCD consolida, en efecto, la situación de poder vigente en la sociedad peruana, esto es, el poder de quienes disponen de los medios de coacción del Estado. Sirve así, en otros términos, para satisfacer las aspiraciones de los que instigaron, ejecutaron y sostienen aún el régimen de facto. Institucionaliza, de ese modo, un régimen que podría denominarse «corporativo, plebiscitario y publicitario». Un régimen en que se integran a la estructura de poder, de modo orgánico,

*El presente artículo fue escrito con anterioridad al 31 de octubre de 1993, fecha en la cual se sometió a referéndum el Proyecto Constitucional preparado por el Congreso Constituyente Democrático (CCD). El autor, desde una perspectiva claramente definida y una muy personal opción, analiza a lo largo del artículo el Proyecto Constitucional del CCD, develando importantes omisiones y graves deficiencias que el mismo, a su juicio, evidencia. Para su examen, se vale de diversos criterios para calificar el proyecto de centralista, autocrático, reaccionario, y antihistórico, así como de circunstancial y contingente; y concluir desaprobando el nuevo texto constitucional.*

<sup>1</sup>. Lowenstein, K: Teoría de la Constitución. Ediciones Ariel Pág. 218 y 219.

las cúpulas castrenses, las grandes empresas, (a través de sus organizaciones gremiales) y las empresas que monopolizan, prácticamente, la radio y la televisión, y algunas dedicadas a la investigación de opinión y de mercados. Son las fuerzas que representan las parcas del mundo moderno: el poder de las armas, el poder del dinero, el poder de la propaganda que es según Duverger, «la coacción con anestesia»- y el poder de la manipulación de la opinión pública, es decir, la «encuestocracia» de que habla Pedro Planas Silva<sup>2</sup>.

Pero el Proyecto institucionaliza también, los tres diseños que inspiraron el «cuartelazo» del 5 de abril: mantener a Fujimori en el poder más allá de 1995 (al margen y por encima del mandato fijado por la Carta de 1979); permitirle el ejercicio del poder, sin fiscalización ni control (legislativo, administrativo o jurisdiccional) y consagrar un régimen económico que, so pretexto de la modernización, la liberalización y la economía de mercado fulmine los derechos sociales, permita transferir a la empresa privada valiosos activos del Estado y sirva, en fin, para consolidar el poder de la nueva oligarquía peruana organizada en torno de los gremios empresariales ya señalados. No debe olvidarse que los representantes de todas esas fuerzas (incluyendo las de los medios de comunicación social) participaron, es decir, acompañaron a Fujimori y a las cúpulas castrenses en la Comandancia General del Ejército el 5 de abril y, de ese modo, avalaron el nacimiento del régimen de facto. Tampoco debe olvidarse que el propósito inicial del cuartelazo no era (ni mucho menos) el retorno inmediato a la constitucionalidad, bajo ninguna forma. La convocatoria del CCD fue fruto de la nefasta y condenable intervención de la OEA que cohonestó no sólo la quiebra del orden constitucional sino avaló el «cinismo constitucional» hoy imperante en el país.

El régimen «corporativo, plebiscitario y publicitario» es hostil a la democracia, en general, y en especial a la democracia representativa.

Es natural. Las instituciones de intermediación social han desplazado y sustituido a los ejércitos, grandes empresas y medios de comunicación en una función fundamental: El control y fiscalización del poder político. Aquellas fuerzas hacían un control oligárquico del poder y los partidos abrieron el camino para el control democrático del poder. Es, pues, perfectamente explicable su antipatía a los partidos y a los «políticos».

## **La «Constitución» del CCD: Centralista y Autocrática, Reaccionaria, Antihistórica y Vergonzante.**

A diferencia de todos los ensayos constitucionales anteriores el Proyecto del CCD intenta arrebatar, menoscabar o quitar «algo» a todos los peruanos y a sus instituciones democráticas. Propone, en verdad, una Constitución centralista y autocrática, reaccionaria, antihistórica y vergonzante. En efecto:

### **A.- Es centralista y autocrática porque:**

1.- Crea un presidencialismo autocrático que so pretexto de la reelección inmediata, legaliza el «continuismo» presidencial que ha envilecido y corrompido, casi siempre y en todas las latitudes, las relaciones entre los gobernantes y el electorado.

2.- Legítima un centralismo absoluto que se funda en:

(i) Un Congreso unicameral, centralista (por su origen electoral en distrito único), devaluado (por el recorte de sus atribuciones legislativas y de fiscalización) y sometido al arbitrio presidencial (por obra de la permanente amenaza de disolución).

(ii) Unos Gobiernos Regionales y Municipales a los que el CCD despoja de toda competencia específica e intenta convertir en órganos desconcentrados, es decir, en apéndices del Gobierno Central, y por tanto, en dóciles ejecutores o coordinadores de la política del Poder Ejecutivo.

(iii) Unas Instituciones Constitucionales carentes de genuina independencia funcional e incapaces, por ende, de ejercer las funciones de fiscalización y control del Poder Ejecutivo que, tradicional y legalmente corresponde, sobre todo, a la Contraloría General, al Banco Central de Reserva y a la Superintendencia de Banca y Seguros.

(iv) Unas Instituciones Sociales intermedias (partidos, sindicatos, colegios profesionales, gremios, asociaciones, etc.) disminuidas y menoscabadas, y a las que pretende sustituirse por teóricos mecanismos de democracia semi-directa y semi-representativa.

(v) Una prensa autocensurada, domesticada o asfixiada a través del control y dosificación de la publicidad pública y privada cuando no a través de presiones crediticias e incluso fiscales.

<sup>2</sup>. Planas S. Pedro «Rescate de la Constitución» Pag.295.

## **B.- Es reaccionaria porque:**

1.- Deroga el Preámbulo de la Carta vigente y priva así a la Constitución de toda inspiración ética y de fundamentales principios de ordenación social y política.

2.- Menoscaba y reduce los derechos fundamentales de todos los peruanos y niega la posibilidad de ampliarlos, en el futuro, al derogar el Artículo 105 de la Carta vigente que confiere jerarquía constitucional a los preceptos relativos a derechos humanos contenidos en los tratados aprobados y ratificados por el Perú.

3.- Consagra un frío y egoísta individualismo económico y por ello:

(i) Despoja a la economía de toda inspiración ética y libera al Estado, a la sociedad, a la empresa y a las personas de sus responsabilidades sociales;

(ii) Desconoce los derechos de las personas en situación de minusvalía social, económica o cultural (minusválidos, estudiantes, jubilados, familias menesterosas, niños);

(iii) Menoscaba y desconoce los derechos sociales y laborales de los trabajadores;

4.- Desconoce los derechos de las instituciones sociales intermedias (Partidos, Sindicatos, Gremios, Asociaciones, etc.).

## **C.- Es antihistórica porque:**

1.- Desconoce y desdeña el valor de la historia y de las instituciones políticas creadas en el proceso de evolución democrática del Perú. Ignora la Constitución histórica del Perú y sus instituciones fundamentales como:

(i) El bicameralismo, invariablemente vigente excepto en las Cartas de 1823 y 1867, y que permitió (con todas sus deficiencias) la representación, cuando menos, de los intereses territoriales del interior del país y, a veces, de sus más genuinas esperanzas;

(ii) La descentralización y especialmente la autonomía municipal que fueron, la primera, una vieja y aún no ensayada fórmula de desarrollo regional, y, la segunda, una institución de arraigo local que ha simbolizado siempre el afán de independencia y de dignidad de nuestras comunidades urbanas;

(iii) La afirmación de la libertad en un proceso de lenta y constante evolución de los derechos popu-

lares que este proyecto niega en favor de los que corresponden a los empresarios;

(iv) El reconocimiento y consagración de las responsabilidades sociales del **Estado**, de la **empresa** y de **las personas** en una sociedad que, a diferencia de la individualista que inspira el proyecto, se concebía como una sociedad justa y solidaria.

2.- Hace de la nacionalidad peruana un objeto de indigno tráfico mercantilista.

## **D.- Es vergonzante porque:**

No solamente no defiende sino que socava o deroga los mecanismos e instituciones destinados a asegurar el respeto y la vigencia del orden constitucional. Así:

1.- Deroga el Artículo 307 de la Carta vigente que sanciona a los usurpadores y a quienes colaboran con los regímenes de facto.

2.- Caricaturiza el derecho de insurgencia reconociéndolo sólo a la población civil, es decir a los peruanos sin armas.

3.- Desnaturaliza el Habeas Data y lo convierte en instrumento policiaco de persecución y restricción del derecho de prensa.

4.- Somete al Tribunal Constitucional a la férula presidencial. de modo indirecto, imponiendo su elección por dos tercios de votos de un Congreso que el Presidente controla y burocratiza.

## **I. LA CONSTITUCION CENTRALISTA y AUTOCRATICA.**

El proyecto consagra un presidencialismo autocrático, es decir, un presidencialismo bajo tutela militar análogo al régimen de facto imperante desde el 5 de abril.

### **El Presidencialismo absolutista.**

El Proyecto ha convertido al Presidente en un gobernante absoluto. Tiene todas las atribuciones imaginables en un Presidente que es, simultáneamente, jefe de estado y jefe de gobierno; pero, está liberado de toda responsabilidad. El Proyecto ha robustecido, en efecto, las atribuciones presidenciales hasta crear un régimen de inmoderado absolutismo personal. El Presidente puede «legislar» (sic) sobre «materia económica y financiera» mediante decretos de urgencia (Art. 118 Inc.19). Tales decretos, tienen la misma jerarquía que las leyes del Congreso. Pero hay más. Si se disuelve el Congreso,



legisla y administra sin fiscalización ni control durante 4 meses. Es la «dictadura constitucional». Su singularidad reside en que el Presidente puede crear las «condiciones» para gozar de esos «poderes plenos». Basta que dos Gabinetes hagan «cuestión de confianza» de asuntos inaceptables para el Congreso. A la segunda negación, el Presidente está ya legitimado para disolverlo.

Sus atribuciones administrativas también han sido desmesuradamente acrecentadas. Las Fuerzas Armadas y el cuerpo diplomático están bajo su control absoluto. Otorga (por el sólo mérito de la propuesta de los institutos respectivos) los ascensos de almirantes y generales (Art. 172) y nombra y remueve embajadores y ministros plenipotenciarios.

La reelección presidencial, en un régimen como el descrito, es, sin lugar a dudas, una irracionalidad y el «continuismo» una inmoralidad. Es (o debe ser) inelegible quien, por su función, puede coaccionar, violentar o presionar a los electores. Así se preserva la moralidad, la objetividad o la legalidad de la elección. La reelección presidencial -decía Alexis de Tocqueville- tiende a degradar la moral política del pueblo. Obliga al Jefe del estado a intrigar y a usurpar, para su propio uso, la fuerza del gobierno». A la larga, concluye, «es el Estado mismo con sus inmensos recursos el que intriga y corrompe». Es ese el caso actual.

### **El centralismo absoluto.**

El CCD ha optado por un Estado férreamente centralizado. El Congreso elegido por «distrito único» (Disposición Final 7a) es centralista. Será elegido en verdad, por Lima y el Callao. Será, un Congreso oligarquico o de «notables» respaldados por los grupos de presión o de las empresas de comunicación social pero no podrán acceder a él los representantes del interior del país.

Despojado de gran parte de su competencia legislativa, el Congreso está además, limitado en su ejercicio. No puede aprobar normas de exoneración tributaria sin el previo informe del Ministerio de Economía y Finanzas. Sólo puede reconocer un régimen de promoción en beneficio de ciertas circunscripciones por los dos tercios de los votos (Art/79). El Congreso, se convierte en una Mesa de Registro de los actos del Ejecutivo así como de sus ukases o imposiciones legislativas.

El Congreso, por fin, está sujeto al arbitrio presidencial. Como está dicho, la amenaza permanente de disolución lo burocratiza y finalmente somete a la voluntad del Presidente. Es, sin duda, un Congreso devaluado. Tanto que los Ministros pueden

participar en sus debates «con las mismas prerrogativas que los parlamentarios» salvo las de votar. Pero hay más. El Proyecto ha omitido regular nada menos que el número, los tipos de legislatura (ordinaria o extraordinaria), señalar su duración, la fecha de inicio y conclusión y las medidas a adoptar en caso de inconcurrencia de sus miembros así como el quórum incluso para su instalación. Es obvio. El carácter autocrático del Proyecto lo explica.

### **Instituciones constitucionales carentes de autonomía funcional.**

El centralismo y la autocracia serán inevitables porque todas las instituciones a las que corresponde fiscalizar al Poder Ejecutivo pierden su autonomía «constitucional». Gozan sólo de autonomía «conforme a su ley orgánica», es decir, tienen autonomía «derivada» o «legal»: La Contraloría General, el Banco Central de Reserva y la Superintendencia de la Banca y Seguros (Arts. 82, 84 y 87). Es ilusorio que intente siquiera fiscalizar quien por un ukase puede fulminar sus atribuciones.

### **Gobiernos regionales y locales: apéndices del gobierno central.**

El Proyecto deroga, de un plumazo, las competencias específicas de las Municipalidades Provinciales (Art. 255 de la Constitución de 1979). Las Municipalidades sólo participarán «en la gestión de las actividades y servicios inherentes al Estado en la forma que determine la ley», (Art. 192 Inc.6). Son pues órganos desconcentrados y de ejecución de la administración central. Es probable que conserven las competencias menos trascendentes que hoy ejercen: ornato y limpieza pública; habrán perdido sin embargo todas las demás que son las que les otorgaron real autonomía (zonificación, urbanismo, promoción turística, regulación de servicios públicos locales, etc.).

No es diferente el destino de las regiones. Son en verdad, sólo una mascarada. Tienen a su cargo «la coordinación y la ejecución de los planes y programas socio-económicos regionales así como la gestión de actividades y servicios inherentes al Estado (Art./197). Son únicamente órganos desconcentrados del Poder Ejecutivo, dígame lo que se diga. Carecen de competencias y de rentas. El Proyecto deroga los Artículos 261 que reconocía competencias «derivadas» a las regiones y 262 que les atribuían rentas entre ellas precisamente el canon. La centralización es manifiesta si se tiene en cuenta que a diferencia de las Municipalidades carecen incluso de toda competencia para la creación y modificación de tributos (Art./74 del Proyecto). Es absurdo que el Artículo 197 les atribuya nada me-

nos que autonomía «política» que por cierto no cabe sin competencias específicas.

La revocación sólo servirá para que los electores castiguen en cabeza del Presidente de la Región (teóricamente autoridad máxima regional) las deficiencias e incompetencias del gobierno central. En efecto el desprestigio del centralismo se cargará en cuenta del gobierno regional y de esa manera se fortalecerá más aún el centralismo. Exactamente igual que lo que ocurrió con los gobiernos regionales bajo la Constitución de 1979 que no fueron sino órganos desconcentrados de la administración central.

Finalmente, la ampliación del mandato de Alcaldes y Regidores a 5 años lejos de democratizar, reduce la participación popular y favorece la concentración y la perpetuación del poder en pocas manos. Impide la renovación y la periódica consulta al pueblo, esto es, el ejercicio permanente del derecho de sufragio que es la más importante forma de participación popular en el poder.

## II. CONSTITUCION REACCIONARIA.

El proyecto del CCD no es conservador, como pretenden algunos. Es reaccionario. El conservador preserva instituciones y valores porque teme el cambio o desconfía del porvenir. El reaccionario es un retrógrado. Destruye los avances logrados y niega el futuro por motivaciones egoístas. He aquí algunos rasgos que lo demuestran.

### 1.- La eliminación del Preámbulo de la Carta de 1979.

El Proyecto deroga el Preámbulo de la Constitución vigente. Así, desconoce **el principio de primacía de la persona humana**, las instituciones básicas del orden social y los principios inspiradores del orden político. Rechaza asimismo los modelos de **sociedad** y de **economía** (humana) que hace el texto vigente.

### 2.- Recorte y menoscabo de los derechos fundamentales de todos los Peruanos.

El Proyecto deroga el artículo 105 de la Constitución vigente. Pierden, pues, jerarquía constitucional los preceptos relativos a derechos humanos contenidos en tratados suscritos por el Perú. Desaparece la posibilidad de enriquecer, por esa vía, el «estatuto de la libertad» de los peruanos.

El Perú que se anticipó a otros países haciendo recepción automática, en su Constitución, de los derechos humanos, queda ahora a la zaga. Más aún,

los preceptos de la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, etc. quedarán «degradadas». Serán meras leyes, modificables por cualquier otra ley y, hasta pueden declararse inconstitucionales. Todos los peruanos han sido menoscabados en sus derechos constitucionales.

3.- Consagra un frío y egoísta individualismo económico que despoja a la economía de toda inspiración ética y libera al Estado, a la empresa y a las personas de sus responsabilidades sociales.

En efecto:

(a) Libera al Estado de toda responsabilidad moderadora y reguladora en la vida económica.

Sólo garantiza la libre competencia. So pretexto de la «estatización», desconoce la planificación, el pluralismo económico y la participación estatal en áreas como la seguridad social, la vivienda, la promoción de las áreas deprimidas, la redistribución de la riqueza o el control de ciertas actividades en defensa de la vida y de la salud (Arts. 110, 111, 112, 17 y 123 de la Carta de 1979).

So pretexto de actuar, «principalmente en las áreas de promoción del empleo, **salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura**» (Art. 58) se desliga, por completo de toda actividad empresarial. Sin embargo, el proyecto le libera también de sus responsabilidades de **crear, prestar o asegurar** los servicios «sociales». En efecto, sólo «promueve» el «acceso» a los servicios de salud y de seguridad social (Arts. 8 a 11) y sólo «promueve» también la «creación» de los servicios educativos (Art. 17). Ni los crea ni los presta. Es natural. Su propósito final es el de «privatizar» la educación o la seguridad social que convierte en actividades, fundamentalmente, lucrativas y no de servicio.

(b) Libera a las empresas de su responsabilidad social de contribuir al bien común con su eficiencia, de sujetarse, en el ejercicio del derecho de contratación a «los principios de justicia y a evitar el abuso del derecho», así como de su obligación específica de contribuir al sostenimiento de la educación y de sostener «las escuelas que funcionan en los centros industriales, agrícolas o mineros». (Arts. 130, 2 Inc. 11 y 29 de la Carta vigente).

(c) Desconoce los derechos de las personas en situación de minusvalía (física, económica, social, cultural, jurídica, etc.). En efecto:

(i) Personas excepcionales.

El CCD niega a las entidades sin fines de lucro y a las personas que tienen a su cargo minusválidos la exoneración de impuestos a la renta que concede la Carta vigente por gastos de sostenimiento y de donaciones (Art. 19).

(ii) Negación de gratuidad a la Educación universitaria y menoscabo de la protección a la educación primaria y subvención estatal a la educación privada.

El Proyecto del CCD recorta, caricaturiza y menoscaba principios, instituciones, conquistas y beneficios de educandos, agentes o protagonistas del quehacer educativo. Con arreglo a su concepción (rudimentariamente liberal) el Estado regula y supervisa pero deja de ser, como en materia de salud, un actor o protagonista. Es un mero «promotor». Se preocupa, por ello, en legitimar, desgravar y «subvencionar» el lucro de la educación **privada** (Arts./15 y 17). Es natural. Su propósito final es «privatizar» la educación estatal. Así lo ordenan y permiten los Decretos Leyes D.L. 26011 (Arts./5 y 10), 26013 (Arts./3 y 11) y 26012 (Arts./16 a 19).

El proyecto suprime, en la práctica, la gratuidad de la enseñanza universitaria. Supedita su goce a dos requisitos que la hacen ilusoria. No será diferente la situación en los demás niveles educativos.

Sencillamente por que la enseñanza será gratuita en los pocos centros escolares que no se privaticen. Por ello, se ha previsto la «subvención» de la educación privada: para «garantizar» la mayor oferta educativa «en favor de quienes no puedan sufragar su educación» es decir, de los beneficiarios de la enseñanza gratuita del Estado. Eso explica que no se garantice el financiamiento educativo (Art.39 de la Carta vigente) y la liberación (de veras increíble) de las responsabilidades históricas del estado frente a la educación primaria que eran y son: crear un centro educativo primario «en todo lugar cuya población lo requiera», contribuir a la nutrición y proporcionar útiles a los escolares de primaria que carecen de recursos económicos. (Art./25). En adelante, le bastará «promover» la creación de escuelas primarias; no crearlas. (Art./17). Huelga señalar los efectos de tan enorme injusticia y deserción del Estado en un mundo que exige, cada vez más, una justa distribución del saber entre todos los hombres.

(iii) Derecho social a la vivienda.

El Proyecto del CCD desconoce el derecho fundamental de la familia a contar con una vivienda decorosa (Art./10 de la Carta vigente). Libera en

realidad, al Estado de su obligación de atender preferentemente las necesidades básicas de la persona y de su familia en materia de alimentación, vivienda y recreación y de su inexcusable responsabilidad de promover la ejecución de programas públicos y privados de urbanización y vivienda y de fomentar el crédito hipotecario y los programas de autoconstrucción previstos en el Artículo 18 de la Carta actual.

(iv) Seguridad Social.

Con la misma mentalidad liberal, el estado sólo regula y supervisa la política de salud y «garantiza» el «libre acceso a prestaciones de salud y pensiones a través de entidades públicas, privadas o mixtas» (Arts./9 y 11). La Constitución vigente (Art.14) le impone en cambio, la obligación de prestarlas a través de una entidad estatal (IPSS) sin cerrar la posibilidad de servicios de carácter privado como las AFP de reciente creación. La diferencia es abismal.

Como en el caso de la educación, el objetivo es privatizar la seguridad social, por eso deroga el Artículo 14 que creaba el IPSS y por otro el Artículo 13 que consagró, bajo reserva constitucional los riesgos que la seguridad social debía cubrir. En sustitución, el Proyecto (Art./10) deja que la Ley «precise», esas «contingencias» lo que puede implicar la pérdida de algunos de los seguros considerados ya como derechos en la Carta vigente. Sus normas son un claro retroceso tanto más censurable cuanto que se intenta hacer de la seguridad social una fuente de lucro empresarial que podría poner en riesgo el reconocimiento y goce de derechos que la Constitución debió proteger explícitamente como lo hace vigente en su artículo 13.

(v) Pensionistas: Cesantes y Jubilados.

El Proyecto no contiene una sola norma que reconozca o regule y menos aún que garantice los derechos de cesantes y jubilados: reajuste periódico de pensiones teniendo en cuenta el costo de vida, y el derecho a indexarlas con haberes de los servidores en actividad (Arts./20, 60 y 8ª Disposición de la Carta de 1979). Por el contrario, les dedica sus tres primeras Disposiciones Transitorias que los desvirtúan, caricaturizan y recortan respectivamente. Representan igualmente un evidente retroceso que es tanto más grave cuanto que, en el futuro, el régimen pensionario correría a cargo de entidades de carácter privado. Esta circunstancia aconsejaba reglar con precisión los derechos de los trabajadores.

#### 4.- Menoscabo y desconocimiento de los derechos laborales y sociales.

En ningún aspecto, el Proyecto es más regresivo que en el aspecto laboral. Dos botones de muestra. Los trabajadores **pierden** el derecho a la **estabilidad**. Los empresarios adquieren el derecho al **despido**. A cambio, los trabajadores reciben «una garantía»: protección legal frente al despido «arbitrario». No es verdad pues que se «haya racionalizado el derecho a la estabilidad». Ha sido fulminado.

Los empresarios han ganado el derecho al despido que es diferente a la estabilidad y tiene un titular distinto. El Proyecto por otro lado, elimina la participación del trabajador en la gestión y, eventualmente, en la propiedad de la empresa así como las garantías específicas reconocidas a los sindicatos (Arts./56 y 51 de la Carta vigente).

El sesgo pro-empresarial es inocultable. La ley (que no debe interferir en los derechos del empresario) debe «cautelar» nada menos que el «ejercicio democrático» de los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga (Art./28). Mas aún, el proyecto que quiere una Constitución aceptivamente «social» invoca el «interés social» (que no cabe ni siquiera para la expropiación de bienes) como inspiración que debe tener en cuenta el estado para «regular» el derecho de huelga a fin que se ejerza en armonía con ese interés (Art./28 Inc.3), interés que no se reconoce como causa de expropiación ni como límite al ejercicio del derecho de propiedad. Ese sesgo niega al proyecto el carácter que toda constitución debe tener: pacto que armoniza intereses contrapuestos.

#### 5.- Desconocimiento de los derechos de las Comunidades Campesinas y Nativas.

El Proyecto del CCD desconoce la imprescriptibilidad e inembargabilidad de las tierras de comunidades campesinas y nativas que ahora pueden revertir al dominio del estado en caso de «abandono» (Arts./88 y 89). Ese pretexto, reeditará históricos agravios a las Comunidades Campesinas y pondrá a las Comunidades Nativas (en cierto modo nó-mades y trashumantes) en manos de inescrupulosos funcionarios y traficantes de tierras. La norma provocará, por fin, una nueva concentración de la propiedad.

#### 6.- Menoscabo y desconocimiento de los derechos de las instituciones sociales intermedias (Partidos, Sindicatos, Colegios Profesionales, Universidades, Asociaciones de Vecinos).

El carácter autocrático y centralista así como su

acentuada inspiración individualista hace que el Proyecto riña con toda forma de participación social. Es hostil, en efecto, a todas las instituciones intermedias sean territoriales (regiones, gobiernos locales) o de carácter social.

Niega a los partidos políticos sus funciones de intermediación y representación y los equipara a cualesquiera otras «organizaciones políticas». Priva a los sindicatos de las garantías de desarrollo autónomo, de existencia y de cumplimiento de sus funciones según lo reconocen los Artículos 51 y 52 de la Carta vigente. A los colegios profesionales se les recorta la posibilidad que la ley fije sus rentas y se pone en cuestión su función deontológica y gremial: deja librada al arbitrio de la ley, la determinación de la obligatoriedad o no de colegiación de las profesiones universitarias. De ese modo, se debilita la estructura de la sociedad civil y se facilita la absorción del hombre por el Estado. Esto, desde luego, no conduce con el propósito de reducir su presencia en la vida social y de liberar a la sociedad de las trabas que le impiden su libre desenvolvimiento.

### III. CONSTITUCION ANTIHISTORICA.

El Proyecto desconoce la Constitución histórica del Perú y sus instituciones fundamentales como:

#### a) El Bicameralismo.

El distrito múltiple y el bicameralismo, dentro de un régimen electoral libre y veraz. Hicieron del Congreso, una Asamblea que reflejaba, en sus grandes tendencias, los sentimientos de la nación. La centralización y concentración hacen cada día más urgente crear cauces de participación popular de la periferie en los órganos centrales de decisión nacional. El unicameralismo marcha pues a contrapelo de la historia y de las necesidades del Perú.

Un ciego concepto economicista de ahorro fiscal ha inspirado la supresión de una de las cámaras, y de ese modo, se ha restringido la posibilidad de representación de las circunscripciones de menor peso electoral favoreciéndose el centralismo en un órgano que se caracterizó precisamente por su estructura descentralizada.

#### b) La Descentralización.

Es una genuina aspiración provinciana que guarda concordancia con la necesidad de **democratización** mediante la difusión del poder en la sociedad y en el territorio del estado. Exige que se otorgue a las «colectividades territoriales» (región, provincia, etc.): Participación en la decisión de su destino.

Implica autonomía, es decir, competencias normativas y administrativas específicas sobre materias igualmente específicas. Cada comunidad debe «construir» las bases de sus desarrollo siguiendo su propia inspiración. El proyecto les niega toda autonomía.

#### **c) La afirmación constante de los derechos populares.**

La afirmación constante de los derechos populares ha sido -como dice el Preámbulo de la Carta vigente- el fruto del «largo combate del pueblo por alcanzar un régimen de libertad y de justicia». Es decir, el afán de asegurar la dignidad de la persona humana tan lastimada en nuestra sociedad por el colonialismo interno y sus dolorosas secuelas: la esclavitud, la servidumbre y el menosprecio por la raza indígena. Esa tendencia inspiró una muy avanzada legislación social que ahora se abandona en lugar de corregir sus excesos, justificó las reivindicaciones agrarias y comunales a las que se intenta poner fin, el empeño, no logrado, por una mejor y más justa distribución de la riqueza y la reivindicación de los valores ancestrales de la cultura andina como inspiración histórica y base de una identidad nacional aún no definida cabalmente.

#### **d) El reconocimiento de las competencias y funciones del Estado y de responsabilidades de la sociedad, la empresa y las personas frente a la economía y a la sociedad.**

El Proyecto so pretexto del «estatismo» (creado al margen de la Constitución de 1933 por el régimen castrense de 1968-80) niega funciones esenciales del estado (planificación, regulación, control, eventual producción y prestación de servicios) particularmente sociales.

Se pretende que la iniciativa privada (no sólo en la producción sino en los servicios sociales) llene el vacío del estado merced a las libertades de empresa y comercio, de trabajo (Art. 59). De ese modo el Estado se convierte en un simple promotor de los servicios particularmente de los servicios educativos y de salud antes que responsable de su prestación. Deja de ser protagonista, actor e incluso árbitro. Es prácticamente un espectador.

#### **e) La «Venta» de la nacionalidad.**

El Proyecto no sólo priva a la Constitución de todo acento nacionalista. Menosprecia el valor de la nacionalidad peruana. Permitirá legalizar el indigno tráfico mercantil intentado ya con la inconstitucional ley 26174 que permitía la venta de pasaportes

de los que se esperaba recaudar 350 millones de dólares. Cualquier extranjero podía adquirir la nacionalidad peruana por fax y previo depósito de dinero y sin pisar jamás suelo peruano o invertir un centavo en el Perú podía disfrutar de la nacionalidad. Con este objeto, se derogan los Artículos 90, 91 y 93 de la Carta vigente que exigen, como mínimo dos (2) años de residencia, para adquirir la nacionalidad peruana, y, la renuncia a la nacionalidad de origen, requisito que el Proyecto omite (Art./53). Así como desconoce el privilegio de la doble nacionalidad, consagrado, en favor de españoles y latinoamericanos para extenderlo presumiblemente a ciudadanos de otros orígenes para hacer más atractiva la «venta» de pasaportes peruanos.

#### **IV. CONSTITUCION VERGONZANTE.**

El Proyecto propone una Constitución vergonzante. No asegura su propio imperio. Socava los mecanismos e instituciones destinados a asegurar su vigencia y respeto. En efecto:

(i) Deroga el Artículo 307 de la Constitución vigente para impedir la sanción de los sediciosos del 5 de abril de 1992.

(ii) Caricaturiza el derecho de insurgencia. Lo niega a las Fuerzas Armadas a las que corresponde hacer prevalecer el orden frente a quienes usan de las armas contra el pueblo, su democracia o su Constitución.

(iii) Desnaturaliza el Habeas Data para convertirlo en un instrumento de restricción del derecho de prensa.

(iv) Somete el Tribunal Constitucional a la férula del Presidente de modo indirecto. Su elección por el Congreso, hará que no goce de autonomía para el control de constitucionalidad de la «legislación» que expedirán, casi por igual, el Congreso y el Presidente.

#### **CONCLUSION.**

El Proyecto del CCD merece rechazo por la estrechez de sus miras y el espíritu regresivo que lo ha inspirado. Pero también porque es un texto hecho «a medida» y por «encargo» de un autócrata que aspira a perpetuarse y que no tiene, ni podrá tener, una limpia ejecutoria constitucional. El Proyecto, es apenas la agenda de actividades de un gobierno inspirado en un muy primitivo egoísmo liberal individualista. Por ello, es decir, por su carácter contingente y circunstancial no puede ni debe prevalecer en la vida política y jurídica del país.

# RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL OBJETIVA

Por Alberto J. Bueres  
Profesor de Derecho Civil de la  
Universidad Nacional de Buenos Aires

*Acorde con la doctrina nacional mayoritaria, nuestro código civil ha recogido los factores atributivos de responsabilidad objetivas únicamente en el ámbito extracontractual. La idea de que la responsabilidad contractual también puede ser objetiva no es, por cierto, reciente en la doctrina comparada.*

*El Dr. Bueres, profesor de la Universidad Nacional de Buenos Aires, se ocupa del tema en el artículo que a continuación presentamos. Su posición resulta novedosa, sobretudo por el enfoque que el autor brinda.*

*El lector encontrará interesante, sin duda, la reformulación de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, cuya autoría se atribuye a Demogue.*

SUMARIO: I. El perfil subjetivista.- II. Un nuevo planteo de la cuestión.- III. La doctrina española y los intentos de suministrar una explicación coherente a la teoría tradicional.- IV. Obligaciones de medios y de resultado. Estado actual del asunto.- V. Reformulación del distingio entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado.- VI. Recapitulación. Nuestro pensamiento definitivo. ¿Obligaciones subjetivas y objetivas?.- VII. Consideraciones conclusivas.

## I. EL PERFIL SUBJETIVISTA.

Tradicionalmente, la responsabilidad contractual se hizo reposar en la idea exclusiva de culpabilidad<sup>2</sup>. La doctrina sólo admitió, de forma asistemática, la introducción de una cuña en la responsabilidad subjetiva- o afirmada como subjetiva, pues, en verdad nunca fue tal-, por vía de la obligación de seguridad, aplicada al contrato de transporte, de espectáculos públicos, concertado entre un establecimiento sanitario y un paciente, etc.<sup>3</sup>. También la idea de responsabilidad negocial fue referida por un sector de la opinión a la responsabilidad del deudor por acto ajeno con fundamentos

\* Agradecemos al Dr. Carlos Cárdenas Q. por entregarnos el presente artículo para su publicación.

<sup>1</sup> miembro de Número de la Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado; Director del Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Políticas, Jurídicas y Económicas de la Universidad del Museo Social Argentino; Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal.

<sup>2</sup> Rodríguez-Arias Bustamante, Lino, «Derecho de obligaciones», ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965, ps. 196 y 197; Gaudemet, Eugene, «Teoría general de las obligaciones», ed. Porrúa S.A. México, 1974, p. 405 y siguientes.

<sup>3</sup> Viney, Genevieve, «Les obligations. La responsabilité: conditions», en «Traite de droit civil» dirigido por L. Ghestin, ed. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1982, p. 629 y ss.; Vázquez Ferreyra, Roberto A., «La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contrato de trabajo», ed. Vélez Sarsfield, Rosario, 1988, p. 117 y ss.- en especial - Bustamante Alsina, Jorge, «Teoría general de la responsabilidad civil», ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987, n. 959 y ss., p. 338 y ss.; Bueres, Alberto J., «Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos», ed. Abaco, Buenos Aires, 1981, p. 32 y ss., en especial.

varios (p. ej.: la garantía o el riesgo)<sup>4</sup>. En fin se avizoraron responsabilidades objetivas en el dominio de los arts. 1118 y 1119 (referidos a los dueños de casa de hospedaje y establecimientos públicos, capitanes de buques y patrones de embarcaciones), cuyo colocamiento en el título de los actos ilícitos, extracontractuales es equivocado, ya que se trata de auténticos deberes contractuales<sup>5</sup>.

Sin embargo, reiteramos, la doctrina siguió suponiendo -salvo en estos escasos supuestos o en muy pocos otros - que la responsabilidad proveniente de un incumplimiento absoluto o relativo (moroso) tiene carácter subjetivo.

## II. UN NUEVO PLANTEO DE LA CUESTION.

a) La insuficiencia del criterio enunciado, sus contradicciones y su falta de realidad, nos movieron hace algún tiempo a propiciar una postura diferente<sup>6</sup>.

A partir de la admisión de las obligaciones de medios y de resultado como categoría válida, advertimos que en las últimas (en las de resultado) la prueba del incumplimiento por el acreedor descarta la culpa del solvens, la deja fuera de cuestión -ya que dicha culpa no juega ningún rol en la especie-. Por tanto, el susodicho deudor únicamente podrá eximirse de responsabilidad, probando el caso fortuito en sentido amplio. Esa actitud de descarte del elemento subjetivo (culpa) importa considerar que en estos casos el criterio legal de imputación es objetivo.

b) La opinión doctrinal entendió dogmáticamente desde antiguo y aún perdura la idea, que probado el incumplimiento del deber -o afirmada la existencia de la infracción- se generaba una presunción de culpa.

¿Qué tipo de presunción legal sería ésta? Es de una claridad meridiana que esa presunción no podría ser *juris tantum* (o relativa), puesto que al deudor le está vedado probar la no culpa. Tampoco es admisible que estemos frente a una presunción *juris et de jure* (o absoluta), dado que si el mero incumplimiento pusiera en marcha esa presunción

inexcusable, automáticamente, no sería factible luego demostrar la causa ajena -en tanto ésta resultaría inconciliable con aquella apriorística confirmación de autoría vestida con el ropaje de la ilicitud objetiva y de la culpabilidad-. En última instancia, estaríamos ante una imputación legal de culpa.

c) En otras parcelas del derecho de daños se suscitó esta cuestión y lentamente fue decidida con arreglo a los parámetros que nosotros sugerimos. Por ejemplo, cierta doctrina anacrónica -superada por su insuficiencia la teoría de la presunción *juris tantum* de culpa en la elección o en la vigilancia, o en ambas fusionadas (Lafaille, Acuña Anzorena)-, debió aceptar la realidad de una responsabilidad irrefragable del principal por el hecho del dependiente (art. 1113 parág 1), y recurrió a la noción de culpa objetiva u objetivada impuesta por razones de política legislativa e interés social, en el afán de no renunciar a los postulados subjetivistas -y de mantener el pernicioso esquema racionalista-. La falta de lógica que supone la aceptación de una culpa invencible, en la medida en que no se permite al deudor demostrar que no es culpable, condujo a la *communis opinio* a considerar que la responsabilidad refleja o propagada del principal es objetiva y se sostiene en la garantía legal, en el riesgo o en otros criterios de este raigambre.

d) La dilucidación del problema se tornó más dificultosa en las hipótesis de infracciones contractuales, fundamentalmente, ubicadas en el sector del hecho propio. Existe una larga tradición que, cuando menos hasta hace poco tiempo, pareció no permitir que se dejara de lado la subjetividad del deber de responder del deudor.

De todos modos, decíamos antes de ahora que hay que acabar con las irrealidades, con los dogmas estancos, y creemos que en estos momentos esas irrealidades y esos dogmas estancos están en franca vía de desaparición. Si, en efecto, estamos todos de acuerdo en que si se prueba la exigibilidad del deber no cabe al deudor la posibilidad de demostrar su ausencia de culpa, la responsabilidad será objetiva, pues sólo interesa la conducta eficaz, con prescindencia de que el sujeto haya obrado con culpa o sin ella. Por cierto que al no tener existencia la responsabilidad por el resultado (o por la mera

<sup>4</sup> No obstante, un caracterizado grupo de opinantes mantiene con firmeza la posición subjetiva (véase el análisis que realizamos sobre el estado de las cuestiones, en «*Responsabilidad civil de los médicos*», ed. Abaco, Buenos Aires, 1979, p. 151 y ss.). últimamente, la teoría subjetivista recibió la adhesión de Ferrán Badosa Coll, en su obra «*La diligencia y la culpa del deudor*», ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, ps. 769 a 796.

<sup>5</sup> Mosset Iturraspe, Jorge, «*Responsabilidad por daños*», ed. Ediar, Buenos Aires, 1971, t.I, p.127.

<sup>6</sup> Desarrollamos el pensamiento en «*Responsabilidad civil del escribano*», ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1984, cap. VII, p.55 y ss., y en «*El acto ilícito*», ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1986, ps. 53 a 61.



casualidad), ha de existir en la hipótesis implicada un factor de atribución. Nosotros expresamos que ese criterio legal de imputación bien podría ser genéricamente una obligación de seguridad especial, fundada en los arts. 1197 y 1198, parág. 1 -en lo esencial-. El ejercicio de la autonomía privada, la buena fe, la cooperación social -de la cual es instrumento la obligación- permiten exhumar ese crédito a la seguridad indisolublemente ligado al deber jurídico esencial al cual aquel crédito va referido. Esta sustentación de la obligación de fines en la seguridad es genérica -como quedó dicho-; de donde las normas jurídicas podrán establecer otros factores de atribución (p. ej.: riesgo, garantía, la tutela especial del crédito, etc.).<sup>7</sup>

e) En síntesis; las presunciones de culpa en las obligaciones de resultado, en el art. 1113 parág.1, y en cualquier otro caso en que no es permisible la liberación a base de la prueba de la diligencia, constituyen construcciones retóricas y racionalistas -en tanto quieren sin justificativo alguno mantener la coherencia de un sistema creado por el hombre y que posee una aparente armonía conceptual-. Esas construcciones desconocen por completo la realidad social; son, verdaderamente, ficciones de laboratorio que al carecer de contenidos válidos resultan jurídicamente inservibles.

j) Quizás por no captarse en su totalidad el fenómeno de los criterios legales de imputación se sostuvo que la mora es retardo objetivo y que no reclama el complemento de un factor de atribución (opinión de Borda apoyándose en Puig Brutau). La culpa - se dice por quienes siguen este derrotero sólo es necesaria para el nacimiento de la responsabilidad civil.

No compartimos este criterio. La mora no es mero retardo; se trata de un retardo jurídicamente calificado. La confusión, sin duda, proviene del hecho de que en la mayor parte de los casos, el retraso debe adjudicarse al adeudor, en justicia (imputatio juris), por medio de un factor de atribución objeti-

vo<sup>8</sup>. Los elementos de la mora coinciden con los presupuestos de la responsabilidad civil.

Asimismo, tanto en los casos de mora automática como en los de mora dependiente de interpelación, puede estar involucrado un criterio legal de imputación objetivo.

El Maestro Mosset Iturraspe, expresa que la mora automática es objetiva y que la mora con interpelación es subjetiva. En la primera hay un factor de atribución objetivo que es el riesgo (no basta con el simple retardo); en la segunda, la imputación jurídica se efectúa a título de culpa<sup>9</sup>. El jurista santafecino, disiente con Borda -para quien la mora es retardo a secas, sin calificación de derecho-, y con Moisset de Espanés, quien, al igual que Trigo Represas y Compagnucci de Caso, solamente admiten la mora de culpa.

Nosotros estamos de acuerdo en que la mora puede ser subjetiva -en el menor de los supuestos- y objetiva. Pero se nos ocurre que esa calidad no depende de la forma de producción de la situación jurídica. El deber de entregar la cosa en la compraventa no varía según que esté sujeto a un plazo determinado y expreso (cierto o incierto), a un plazo determinado y tácito o debido a que la obligación no se someta a la modalidad del plazo (pura y simple).

En consecuencia ¿por qué un deber de resultado como el mencionado ha de reconocer un tratamiento diverso en punto al factor de atribución, atendiendo a que su exigibilidad advenga por el transcurso del tiempo o por la interpelación? La mora no es subjetiva u objetiva por las contingentes características del plazo (incluso modificables por la voluntad de las partes puesto que el art. 509 contiene derecho supletorio), o por cuanto no exista plazo. La subjetividad que califica jurídicamente el retraso dimana de la ley -o más ampliamente del ordenamiento- en cuanto allí se considera de unas maneras específicas la clase de deberes a cum-

<sup>7</sup> Nuestra postura recibió importantes adhesiones en los últimos tiempos, véanse, por ejemplo: Zavala de González, Matilde, «Responsabilidad por riesgo. El nuevo art. 1113», ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1987, p. 232, texto y nota n.17; Pizarro, Ramón D., «Daño moral contractual», JA 1986-IV-924 y 925 y 931, texto y nota ns. 7, 8, y 9, y «La responsabilidad civil del titular registral de un automotor y la ley 22.297», JA 1985-II-799, nota n. 4; Vásquez Ferreyra, Roberto A., ob. cit. p.81 y ss., y «La responsabilidad contractual objetiva», LL 1988-B-998 y ss.; Bergel, Salvador Dario, «Informática y responsabilidad civil», en «Informática y derecho. Aportes de doctrina internacional», ed. Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 165 y ss.; Lozaiga, Eduardo, «Responsabilidad por hecho propio en el derecho argentino actual», LL 1986-D-941; Sandoval Luque, Esteban y Junyent de Sandoval, Beatriz, «Informática y responsabilidad objetiva», JA 1987-IVB-917; Andorno, Luis O., comentario bibliográfico en LL 1985-D-1224; Gesualdi, Dora Mariana, «Responsabilidad civil. Factores objetivos de atribución. Relación de causalidad», ed. Gherl, Buenos Aires, 1987, ps.39 a 42; Yzquierdo Tolsada, Mariano, «Responsabilidad civil del profesional liberab», ed. Universidad Pontificia Comillas. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Civil, Madrid, 1987, ps. 235 y 236.

<sup>8</sup> Bueres, Alberto J., «El pacto comisorio tácito y la mora del deudor», LL 1980-A-849 a 853, y «Responsabilidad civil del escribano», cit. p.62 y siguientes.

<sup>9</sup> Mosset Iturraspe, Jorge, «imputabilidad y mora. La mora en las obligaciones «cercabill» (cuyo lugar de pago es el domicilio del deudor)», LL 1982-A-716 y siguientes.

plir en vista de exigencias de justicia y de la propia conformación estructural y funcional de tales deberes<sup>10</sup>.

En las Segundas Jornadas Provinciales de derecho Civil, celebradas en Mercedes (Provincia de Buenos Aires), en la comisión que estudio el tema: «El estado de mora en el incumplimiento de las obligaciones» -presidida por la Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci-, la mayoría se expidió en el sentido de que la mora reclama un factor de atribución subjetivo u objetivo (nosotros formulamos una ponencia en esa dirección). La minoría conceptuó que el criterio legal de imputación sólo podía ser subjetivo.

Comentando la conclusión mayoritaria, se ha dicho que quienes la avalaron, presumiblemente se vieron influidos por la opinión de Mosset Iturraspe (a la cual hicimos referencia precedentemente)<sup>11</sup>.

Pensamos que ello no es exacto, pues el despacho de mayoría no hace ningún distingo entre la mora automática y la mora dependiente de interpelación. Además, nosotros en varias oportunidades habíamos hablado de mora objetiva, sin efectuar esa separación y sin reparar en la importante nota del profesor de la Universidad del Litoral - que citamos en la nota n.8 - al ser ésta posterior en el tiempo<sup>12</sup>.

De todas formas, la tesis de Mosset Iturraspe tiene un innegable mérito, pues proclama que el incumplimiento (moroso) es en oportunidades atribuible al deudor en función de un factor objetivo.

El temperamento, de seguro, ha de ser extensible al incumplimiento absoluto y a la responsabilidad civil (virtualidad del incumplimiento en sus dos fases).

Por consecuencia, se observa la presencia de una válvula de escape hacia la objetivación de los deberes de responder contractuales, circunstancia que entraña una superación del estrecho criterio de los autores apegados a la exégesis, al dogmatismo y a una tradición desbordada por la realidad social.

### III. LA DOCTRINA ESPAÑOLA Y LOS INTENTOS DE SUMINISTRAR UNA EXPLICACION COHERENTE A LA TEORIA TRADICIONAL.

a) Nos pareció significativo asentar las ideas de algunos autores españoles, ya que la doctrina ibérica ha estudiado con mucha seriedad la estructura institucional de la obligación -deuda y responsabilidad- (y dentro de ella la localización del *id quod interest* o *aestimatio rei*), y también la de los mayores daños que sufre el acreedor al margen de la prestación. Creemos que se ha desmigajado la temática y se intentó la ruptura de los moldes arcaicos; pero en líneas generales, no se alcanzó una total justeza, ni se removieron obstáculos fundamentales (p.ej.: la culpa irrefragable o la ignorancia de los factores objetivos en la responsabilidad contractual -aún reconociéndose la inoficiosidad de la culpa-).

b) Badosa Coll, en una recientísima y completa obra, entiende que en el Código Civil español la culpa posee dos significados: 1) la culpa hecho propio, y 2) la culpa negligencia. La primera (culpa hecho propio), está dada por la simple autoría directa o indirecta de la pérdida o deterioro del objeto de la obligación (ver. art. 1182 del Código español). A su vez, la culpa negligencia es la infracción al esquema de conducta propuesto por el ordenamiento con carácter exigible (art. 1101 del Código citado -contemplatorio, agregamos por nuestra parte, de la culpa como *nomen generale*, o sea de la culpa propiamente dicha y del dolo, en el incumplimiento absoluto y en la mora).

La culpa hecho propio -dice Badosa Coll- no crea una nueva obligación sino que perpetúa la originaria, mientras que la culpa negligencia hace nacer una nueva obligación -como sucede en el plano aquiliano<sup>13</sup>. Estas ideas, desarrolladas en un titánico estudio histórico, ponen de manifiesto que en las infracciones contractuales, a través de los tiempos, cuando no está en juego el análisis de la conducta obrada y el modelo de conducta debida (art. 1104 del Código español, y arts. 512, 902 y 909 del Código Civil argentino), hay una responsabi-

<sup>10</sup> Coincide con nosotros, Ramón D. Pizarro «*Daño moral contractual*», cit., p. 931, nota 7.

<sup>11</sup> Trigo Represas, Félix A., «*Los requisitos de la mora del deudor en las Segundas Jornadas Provinciales de Derecho Civil de Mercedes*» LL 1983-D-1115.

<sup>12</sup> Ver, por caso: «*El pacto comisorio tácito y la mora del deudor*», cit., p. 851. Algún tiempo después, Ernesto C. Wayar siguió el mismo iter, aunque con matizaciones subjetivistas más intensas («*Tratado de la mora*», ed. Abaco, Buenos Aires, 1981, ps. 347 y 348).

<sup>13</sup> Badosa coll, Ferrán, ob. cit., p. 661 y siguientes.

lidad objetiva, no obstante que se quiera mantener un sistema único basado en la culpa -y para ello se acuda a la que aquí se denomina culpa hecho propio-

c) Luis Diez Picazo refiere que una cosa es la satisfacción del *id quod interest* (en el Código argentino, art. 505, inc. 3) entendido como el valor de la prestación expresado en dinero, vale decir, como expresión equivalente a *aestimatio rei*<sup>14</sup>, y otra cosa diversa son los mayores daños que sufre el acreedor al margen del incumplimiento o cumplimiento defectuoso. A criterio del autor, la hipótesis del *id quod interest* no se fundamenta en la culpa, ya que la mayor diligencia no liberaría al deudor; para ello habría que probar un caso fortuito<sup>15</sup>. En cambio, la indemnización de daños y perjuicios constitutivos del resarcimiento integral se sustenta en la culpa a probar por el acreedor, sin defecto de que el deudor pueda exonerarse demostrando la diligencia necesaria. Este último resarcimiento descansa en los arts. 1101, 1102 y 1105 del Código español, en tanto que el *id quod interest* es regido por los arts. 1182, 1184, por el esquema del sinalagma establecido en el art. 1124 y por la disciplina de cada contrato<sup>16</sup>. El autor, en relación con el *id quod interest* parece enrolarse en las filas del objetivismo, pero no aclara cuál es el factor de atribución de responsabilidad; o bien, a falta de éste, no dice si es la mera casualidad la que produce la consecuencia mentada o si -conjeturalmente- se está frente a un efecto de la misma obligación originaria insatisfecha. En otro pasaje de su obra, Diez Picazo hace referencia a las presunciones irrefragables de culpa en el *id quod interest* -desvirtuables por el caso fortuitos, y a la necesidad de probar la culpa en la indemnización integral<sup>17</sup>. Y con esto último parecería distanciarse del sano principio de la responsabilidad objetiva. Nos quedan dudas, entonces, acerca de si la afirmación de que el *id quod interest* es ajeno a la culpa, se relaciona con la culpa a probar (art.1104 del

Código español y art. 512 del Código argentino) o con la culpa presumida *juris tantum* y, por lo mismo vencible por la culpa, pero no con la culpa inexcusable para cuya exclusión es menester revelar una causa ajena. De ser así la responsabilidad, en apariencia objetiva, seguiría siendo subjetiva. Queda en pie el interrogante. De todas formas, hay una cosa muy clara: la reparación integral al margen del *id quod interest* -es decir, la auténtica responsabilidad por daños en sentido estricto- para este autor descansa en la culpa salvo hipótesis de excepción.

d) Delgado Echevarría entiende que tanto la *aestimatio rei* como los mayores daños derivados del incumplimiento se rigen por los mismos principios. Si no hay imposibilidad liberatoria (*casus*) se responde por culpa (esto, subrayamos, debería tener lugar en los deberes de fines). La culpa del art. 1182, inferida a contrario, no es la culpa hecho propio de Badosa Coll, sino la misma culpa negligencia de los arts. 1101 y 1104- este último, en su primer párrafo, es similar el art. 512 del Código Civil argentino-. Asimismo, refiere el autor que la ausencia de culpa coincide con el *casus*<sup>18</sup>.

Aunque nos parece acertado no efectuar distinción alguna en el tratamiento estructural y funcional de la *aestimatio rei* y de la indemnización de perjuicios suplementaria, lo cierto es que Delgado Echevarría efectúa apreciaciones objetables, a saber: 1) la culpa (arts. 1104 del Código español y 512 del Código argentino), a individualizar sobre la base de un estándar subjetivo-objetivo -llamada por Badosa Coll culpa negligencia- no puede corresponderse exactamente con la culpa negligencia -no puede corresponderse exactamente con la culpa irrefragable del art. 1182 del Código español (válida para los deberes de fines). Más allá de ciertas disquisiciones que puedan realizarse en derredor de los antecedentes históricos suministrados por los derechos

<sup>14</sup> Diez Picazo, Luis, «Fundamentos del derecho civil patrimonial», ed. tecnos, Madrid, 1970, t.I., p.704. Esto es rigurosamente exacto, cuando menos para los deberes de fines. Luego añade Diez Picazo, que en las obligaciones de resultado, sinalagmáticas el incumplimiento de una parte le hace perder el derecho a la contraprestación con independencia de toda idea de culpa. Sólo en las obligaciones de medios la prueba de la prueba diligencia debida es criterio útil para conservar el derecho a la contraprestación (ob. y t. cits., ps.704 y 705).

<sup>15</sup> En doctrina se ha dicho que asimilar el *id quod interest* al valor económico de la prestación (*aestimatio rei*) es incorrecto, dado que el *id quod interest* y la *aestimatio rei* serían conceptos y realidades distintas (Delgado Echevarría, Jesús, «Derecho de obligaciones», ed. Bosch, Barcelona, 1985, vol. 1, ps. 258 y 280). No vamos a entrar ahora en disquisiciones semánticas y, por lo mismo, empleamos los giros latinos con valor equivalente -como normalmente se lo hace - (véase Bueres, Alberto J., «Objeto del negocio jurídico», ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1986, p.33).

<sup>16</sup> Diez Picazo, Luis, ob. y t. cits., ps. 705 y 716.

<sup>17</sup> Diez Picazo, Luis, ob. y t. cits. ps. 715 y 716. Asimismo, puede compulsarse el profundo análisis que efectúa el autor, acerca de las posiciones subjetivistas de Castan y Abaladejo, y de la posición de Puig Brutau - de quien dice que por la influencia de los anglosajones considera que la responsabilidad contractual es asunto de incumplimiento (*default*) y no de culpa (*fault*), aunque no abandona la línea subjetivista. Luego, Diez Picazo, menciona casos de responsabilidades contractuales que reputa *objetivas*, pero no precisa cual es el factor de atribución y no establece principios generales (ob. y t.cits., ps. 697 y 702).

<sup>18</sup> Delgado Echevarría, Jesús, ob. y t. cits. ps 238 y 259 y 260.

romano y francés, y de la exégesis del Proyecto de 1851 y del mismísimo Código español, nos parece más realista la teoría de la culpa hecho propio de Badosa Coll -aunque pensemos que es un recurso superado en la actualidad-. 2) La no culpa o ausencia de culpa (es decir lo opuesto a la conducta descrita por los arts. 1104 del Código español y 512 del nuestro) no es el caso fortuito.

El criterio de Delgado Echevarría desdeña todo dato objetivista, ya que en los deberes de resultado destaca que el incumplimiento -afirmado y no necesariamente probado - hace inducir la culpa del solvens (para el autor la culpa negligencia); y el referido deudor podrá hacer patente «su diligencia» ¿Qué es tal diligencia? El autor no lo aclara pero suministra dos posibilidades de exoneración: el caso fortuito (o ausencia de culpa) y el cumplimiento<sup>19</sup>.

#### IV. OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADO. ESTADO ACTUAL DEL ASUNTO.

a) Siempre fuimos defensores de esta clasificación

<sup>19</sup> Francisco Jordano Fraga, en densas páginas desliza estas reflexiones: 1) La culpa no es fundamento de la responsabilidad; lo es el incumplimiento. 2) Si la culpa fuera fundamento de la responsabilidad siempre la no culpa constituiría límite de dicha responsabilidad -cosa que no es así-. En las obligaciones de medios el deudor puede probar su falta de culpa, pero ello opera no ya como límite de responsabilidad sino a manera de cumplimiento (pago). No hay cumplimiento. 3) En las obligaciones de resultado el incumplimiento material -primario- es la falta de resultado, en tanto que en las obligaciones de medios el incumplimiento es la culpa. 4) Fijado de tal suerte el incumplimiento material o primario - que es meramente provisional-, se realiza a posteriori el juicio de responsabilidad que estableciera si hay o no incumplimiento definitivo. Por tanto, ni la falta de resultado (mera alteración física) ni la presencia de la culpa (incumplimiento primario), en las obligaciones de fines y de actividad, respectivamente, serán la última palabra, dado que el deudor, en ambos casos, podrá demostrar la imposibilidad liberatoria que es límite general de responsabilidad contractual. Si ello ocurre habrá liberación y extinción de la obligación; de no probarse ese *casus* el incumplimiento de provisional pasará a ser definitivo -e imputable- Jordano Fraga, Francisco, ob. cit., ps. 111, 160, 174 y ss., y 180 y 181, en especial). Coincidimos, en parte, con Jordano, pero sus razonamientos nos conducen a efectuar ciertas observaciones, a saber: 1) Decir que el fundamento de la responsabilidad contractual es el incumplimiento y no la culpa deja imprejuizado el asunto del factor de atribución. En los deberes de medios, la culpa -además de cooperar para que se determine el incumplimiento funcional, no el incumplimiento estructural- es factor de atribución. Pero ¿qué ocurre en los casos de obligaciones de resultado? Allí la culpa y la no culpa no tienen cabida; ni para conformar el incumplimiento, ni para liberar el deudor. Sin embargo, no estamos tan seguros de que para el autor sevillano exista una razón de imputación jurídica *objetiva*, ya que, por otro lado, afirma que «la culpa no es nunca fundamento directo de la responsabilidad, sino que es fundamento mediato o indirecto...» y que «para todas las obligaciones, la culpa es un criterio (general) de imputación del evento impositivo del cumplimiento -o del exacto cumplimiento-...» (ps. 21 y 240). 2) El incumplimiento, más que fundamento de la responsabilidad es un presupuesto de ella, o sea, un elemento del acto ilícito contractual (que permite inducir la antijuridicidad). 3) En las obligaciones de fines, la falta de resultado permite probar el *casus*, pero en las de medios de demostración de la culpa -para Jordano cumplimiento provisorio- excluiría la posibilidad ulterior del hacer patente la causa ajena.

<sup>20</sup> Bustamante Alsina, Jorge, ob. cit., ns. 825 a 827, p. 296 y ss.; Galli, Enrique V., «Obligaciones de resultado y obligaciones de medios», Revista Jurídica de Buenos Aires, Universidad Nacional de Buenos Aires, marzo 1958, t. I, p. 1 y ss.; Brebbia, Roberto M., «Algunas cuestiones de responsabilidad contractual: prueba de la culpa en la locación de servicios; el caso fortuito y la fuerza mayor», etc., Revista del Colegio de Abogados de Rosario, setiembre 1971, año III, n. 5, ps. 94 y ss.; Ghesi, Carlos A., «Fraude en la compraventa de automotores», ed. Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 36, nota n. 14; Cazeaux, Pedro N., en Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, Félix A., «Derecho de las obligaciones», ed. Platense, La Plata, 1987, t. I, p. 353 y ss.; Alterini, Atilio A., Ameal, Oscar J. y López Cabana, Roberto M., «Curso de Obligaciones», ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, t. II, 1213 y ss., p. 172 y ss.; Alterini, Jorge H., «Obligaciones de resultado y de medios», Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XX, ps. 705 y 706; Trigo Represas, Félix A., «Responsabilidad civil de los profesionales», ed. Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 80 y ss.; Alsina Aizenza, Dalmiro, «La carga de la prueba en la responsabilidad del médico. Obligaciones de medio y obligaciones de resultado», JA 1958-III-690 y ss.; Martínez Ruiz, Roberto M., «Obligaciones de medio y de resultado», LL 90-758; Rivera, Julio César, «Responsabilidad civil del síndico societario», ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1986, p. 39 y ss.; Vázquez Ferreyra, Roberto A., «La obligación de seguridad...», cit., p. 81 y ss.; Salas, Acdeel E., «Obligaciones, contratos y otros ensayos», ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 370 y ss.; Kemelmajer de Carlucci, Aida, «Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad civil de los profesionales de la construcción», Revista Jurídica de San Isidro, n. 18, enero-junio 1982, p. 126; Pizarro, Ramón D., «Daño moral contractual», cit., ps. 924 y 925 y 931; Zavala de González, Matilde, ob. cit., ps. 924 y 925 y 931; Zavala de González, Matilde, ob. cit., p. 232, texto y nota n. 17; Berget, Salvador Darío, ob. cit., p. 165 y ss.; Gesualdi, Dora Mariana, ob. cit., p. 31 y ss.; Bueres, Alberto J., «Responsabilidad civil de las clínicas...», cit., p. 128 y ss., y «Responsabilidad civil del escribano», cit., ps. 49 y siguientes.

de las obligaciones, la cual rectamente explicada, tiene indudable valía. En nuestras investigaciones llegamos a la conclusión de que los aspectos procesales inherentes a la prueba de la culpa - en las obligaciones de medios - son contingentes: el actor ha de demostrar la culpa o ésta puede presumirse *juris tantum* - poniendo al demandado en situación de dar la prueba de la no culpa (sin perjuicio del *casus*)-. Pero lo realmente importante y sustantivo del distingo, es la diversidad en el factor de atribución; culpa en las obligaciones de medios y responsabilidad objetiva en las obligaciones de fines. En dicha inteligencia, es vital perfeccionar el significado de la no culpa -como situación intermedia entre la culpa y el *casus*- y de ubicarla en su sitio, como así, de delimitar el sector de funcionamiento de causas ajenas o del caso fortuito (*casus*) -en donde penetramos no sólo las hipótesis del art. 513 y 514, sino también aquellas otras que fracturan el nexo causal (causación de la víctima, del tercero, etc.)

En general, la clasificación es admitida por casi toda la doctrina nacional<sup>20</sup>. Sin embargo, algunos juristas han tratado de desprestigiarla, sin conseguirlo, ya

que en algunas oportunidades acaban por aceptar su vigencia, y en otras no pueden superar la barrera de la no culpa como eximente de responsabilidad diversa del caso, y cuyo funcionamiento sólo tiene lugar en algunos deberes jurídicos calificados (los de medios)<sup>21</sup>. En rigor, ante algunos obstáculos que pudieran aparecer en el caso -como sucede con cualquier instituto jurídico- (p.ej.: las dificultades con que se enfrenta el paciente para probar la culpa del médico), en lugar de buscar soluciones apropiadas, que existen, se intenta prescindir de categorías jurídicas válidas. Es lo que se calificó como el pragmático escepticismo<sup>22</sup>.

En las Jornadas Australes de Comodoro Rivadavia, celebradas en 1981, se afirmó ligeramente que estamos trabajando con una clasificación de la doctrina francesa de medio siglo atrás y que paulatinamente va siendo dejada de lado o minimizada (véase: «Jornadas Australes de Comodoro Rivadavia. Responsabilidad Civil», coordinador Luis Moiset de Espanés, ed. Dirección General de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1984, ps. 476 y 477).

La afirmación es totalmente inexacta, pues, por el contrario, la doctrina francesa de los últimos

cincuenta años, y sobre todo, la de los últimos tiempos utiliza la clasificación con asiduidad<sup>23</sup>. Es más, Jordano Fraga - el talentoso civilista sevillano - señala con acierto que en el derecho francés la clasificación se ha convertido en la summa divisio de todas las obligaciones, y en la piedra de toque de la responsabilidad contractual<sup>24</sup>.

Asimismo, el distingo es aceptado con beneplácito en Alemania, y por la communi opinio en España e Italia<sup>25</sup>.

Bajo otra luz, en nuestro país se dice, en ocasiones, que la clasificación es dogmática (o sea, que es una verdad revelada inexcusable), y que no es legal. El argumento se transformó en una muletilla repetida sin mayor reflexión, pues la inclusión expresa de la clasificación en la ley, ni siquiera hubiera sido ansiada por los corifeos del positivismo legalista. Dichas clasificaciones son resorte de doctrina y su inclusión en los cuerpos legales sólo se justifica en casos excepcionales (cuando ello sea imprescindible por razones de claridad y precisión). Así, pues, los Códigos español, alemán, suizo y portugués, no contienen una clasificación de los contratos, al modo en que ello ocurre en nuestro Código (arts. 1138 a 1143). Y a nadie se le ocurría

<sup>21</sup> Nos remitimos a las críticas que formularamos a algunas opiniones doctrinales, en «*Responsabilidad civil de las clínicas...*», cit, p. 138 y siguientes.

<sup>22</sup> Yzquierdo Tolsada, Mariano, ob. cit., p. 232.

<sup>23</sup> Véase: Pianqueel, André, «*Obligations de moyens, obligation de resultat (Essai de classification des obligations contractuelles en fonction de la charge de la preuve de cas d' inexecution)*», Revue trimestrielle de droit civil, Paris, 1972, p. 334 y ss.; Viney, Genevieve, ob. cit., p. 629 y ss.; Rodiere, R., «*La responsabilité des médecins, en Journées juridiques*», publicación de «*La Société de législation comparée*», Paris, 1968, p. 571 y ss.; Le Toumeau, Philippe, «*La responsabilité civile*», ed. Dalloz, Paris, 1982, p. 400 y ss.; Frossard, J., «*La distinction des obligations de moyens et des obligations de resultat*», ed. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1965, n.20 y ss.; Mazeaud, Henri, «*Essai de classification des obligations déterminés et obligations générales de prudence et diligence*», Revue trimestrielle de droit civil, 1936, p.1 y ss.; Mazeaud, Henri y León y Tunc, André, «*Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*», ed. Ejea, trad. por Luis Alcalá Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1977, t.I, vol I, n. 103-2, p. 126 y ss.; Penneau, Jean, «*La responsabilité médicale*», ed. Sirey, Paris, 1977, n.29, p.22, n.32, p.37 y n.33, p.38; Chabas, Françoise, «*Responsabilidad médica y seguro en el derecho francés*», LL. 1984-D-933 y ss.; Lemaire, Jean Francois e Inbert, Jean-Luc, «*la responsabilité médicale*» ed. Presses universitaires de France, Paris, 1985, p.58 y siguientes, entre otros.

<sup>24</sup> Jordano Fraga, Francisco, ob. cit., ps. 172 y 173, nota n. 162. A su vez, Yzquierdo Tolsada - refiriéndose a lo afirmado en las Jornadas Australes de Comodoro Rivadavia - , expresa que no es cierta la afirmación de que en Francia la distinción de las obligaciones de actividad y de resultado esté abandonada. Y cita «por todos» (autores) a Frossard - en la obra que mencionamos en la nota anterior - (conf. Yzquierdo Tolsada, Mariano, ob. cit., p.233, texto y nota n.33). También es categórica Viney cuando dice que toda la doctrina francesa admite la clasificación - «la doctrine es aujourd'hui unanime a admettre le principe de la distinction entre obligations de moyens et obligations de resultat...» (ob. cit., p.634).

<sup>25</sup> Entre los autores españoles pueden consultarse: Hernández Gil, Antonio, «Derecho de obligaciones», ed. Maribel Artes Gráficas, Madrid 1960, t. I, p. 124; Jordano Fraga, Francisco, ob. cit., p. 172 y ss.; Díez Picazo, L., ob. y l.cits., ps. 442 y 443; Giltrama González, Manuel, «*En convergencia de dos humanismos: medicina y derecho (sobre el contrato de servicios médicos)*», Anuario de Derecho Civil, año 1977, p. 307 y ss.; Santos Briz, Jaime, «*Responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*», ed. Montecorvo, Madrid, 1981, p. 719; Yzquierdo Tolsada, Mariano, ob. cit., p. 222 y ss.; De Angel Yagües, Ricardo, «*Obligaciones de medios y de resultado. Frustración del fin*», Anuario de Derecho Civil, enero-abril 1985, p. 209; Lacruz Berdejo, José Luis, en Lacruz Berdejo y otros, «*Derecho de obligaciones*», ed. Bosh, Barcelona, 1985, vol. 1, p.483; Fernández Hierro, José Manuel, «*Responsabilidad civil médico-sanitaria*», ed. Aranzadi, Pamplona, 1984; Delgado Echevarria, Jesús, ob. y l. cits., p. 238; Ataz López, Joaquín, «*Los médicos y la responsabilidad civil*», ed. Montecorvo, Madrid, 1985, p. 85. En la doctrina italiana, véanse: Cattaneo, Giovanni, «*La responsabilità medica nel diritto italiano*», en «*Responsabilidad médica*», Collana della Rivista Responsabilità Civile e Previdenza, Giuffrè, Milano, 1982, p. 11; Bonassi Benucci, Eduardo, «*La responsabilità civil*», ed. Bosch, trad. por Juan V. Fuentes Lojo y José Pérez Raluy, Barcelona, 1958, ps. 9 y 10; Mengoni, L., «*Obligaciones di risultato e obbligazioni di mezzo*», En Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, año 1954, t.I, p. 383 y siguientes.



afirmar, ante semejantes omisiones, que no existen los contratos típicos y atípicos, los onerosos y gratuitos, los unilaterales y bilaterales.

Por los demás, estamos convencidos que la clasificación surge virtualmente de la ley, pues en ésta se define la culpa, se alude a la no culpa, al caso fortuito, a la responsabilidad objetiva y a sus eximentes, etc. (arts. 511, 512, 513, 1109, 1113, parágs. 1 y 2, etc.). El Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, también recogió el distingo (art. 514, 1113 parágs. 1, 2, 4 y 5)<sup>26</sup>.

Por último, debemos notar que el Código polaco de las obligaciones de 1934 consagró expresamente la calificación en el art. 540, en cuanto expresa: «el deudor es responsable por no haberse comportado con los cuidados exigidos por las relaciones leales (obligaciones de medios) o por una relación jurídica dada (obligación de fines)<sup>27</sup>.

b) En los últimos años se ha escrito mucho sobre las obligaciones de medios y de resultado. Juzgamos que de todo ese material merece rescatarse, a efectos de ser analizados en detalle, dos notables trabajos -provenientes de las plumas de dos grandes juristas -; uno de Eduardo A. Zannoni y otro de Atilio A. Alterini<sup>28</sup>.

c) Zannoni, sin desconocer de manera radical la existencia de las obligaciones de medios y de fines, ha tratado de relativizarla, de restarle envergadura<sup>29</sup>. El autor expresa su pensamiento de este modo:

1) Las obligaciones de medios y de resultado se originan en la identificación entre el objeto de la obligación y la prestación - conducta debida - (p.911).

Estimamos que no es así; la categoría no depende del objeto, sea éste una conducta para satisfacer

un interés - como suponemos nosotros - o que se lo considere constituido por los bienes (la conducta sería el contenido).

El distingo, en vista de que la estructura externa es idéntica en ambos tipos de obligaciones<sup>30</sup>, esta fincado en el alcance del cumplimiento (obtención del fin en los deberes de resultado y actuación diligente en los deberes de medios), circunstancia que, por consecuencia, permite concluir que en las obligaciones de fines el factor de atribución es objetivo y que en las obligaciones de medio es subjetivo.

2) Repetimos que el objeto de toda obligación, cualquiera sea su clase, es un plan o conducta del deudor para satisfacer un interés del acreedor. Tanto el comportamiento como el interés integran dicho elemento<sup>31</sup>. Zannoni conceptúa que el objeto son los bienes o utilidades, y que el contenido está dado por la conducta (ps. 911 y 912).

Ahora bien; el autor citado señala que nosotros criticamos su postura objetivista, que prescindiría de la conducta deshumanizando la obligación, y reputando que, por ese camino, tal relación jurídica, ontológicamente, podría llegar a ser un deber libre. Añade Zannoni, que nuestra apreciación es equivocada (por cuanto no hay deberes libres). Y en todo caso, agrega, más deshumanizante es pretender fundar responsabilidades objetivas en las denominadas obligaciones de resultado, sin interesar el cumplimiento de la conducta debida (p. 912, texto y nota n. 10).

Estas objeciones que nos hace el distinguido autor mendocino no son justificadas por los siguiente:

a) Cuando criticamos las posiciones objetiva o patrimonialistas -en un punto a la naturaleza de la obligación- al ocuparnos del objeto de la relación obligatoria (Nicoló, Satta, Andreoli, Hartmann,

<sup>26</sup> Bustamante Alsina, Jorge «*Algunas acotaciones críticas al proyecto de unificación legislativa civil y comercial*», LL 1987-E-866; Trigo Represas, Félix A., «*La responsabilidad civil en el anteproyecto de ley de unificación de la legislación civil y comercial de la Nación*», LL 1987-C-874. Instituto del Colegio de Abogados de San Isidro, «*La responsabilidad profesional en el art. 1625 del proyecto de unificación civil y comercial*», *Revista Iuri*, Doctrina departamental, ed. Iuri, S.A., año 1, n.1, enero 1988, ps. 124 a 126.

<sup>27</sup> Mazeaud, Henri y León y Tunc, André, ob. cit., t. I, vol. ns. 103-6, ps. 135 y 136.

<sup>28</sup> Zannoni, Eduardo A., «*Las denominadas obligaciones contractuales de resultado y el incumplimiento sin culpa en el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial*», *Revista del derecho comercial y de las obligaciones*, año 20, diciembre 1987, ns. 119/120, p. 908 y ss.; Alterini, Atilio Anibal, «*Carga y contenido de la prueba del factor de atribución de la responsabilidad contractual*», LL 1988-B-947 y siguientes.

<sup>29</sup> Zannoni, Eduardo A., nota cit., p. 910, último párrafo, y 919, último párrafo, y «*El daño moral en la responsabilidad civil*», ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, ps. 12 a 14.

<sup>30</sup> Bueres, Alberto J., «*Objeto del negocio jurídico*», cit., ps. 155 y 156.

<sup>31</sup> Bueres, Alberto J., «*Objeto del negocio jurídico*», cit., ps. 151 a 155.

Rocco, Mengoni, Koper, Polacco, Grazin, Jallu, etc.), dijimos que ellas en su formulación extrema desembocan en la teoría del deber libre. Esta teoría descuenta que el incumplimiento del deber (auténtico no deber desde este miraje) no es ilícito y, por tanto, no acarrea sanción. Brunetti, por caso, señala que el derecho del acreedor no se dirige hacia el adeudor sino contra el Estado. En general, estas observaciones fueron realizadas por todos los autores que ensalzan el valor de la conducta en la obligación - y que repudian el rechazo de la juridicidad del débito -<sup>32</sup>.

La crítica, pues, iba para Binder y Brunetti - y sus seguidores -, y no para Zannoni, quien considera que la obligación no es un deber libre, correctamente, ya que el solvens debe (jurídicamente) cumplir aunque pueda (físicamente) no hacerlo; y el incumplimiento es sancionable<sup>33</sup>.

Nuestras diferencias con Zannoni van referidas a la estructura externa de la obligación. Para nosotros el objeto de tal relación jurídica es la conducta y el interés; para Zannoni ese objeto son los bienes. La prestación, según este jurista es el contenido del deber (entidad que nosotros reservamos para anexarla a la estructura interna de la obligación cúmulo de facultades que posee el sujeto activo sobre el objeto)<sup>34</sup>. No obstante, en última instancia, la estructura concebida por Zannoni -próxima a la auspiciada por Vallet de Goytisolo<sup>35</sup> - coincide con la nuestra en cuanto a consecuencias, mucho más que la estructura pensada por otros doctrinarios, ya que, por ejemplo, Doménico Barbero (que llama objeto a los bienes y contenido a la conducta), al explicar la estructura institucional de la obligación refiere que en la etapa de deuda el acreedor sólo tiene una expectativa jurídica - respecto de la conducta -, y que el derecho subjetivo - dirigido hacia los bienes del solvens - nace en el tramo de la responsabilidad<sup>36</sup>.

b) No es verdad-como manifiesta Zannoni- que nosotros afirmamos que la conducta no está presente en todas las obligaciones, genéricamente

hablando. Y, por consiguiente, e inexacto que las obligaciones de resultado, en las que hay responsabilidad objetiva, medie una deshumanización de la relación obligacional. Toda obligación, reiteramos una vez más, sea de medios o de fines, tiene por objeto una conducta proyectada hacia el futuro tendiente a colmar un interés apetecido por el accipiens. Ese comportamiento se actúa de forma espontánea (pago) o bien, inobservado por el deudor - y por ello preexistente da lugar a que se pongan en marcha los poderes coactivos del acreedor. Y en esto hay humanización. Otra cosa distinta es que en algunas obligaciones, a efectos de que se configure el incumplimiento auténtico - desde un ángulo funcional y no estructural - interese la conducta culpable, mientras que en otras obligaciones sólo importa la conducta finalista, teleológica, con prescindencia de la culpa. Queda en claro que no debe confundirse la conducta culposa con la conducta ineficaz -sea o no culposa<sup>37</sup>. En suma; es decir que la conducta no basta para actuar en el contenido de la obligación en el deber de fines (responsabilidad objetiva) no significa que esa conducta (actividad programada) no exista. pero lo real es que a ella debe adosarse inexorablemente el fin. La diligencia del comportamiento, que es otro quid, es lo inoficioso.

3) Señala Zannoni que todo fenómeno de responsabilidad contractual se hace presente ante la frustración del resultado (p.913).

La apreciación es cierta y no merece reparos. Sin embargo, ello no puede hacer perder de vista el hecho de que a veces se frustra el fin y no hay responsabilidad, a pesar de que medie autoría del deudor (ya que a éste le está permitido probar la no culpa). En otras oportunidades, se frustra el resultado y únicamente habrá exención del deber de reparar al margen de la autoría del obligado, o sea, si se demuestra un casus. Es que la frustración del resultado -en los deberes de fines y en los de actividad- conforma un incumplimiento estructural (antijurídico), que, al propio tiempo será incumplimiento funcional (auténtico) en las obligaciones

<sup>32</sup> Bueres, Alberto J., «Objeto del negocio jurídico», cit., ps. 152 a 153. Ver asimismo, Vallet de Goytisolo, Juan, «Panorama del derecho civil», ed. Bosch, Barcelona, 1973, ps. 180 y 181.

<sup>33</sup> Sobre esto, véase: Sancho Rebullida, Francisco de Asis; en Lacruz Berdejo y otros, «Derecho de obligaciones», ed. Bosch, Barcelona, 1985, vol.1, p. 23 y ss. - cuando enfatiza en que lo vinculado es la conducta.

<sup>34</sup> Bueres Alberto J., «Objeto del negocio jurídico», cit., ps. 151 a 154.

<sup>35</sup> Vallet de Goytisolo, Juan, ob. cit., ps. 181 a 183.

<sup>36</sup> Ver los comentario a la tesis de Barbero, en Díez Picazo, Luis, ob. y t. cit., p. 354; Vallet de Goytisolo, Juan, ob. cit., p. 183. Asimismo, conf. Giorgianni, Michele, «La Obligación», ed., Bosch, trad. por E. Veldera y Tuelle, Barcelona, 1955, p. 179 - cuando refuta los argumentos de Pachioni-.

<sup>37</sup> Mazeaud, Henri y León y Tunc, André, ob. cit., t.1, vol i, n. 103-6, p. 134.



de resultado. Pero dicho incumplimiento funcional (auténtico) - es decir, in solutione- adviene con la conducta culpable en los deberes de actividad (la no culpa constituye el pago o cumplimiento).

4) También destaca Zannoni que la responsabilidad contractual descansa, salvo excepciones, en una atribución subjetiva del incumplimiento. Y luego - tras criticar la categorización de las obligaciones de medios y de resultado en la ley, y en el art. 1625 del Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial-, asienta que la responsabilidad contractual objetiva sólo debería imponerse por razones de política legislativa en limitados supuestos - v.gr. en materia de transporte- (ps. 913 y 919).

Según nuestra óptica el principio hoy día es inverso. La responsabilidad contractual es esencialmente objetiva. Pretende una limitación de las obligaciones de resultado - que Zannoni reconoce, engendran deberes reparatorios objetivos - sería desvalioso desde el punto de vista de la víctima, verdadero epicentro de la responsabilidad-justicia, e importaría desconocer que desde hace muchísimos años la prueba del incumplimiento descarta la culpa y solamente permite la exoneración si se hace patente un *casus* (este criterio funciona todavía con el razonamiento de quienes prohijan la culpa irrefragable). El art. 512, como el art. 511 y sus concordantes, reclaman una apropiada interpretación funcional, a base del contexto y de los fines (infra IV., d)5)]. La culpa, fuera del minúsculo catálogo de obligaciones de medios, aparece en palabras de Jordano Fraga, como un criterio connotado de anacronismo<sup>38</sup>.

5) A renglón seguido, dice Zannoni que la obtención del resultado -que funda el interés de cumplimiento- constituye siempre el objeto de la obligación. Sólo que en algunos casos la obtención de ese resultado depende exclusiva o casi exclusivamente de la conducta debida del deudor, y en otros depende también de diversas circunstancias más o menos complejas - previsibles o no-, que toman a ese resultado aleatorio y que son externas a la conducta debida. Pero la magnitud del álea es una cuestión de hecho: no se la puede formular a priori y dogmáticamente, pues saber en que medida la conducta «prudente y diligente» del deudor es condición necesaria para alcanzar el resultado, es un *posterius*. En la realidad, no se juzgan a priori los deberes de prudencia y diligencia,

sino que ese juicio se hace a posteriori para establecer si, y hasta que punto, su inobservancia ha sido determinante de la frustración del resultado esperado y, por ende, fuente de daños al acreedor (ps. 918 y 919).

Frente a la realidad de un resultado insatisfecho, se nos ocurre proponer estos interrogantes: ¿siempre es posible probar la culpa del deudor o éste puede relevar sus diligencia (art. 512), excepto en hipótesis puntuales como en el tema del transporte? O bien ¿se puede establecer *ex post facto* - dada la frustración del resultado - cuando funciona solamente el caso fortuito, o cuando el asunto juega en el plano de la culpa no culpa, atendiendo a la indefectibilidad o aleatoriedad del resultado - con cual los medios y los fines existirían y estarían diferenciados aunque en un *posterius*-?

Cualquiera sea el sentido del pensamiento de Zannoni, nosotros pensamos que no hay prognosis póstuma. La obligación es creada por una fuente y perfilada estructuralmente desde su génesis. En tal momento quedará cristalizado, si se empeñaron fines o medios con arreglo a la ley, la voluntad de las partes, el sentido de justicia, etc.<sup>39</sup>. Cuestión distinta es que el análisis sobre la esencia de las obligaciones de medios y de fines sea llevada a cabo por el interprete, una vez sobrevenido el incumplimiento, pero sobre datos previos, genéticos, sobre algo ya construido -aunque muchas veces no haya sido calificado-.

6) No se si esta amistosa polémica se encuentra aun incabada (tal vez subsista). De todas formas ella ha sido sumamente valiosa, pues el talento del contradictor, nos ha movido a intentar la profundización de los conceptos, circunstancia que lleva anejas las posibilidades de mejorar ideas y rectificar rumbos equivocados.

d) Con Atilio A. Alterini coincidimos en algunos aspectos esenciales del tema examinado, como estos: 1) es admisible la categoría de las obligaciones de medios y de resultado; 2) la no culpa cualquiera sea su significado- es una entidad distinta del caso fortuito, 3) en la actualidad, se impone una mayor flexibilidad - con respecto a los moldes tradicionales - en la prueba del factor de atribución.

No obstante, en el trabajo de Alterini se efectúa un exhaustivo y erudito estudio de algunos aspectos conectados con el asunto, arribándose a conclu-

<sup>38</sup> Jordano Fraga, Francisco, *ob. cit.*, p.60

<sup>39</sup> Conf. Salas Acdee, E., *ob. cit.*, p. 372 (n.10).

siones que, en oportunidades, contradicen puntos de vista que insinuamos o afirmamos en publicaciones anteriores. En lo que sigue trataremos de analizar esas diferencias.

1) Destaca Alterini que en las obligaciones de resultado, a veces, es menester probar la causa ajena, mientras que otras veces alcanza con la demostración de la falta de culpa. Aclarando esta idea, añade que las obligaciones del primer grupo son obligaciones de resultado agravadas y las del segundo grupo son atenuadas (n.5, ap.b], y n.15).

2) Decir que una obligación es de resultado sólo permite saber que el adeudor tiene la carga de probar algo - variable y proteico - para liberarse de responsabilidad, que en general es la falta de culpa (carga que, además, no es siempre exclusiva de dicho sujeto). Decir que una obligación es de medios sólo permite saber que la prueba versa sobre el incumplimiento y la culpa, porque es frecuente que sea el deudor quien tiene la carga de probar que cumplió o que, habiendo incumplido, obró sin culpa (n.24).

Pero con referencia a esto último, antes afirmaba, que en las obligaciones de medios la situación presenta algunas complejidades. En el ejemplo típico de los servicios médicos, se sostiene que el acreedor debe probar el incumplimiento y para ello debe dejar en evidencia la culpa del demandado, puesto que ambos aspectos (incumplimiento y culpa) son inescindibles. Este punto de vista, sin embargo, ha sido contradicho, ya que se estimó que aun cuando haya sido probado el incumplimiento, el deudor tiene la posibilidad de acreditar útilmente la falta de culpa; por ejemplo, se prueba que el médico desatendió las visitas domiciliarias que exigía el curso de la enfermedad (incumplimiento), pero ello no obsta a que él acredite que su ausencia de culpa se debió a causas justificadas (falta de culpa). (n.18).

3) Acerca del caso fortuito o fuerza mayor, señala Alterini que dicha eximente rompe el nexo causal, atañe, de tal suerte, a la causación y no al factor de atribución. Pero ha sido frecuente considerar el caso fortuito como opuesto lógico de la culpa -y no de la causación-, y lo cual puede hacer inteligible que se haya terminado exigiendo al deudor una prueba extrema (la ruptura del nexo causal) en situaciones en las que el sistema legal no requiere tan compleja y extrema demostración, y cita un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil, sala D el voto es nuestro, en donde se decidió que demostrada por el paciente la frustración del resultado -o sea la causación del daño- sólo asistirá al ente de salud o al médico la posibilidad de

probar una causa ajena: culpa de la víctima, hecho de un tercero o el casus genérico de los arts. 513 y 514. Asimismo, aclara -con cita de los Mazeaud y Tunc- a propósito de esa aceptación de casus que no anexa a éste con la causación, que «ante la infracción al cumplimiento, si deriva de la omisión de la diligencia debida en virtud del contrato hay culpa; pero si para cumplir hubiera sido menester una diligencia extraordinaria -excedente de la debida- hay caso fortuito o fuerza mayor. Alterini refiere que transita un camino paralelo a esta concepción la opinión de Brebbia y de Compagnucci de Caso, según la cual en la responsabilidad subjetiva fundada en la culpa, el caso fortuito puede ser externo o interno (n. 5, ap. cj, texto y notas ns. 9 y 10).

4) En las obligaciones de resultado, por el juego de las reglas de pago, viene a resultar que, de ordinario, el deudor -que pretende liberarse, art. 505, in fine- está precisado a probar que cumplió.

5) Alterini observa que el art. 511 establece la responsabilidad de deudor cuando por culpa propia dejó de cumplir la obligación. Y luego aclara que la responsabilidad «sin culpa» no es el caso fortuito del art. 513. A su vez, el art. 888 contempla la imposibilidad de la prestación «sin culpa del deudor», y de acuerdo al art. 724, última parte, la imposibilidad de pago extingue la obligación. En las obligaciones de dar, el deudor responde de la pérdida o deterioro «por culpa» (art. 579, 585, 603, 612, 613 y 615), pero no responde cuando ello acontece «sin culpa» (art. 580, 587, 611 y 614). Igual solución cabe en las obligaciones de hacer y en las de no hacer (arts. 627 y 632).

Luego analiza el art. 512, que define la culpa, y su conexión con los arts. 902 y 909, y hace hincapié en los casos de excepción en que el Codificador contempló la culpa grave y la culpa leve en concreto.

Más adelante, expresa que si la culpa es lo opuesto a la diligencia, basta para la liberación la prueba de haber obrado diligentemente. Esa diligencia no es la genérica abstracta, sino «la referida concretamente a la obligación del caso». Y luego explica que el deudor obró sin culpa - a efectos de excluir su responsabilidad- cuando demuestra que la obligación pudo ser cumplida pero mediante el empleo de una diligencia extraordinaria, mayor que la debida en orden a la naturaleza de la obligación y las circunstancias del caso (vale decir, acotamos por nuestro lado, que se está apuntando al incumplimiento sin culpa definido en el art. 514 del Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial).

También dice Alterini que en doctrina se viene

sosteniendo que entre el caso fortuito y la culpa hay una zona intermedia: la falta de culpa. Y que esto fue apoyado en las Segundas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil (Mendoza, año 1971, tema IV, recomendación IV).

Por último, menciona supuestos extravíos de los Códigos Civil y de Comercio, y de algunas leyes especiales, en donde se asienta que el deudor responde por «su culpa» o se libera si obró «sin culpa», razón por la cual en tales casos habría obligaciones de resultado en que el deudor se libera demostrando su falta de culpa (n.15).

Pasamos a contestar estas consideraciones conclusivas en el orden expuesto.

1) La no culpa por falta de culpa, rectamente apprehendida como opuesto natural al significado dinamante del art. 512, sólo funciona en los deberes de medios. Las presunciones iuris tantum de culpa -desvirtuables con la prueba de la diligencia, no son un tercer género que rompe la clasificación de las obligaciones de medios y de fines, no constituye una clase de deberes de este último tipo (de fines) atenuados -(Véase infra IV, d), punto 5, y 5, a).

2) Acerca de lo expresado en derredor de las obligaciones de resultado nos remitimos a lo expuesto en el punto anterior.

En cuanto a lo dicho sobre las obligaciones de medios, advertimos que en ellas el incumplimiento estructural está dado por la falta de obtención del fin, mientras que el incumplimiento funcional exige la presencia de la culpa; y la no culpa significa tanto como dar la prueba del pago<sup>40</sup>. Ese incumplimiento estructural tiene razón de ser ya que el fin aspirado por el acreedor se integra con la conducta del objeto de la obligación<sup>41</sup>. Pero el verdadero incumplimiento, el trascendente, es sin lugar a dudas el funcional -ya que es el que apareja la responsabilidad del solvens-.

Ahora bien; en las obligaciones de medios en las cuales la carga de la prueba de la no culpa se pone en cabeza del deudor (art. 1113 parág. 2 supuesto 1ro.; art. 1625, pto. 2) del Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial -en cuanto se conecta con el art. 514-, el incumplimiento estructural es suficiente para hacer la susodicha presunción de culpabilidad.

Con estas precisiones sobre el incumplimiento en los deberes de actividad, vamos a examinar el ejemplo puesto por Alterini, en relación con los servicios médicos. Nos parece que si el facultativo desatendió las visitas que exigía el curso de la enfermedad (es decir, concurrió irregularmente al lugar donde estaba el enfermo), actuó con culpa. Si, en cambio, el profesional visito de modo insuficiente al paciente, y aquél prueba que ello obedeció a «causas justificadas», en la medida que esas circunstancias sean causas ajenas ya no habrá culpa (probada), pues se fracturará la relación de causa a efecto<sup>42</sup>.

El asunto podrá ser distinto si el paciente atribuye al médico no haberlo asistido con frecuencia necesaria -lo cual no quiere decir que la simple afirmación del primero entraña, de suyo, la culpa del segundo-, y el médico se anticipa para disipar cualquier duda y prueba que las visitas eran suficientes (no culpa). En tal caso, el origen del daño quedará en el anonimato (o sea la verdadera causa), pero el profesional cumplió la prestación con su actuación diligente.

Finalmente, Alterini cita la opinión de Belluscio, la cual es errónea y se funda en una desajustada interpretación de lo que afirma Borda -en su trabajo citado en la nota n.42-. Señala Belluscio que si en las obligaciones de medios el acreedor tuviera que probar la culpa del deudor, éste carecería de toda ofensa una vez producida esa prueba. Y sin embargo no es así, pues puede invocar un caso for-

<sup>40</sup> Jordano Fraga, Francisco, ob. cit., ps. 174 a 181.

<sup>41</sup> Bueres, Alberto J., «Objeto del negocio jurídico», cit., ps. 155 a 156

<sup>42</sup> Efectuamos esta interpretación en base a un ejemplo puesto por Borda «*Problemas de la culpa contractual*», (LL 111-929) - a quien cita Alterini-. Allí, Borda se refiere al «*Incumplimiento total del médico*» y no a una desatención de las visitas exigidas por el curso de la enfermedad (hecho éste que podría hacer suponer la alusión a un cumplimiento defectuoso). Y en cuanto a la interpretación del giro «causas justificadas», ella obedece a que Borda cree que ese incumplimiento total *no ha menester de la culpa* y, por consecuencia, el médico sólo podrá poner como límite de su responsabilidad la *causa ajena*. Lógicamente, si el ejemplo de Alterini apuntara a un *incumplimiento total* y no a un cumplimiento defectuoso *en cuyo caso nosotros admitimos desde ya que equivocamos las bases fácticas de desarrollo realizado en el texto*, ello nos conduciría a un tema sumamente espinoso: el del emplazamiento del incumplimiento total (sobre esto, véase la posición de Dalmiro A. Alsina Atienza y la posición de Atilio A. Alterini, Ameal y López Cabana, y Jorge H. Alterini que compartimos, en «Responsabilidad civil de los médicos», cit. ps. 186 y 187).

tuito<sup>43</sup>. Hace algunos años señalábamos que este planteamiento de Belluscio no era real. Si el acreedor probó en el juicio la culpa del deudor categórica y definitivamente, es indudable que ello excluye la posibilidad de que se demuestre el *casus*, o a todo evento la falta de culpa. Esa prueba de la culpa es reveladora del incumplimiento -dado que incumplimiento y culpa no pueden disgregarse-.

En la práctica, sucede que acreedor y deudor aportan pruebas: el primero para probar la culpa -ya que esto es fundamental cuanto tiene de su lado el *onus probandi*-; el segundo para demostrar su no culpa o el caso fortuito. Pero al cabo de la etapa probatoria, el juez decidirá, de forma excluyente, si hubo culpa del demandado o si éste probó su no culpa o la culpa ajena. Inclusive, puede suceder que si el pretensor corre con la carga de la prueba de la culpa y no demuestra dicho elemento subjetivo -por desinterés, ineficiencia procesal, etc.- la demanda sea rechazada, aunque no se haya evidenciado la falta de culpa del demandado o el *casus* (esto último, por lógica, sería diferente si la carga de la prueba de la no culpa es impuesta por la ley al deudor)<sup>44</sup>.

3) La acepción de la expresión caso fortuito como equivalente a culpa no prestable es incorrecta. La culpa no prestable -perfilada en el art. 514 parág. 2 del Proyecto de Unificación de La Legislación Civil y Comercial- es culpa, supone autoría de *solvens* (y por ende, no destruye el nexo causal). Esa culpa no prestable es irrelevante en los deberes de fines -como lo es la culpa prestable-, y no es la ausencia de culpa que tiene cabida en los deberes de actividad [infra IV,d),ap. 5) a];

Por lo que respecta, el fallo dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil, sala D, en el que actuamos como vocal ponente, confesamos que -a virtud de esa peculiar acepción del *casus*- no

pasó por nuestra mente en ningún momento la necesidad de exigir al deudor una prueba extrema (la ruptura de la relación causal) si hubiera podido liberarse probando la falta de culpa. Sucede que en la especie el paciente sufrió un daño ocasionado por una cosa riesgosa (un aparato intensificador de imágenes utilizado en el acto quirúrgico). En tales condiciones, y a pesar de no ser aplicable al art. 1113 parág. 2 supuesto 2 -por no encuadrar la cuestión en la órbita extracontractual (art.1107)-, lo cierto es que la clínica y el médico fueron deudores contractuales de una obligación de seguridad de naturaleza objetiva por la cosa utilizada. Por tanto, evidenciada la infracción dañosa sólo restaba a los demandados probar una causa ajena. Muy distinta sería la situación si el deber asumido frente al enfermo fuera de medios -como acontece normalmente en la actividad médica- ya que en tal caso la no culpa hubiera sido idónea para acreditar el cumplimiento de la prestación<sup>45</sup>.

4) En las obligaciones de fines de actor tiene que probar el incumplimiento (falta de resultado); no le basta con demostrar la existencia de la obligación y afirmar la inejecución<sup>46</sup>. En consecuencia, es lógico que en la porfía procesal, ante el intento del acreedor de probar el incumplimiento el deudor se anticipe y pruebe el incumplimiento (la obtención del resultado). Pero ello no excluye, reiteramos, que la carga de probar el incumplimiento recaer en cabeza del acreedor, y que patentizada dicha circunstancia el caso fortuito actúa como límite de responsabilidad.

Por tal razón, nos parece que el art. 1625 ap. 2 supuesto 2 del Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, pensando originalmente, fue bien reemplazado por el actual texto. Expresaba el artículo primitivo: «..Pero si de lo convenido o de las circunstancias resultara que el profesional debió procurar un resultado determi-

<sup>43</sup> Belluscio, Augusto César, «Obligaciones de medios y de resultado. Responsabilidad de los sanatorios», LL 1978-C-30. En verdad, Borda -como señalamos en la nota anterior- alude a un incumplimiento liso y llano, que no reclama la prueba de la culpa, y que sólo habilita la exoneración del *solvens* con la revelación de resultado -comp. Alsina Atienza, Daimiro A., nota cit., p.590-). Pero Belluscio, parte de la premisa de que, según la concepción que él critica, la culpa se prueba en forma efectiva. De ser así, ello excluiría la factibilidad de hacer patente la causa ajena -como decimos en el texto

<sup>44</sup> Bueres, Alberto J., «Responsabilidad civil de las clínicas...» cit.ps. 152 y 153.

<sup>45</sup> CNac. Civ. sala D, Astesiano, Alberto M. v. Policlínica Bancaria 9 de Julio, 7/9/84, JA 1986-I-221. En cuanto a la opinión de Brebbia y Compagnucci de Caso -que compartió también Trigo Represas- vertida en las 5as. Jornadas Sanrafaelinas, -tema: «Caso fortuito y fuerza mayor: su funcionamiento en los casos de responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva» (conf. «Temas de derecho civil», ed. Universidad, Buenos Aires, 1980, ps. 111 y 112 y 116)-, nos parece que ella no se refiere a una conexión entre el caso fortuito y la culpa no prestable pues estos autores tienen muy claro que el *casus* excluye la relación causal -no es un factor de inculpabilidad- (ver opinión de Brebbia, en «Temas de derecho civil», cit. p.82). Nosotros analizamos la hipótesis y dejamos sentado el criterio que creemos más acertado (véase: «Responsabilidad civil de las clínicas...», cit., ps.209 a 212).

<sup>46</sup> En contra: Delgado Echeverría, Jesús, ob. y t. cits. p. 238

nado, corresponde a él probar su consecución...»<sup>47</sup>. Estimamos que la sola afirmación del cliente, en el sentido de que el profesional no cumplió, es insuficiente para hacer prosperar la demanda. Al cliente le cabe probar el incumplimiento (falta de resultado), sin defecto que el profesional demuestre el cumplimiento (la consecución del resultado) -actividad facultativa- enervando el propósito de aquél. O que si prevalece en la actividad probatoria el profesional -poniendo de manifiesto el incumplimiento- el cliente tenga que hacer patente el *casus*. En el reformado art.1625, citado, parecería que si el cliente invoca el incumplimiento, nada más, corre por cuenta del demandado la prueba del pago para evitar el éxito de la pretensión, cuando en rigor no es así.

El nuevo precepto incorporado al Proyecto que cuenta con media sanción de la Cámara de Diputados, refiere que «...si de lo convenido o de las circunstancias resultara que el profesional debió obtener un resultado determinado, sólo se liberará demostrando la incidencia de una causa ajena...». Le criterio es elogiado en cuanto supone que corresponde al cliente probar la infracción que no obsta, por naturales e implícitas razones, a que este último pruebe el pago y paralice el intento de revelación del incumplimiento.

5) a) El art. 511 y muchos otros preceptos insertados en el Código Civil, en cuanto hablan de daños causados «por culpa: o «sin culpa» del deudor, no pueden interpretarse sin tener en cuenta el hecho de que en el época en que Vélez Sarsfield redactó el Código, y aún en nuestro tiempo, era y es común la creencia que la falta de culpa es equivalente al caso fortuito<sup>48</sup>.

La falta de culpa, o no era conocida o aparecía muy difusa, Aun más, tampoco aparece nítido ese tercer género cuando Demogue sistematiza la célebre división entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado<sup>49</sup>.

De ahí que, con arreglo a una mentalidad doctrinal antigua, puramente subjetivista, podría concluirse que en el Código Civil, sin culpa es igual al caso fortuito, y con culpa equivale a la culpa irrefragable o invencible -contra la cual sólo se puede intentar la fractura del no causal-. Esto es inatacable en los deberes de fines. Y en los deberes de medios, una mente evolucionada, a lo sumo, podría extraer del giro sin culpa la no culpa que eximiría de responsabilidad al deudor (inculpabilidad), sin perjuicio de que también pudiera eximirlo el *casus* (incausalidad). La culpa prestable ya no sería la irrefragable inexcusable -mera imputación legal de culpa-, sino la merecida por el intérprete con arreglo a lo dispuesto en los arts. 512, 902, 909 y concordantes, valiéndose del sistema concreto abstracto (o tornasolado) previsto por el Codificador<sup>50</sup>.

De otra parte, el art. 511 en cuanto parece consagrar un principio general de responsabilidad contractual por culpa, no puede interpretarse literalmente y aislado del resto del ordenamiento. Ya antes de la sanción de la ley 17.711 la doctrina admitía que en el viejo Código de Vélez Sarsfield existían numerosos supuestos de responsabilidad objetiva, contractuales y extracontractuales. Entre los primeros, podemos citar las obligaciones de seguridad objetivas, fundadas, básicamente, en el principio de la buena fe (art.1198 parág. 1), la responsabilidad del deudor contractual por acto ajeno, la emergente de los artículos 1118 y 1119, la derivada de la evicción y vicios redhibitorios, el deber resarcitorio engendrado en la violación de las obligaciones genéricas, etc.<sup>51</sup>. En materia extracontractual la responsabilidad subjetiva de los arts. 1067 y 1109, en lo esencial, no pudo resistir al arrollador avance de la responsabilidad objetiva. El deber del principal por el hecho del dependiente (art. 1113 parág. 1), la responsabilidad del dueño o guardián de un animal doméstico o feroz -con excepción de la hipótesis del art.1127 (factibilidad de probar la no culpa cuando se escapó un animal doméstico)-, la obligación de reparar del guardián

<sup>47</sup> Este parecería ser el pensamiento de Alterini, cuando dice que - de ordinario- en las obligaciones de resultado el deudor si pretende librarse está precisado a demostrar que cumplió.

<sup>48</sup> Conf. Delgado Echeverría, Jesús, ob. y t. cit., ps. 257 y 258.

<sup>49</sup> Repárese que Llambías niega que exista la no culpa en la órbita contractual, y refiere que donde termina la culpa comienza el caso fortuito («*Tratado de derecho civil. Obligaciones*» ed. Perrot, Buenos Aires, 1973, t.II, n.172, p.213, nota n.67), siguiendo a René Savatier.

<sup>50</sup> Bueres, Alberto J., «*Responsabilidad civil de los médicos*», cit., p. 196 y siguientes.

<sup>51</sup> Sobre los dos últimos supuestos mencionados en el texto, ver: Mosset Iturraspe, Jorge, «*Responsabilidad por daños*», cit., t. p.126; Ramella, Anteo, «*Los lineamientos generales del sistema de responsabilidad civil y las V Jornadas de Derecho Civil*», separata de la Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fe, n.120, 32a. serie, 1978, p.193.

de una cosa en el dominio del art. 1113 -sustentada en el riesgo o la garantía- (con independencia de la responsabilidad subjetiva del dueño contemplada por el hoy derogado art. 1133<sup>52</sup>).

Con la posterioridad a la sanción de la ley 17.711, las responsabilidades objetivas por equidad del art. 907 parág. 2 y por el abuso del derecho del art. 1071, pueden funcionar en las órbitas contractual y extracontractual<sup>53</sup>. Y en materia extracontractual, el art. 1113 parág. 2 supuesto 2, consagró la responsabilidad del dueño o guardián por la acción autónoma de las cosas y a título de riesgo.

Es evidente, pues, que la mens legislatoris (de Vélez Sarsfield), no sólo que no es la mens regis del propio Código Civil, sino que no es, tan siquiera, por obvias razones cronológicas, la mens legislatoris del reformador del año 1968 (y la ley 17.711 incorporada al Código Civil). Nos preguntamos: ¿qué ha quedado del art. 1109, interpretado conforme a su aparente sentido originario? Según esta opinión, el precepto comprende los daños causados con su cuerpo y algunas pocas situaciones dañosas (la traba indebida de medidas cautelares). De acuerdo a otro criterio, un poco más lato, el art. 1109 regiría los supuestos mencionados, y aquellos de daños causados por el hombre utilizando cosas que responden dócilmente a su designios (las lesiones ocasionadas con un cuchillo o un revólver), en tanto que el art. 1113, en su párr. 2, contemplaría el nocimiento provocado por las cosas que son peligrosas en sí mismas pero que deben ser guardadas o vigiladas por el hombre (presunción de culpa; supuesto 1), y por las cosas peligrosas o viciosas (presunción de responsabilidad a título de riesgo; supuesto 2).

Es más; el avance de la responsabilidad objetiva desborda el hoy estrecho marco del art. 1109 y, además, tiende a arasar hasta con las presunciones de culpa que se suponían vigentes en el dominio de algunos preceptos. Así, pues, Mosset Iturraspe estima que la responsabilidad de los padres por el hecho de sus hijos menores reviste naturaleza objetiva (arts. 1114 - ahora modificado por la ley 23.264 1115 y 1116)<sup>54</sup>.

En resumidas cuentas; así como la culpa ya no puede elevarse a categoría de principio general en materia extracontractual, tampoco puede hacérselo en el sector contractual del art. 511 y sus concordantes. Por tanto, cuando ciertos artículos del Código dicen sin culpa del deudor, ha de entenderse que quieren significar sin responsabilidad del deudor. Si el deber es de medios esa falta de responsabilidad surgirá de la evidencia de la inexistencia de culpa o del casus; si el deber es de fines sólo de la demostración de una causa ajena. Cuando la ley expresa por culpa del deudor, ello equivale a decir que hay responsabilidad del solvens. En los deberes de medios se estará apuntando a la culpa que supone ponderación entre la conducta obrada y la conducta debida (arts. 512, 902, 909 y concordantes), mientras que los deberes de resultado la expresión irá referida al deber objetivo del deudor derivado del afianzamiento de un resultado - insatisfecho- (o bien, para los subjetivistas amantes de la ficciones, a la culpa inexcusable sólo vencible por el casus<sup>55</sup>).

b) Párrafo aparte merece el significado de no culpa, ausencia de culpa o falta de culpa, como tercer género situado entre el confín de la culpa y el casus. Badosa Coll, señala que en vista de la existencia de un modelo abstracto de comparación, la culpa

<sup>52</sup> Bueres, Alberto J., «El acto ilícito», cit., ps. 49 a 61

<sup>53</sup> Sobre la equidad conf. Salas, Acdeel, E., ob. cit., p. 376; Garrido, Roque y Andorro, Luis, «Reformas al Código Civil. Ley 17.711» comentada, Ed. Victor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1971, p. 158. En cuanto al abuso de derecho, Viney puntualiza que en alguna ocasión, la Corte de Casación Francesa estableció que la violación de un contrato mediante abuso del derecho -al igual que las violaciones de esta índole al margen de todo nexo negocial- aparejan responsabilidad aquiliana. La autora crítica, con razón, la postura de la Corte, pues si se trasgrede la norma de un contrato, el deber de reparar es contractual -> cette solution, a varti direassez inexplicable pour l'abus d'un droit Issu du contrat lui-meme-. Y cita en refuerzo de la posición contractualista a Huet, de la Massuet y Durry (ob. cit. p. 228).

<sup>54</sup> Mosset Iturraspe, Jorge, «La responsabilidad de los padres y la evolución de la familia», LL. 1979-B-523. Esta opinión está cobrando cuerpo en la doctrina española, a propósito del texto del art. 1903 parág. 2 CC., hispánico, pues hay autores, como Rogel Vide y León González, que suponen que la presunción allí establecida no puede dejarse de lado por la simple prueba de la ausencia de culpa (ver el estado de la cuestión, en: De Angel Yagüez, Ricardo, «La responsabilidad civil», ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1988, ps. 122 a 126).

<sup>55</sup> Recordamos que Díez Picazo entiende que la responsabilidad por el *Id quod interest* no se fundamenta en la culpa, y el régimen a aplicar es el mercado por los arts. 1182 a 1184 (ob. y t. cit., ps. 704 y 705). Estos preceptos se refieren a la pérdida de la cosa debida, y en ellos se habla de pérdida o destrucción del objeto «sin culpa» del deudor (art. 1182), o de que, si la cosa se pierde en poder del deudor se presumirá que ello ocurrió «por culpa y no por caso fortuito» (art. 1183), etcétera. En cuanto al asunto en nuestro Código Civil, conceptuamos que en una futura reforma legislativa habría que corregir los artículos que con impropiedad aluden al comportamiento del deudor «por culpa» o «sin culpa», ya que la doctrina y la jurisprudencia prescindieron de la letra de tales textos. Además, debería efectuarse una depuración del Código, derogándose los preceptos que proporcionan soluciones inaceptables (acso del art. 1572).



en general es la transgresión de ese modelo en cualquiera de sus grados. La culpa prestable, es el quebramiento del modelo en el grado jurídicamente exigible en el caso concreto; y la culpa no prestable es la vulneración del modelo en un grado o grados no exigibles (el autor piensa que la culpa no prestable coincide con la culpa prestable en que es culpa -infracción de diligencia-, y con el caso fortuito en cuanto a su efecto: la exención de responsabilidad<sup>56</sup>.

Y bien ¿probar la no culpa es revelar que no se incurrió en una culpa prestable, o es preciso hacer patente que ha mediado una culpa no prestable ?

El Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, en el art. 514 párr. 2 dice que hay incumplimiento «sin culpa» cuando el deudor acredita que, para cumplir, habría sido menester emplear una diligencia mayor que la exigible por la índole de la obligación.

En general, la doctrina se pronunció en contra de lo expresado por el sobredicho art. 514 en su dicción textual, pues se entiende que probar la no culpa es poner en evidencia que el deudor obró con la prudencia y diligencia reclamadas por la naturaleza de la obligación. No ha de exigirse al solvens la prueba de que para satisfacer la prestación, debería evidenciar una diligencia superlativa, extraordinaria, algo fuera de lo común, atendiendo a la índole de la obligación<sup>57</sup>.

En consecuencia, probar la no culpa es demostrar que el deudor no incurrió en la culpa prestable que será la culpa común o corriente, de habitual, y ha de ser la culpa leve en concreto por excepción (arts. 512, 902, 909, 1724, 1908, 2202, 2291, etc.). Esta es por lo demás la acepción que creemos fue captada por la doctrina nacional.

<sup>56</sup> Badosa Coll, Ferrán, ob. cit., ps. 689 y 690.

<sup>57</sup> Trigo Represas, Félix A., «La Responsabilidad civil en el anteproyecto...», citps. 874 y 875.

<sup>58</sup> Llambías, Jorge J., ob. y t. cit. n.171, p.211.

<sup>59</sup> Llambías, Jorge J., ob y t. cit. n. 206, p.251, nota nro. 186, donde critica la solución del art. 1572 - diferente de la del Código Francés -

<sup>60</sup> La calificación de la obligación del comodatario (art. 2266), ha suscitado alguna perplejidad en la doctrina. Cazeaux, dice que es un supuesto de culpa leve en concreto (ob. y t. cit. p.387), mientras que Roque F. Garrido y Jorge A. Zago, suponen que la diligencia exigida es la del buen padre de familia («*Contratos civiles y comerciales*» ed. Universidad, Buenos Aires, 1988, t.II p.702). De razonarse así, estaríamos frente a una obligación de medios. Nosotros pensamos que al no aludir la ley a un modelo de conducta determinado, si hubiese culpa (a meritar) habría que recurrir a los principios de los arts. 512, 902 y 909. De todas formas no hay motivos para entender que la obligación en análisis tiene una esencia distinta a la de los arts. 1416, 1561 o 1836, de donde concluimos que en ella se afianza un resultado.

<sup>61</sup> Se ha dicho que la violación de esta obligación hace nacer una presunción *juris tantum* de culpa en contra del depositario (Borda, Guillermo A., «*Tratado de derecho civil argentino. Contratos*», ed. Perrot, Buenos Aires, 1974, t.II, n.2033, p.648), desvirtuable -acotamos nosotros- a base de la demostración de una no culpa referida al modelo *quam in suis*.

c) En otro orden de ideas ¿es posible demostrar la falta de culpa en algunas obligaciones de resultado?

Contestamos decididamente que no. Es los deberes de fines de prueba de la diligencia del deudor no está autorizada, sea que la no culpa se conciba como revelación de una actitud que no importa culpa prestable, bien como el dejar de resalto de que se violó el modelo inexigible (culpa no prestable).

Los casos mencionados por Alterini (n.17) se refieren a obligaciones de resultado o a obligaciones de medios. Entre los primeros podemos ubicar, por ejemplo los supuestos de los art. 1416, 579, 581, 603, 610 y 612 del Código Civil, y art. 476 del Código de Comercio, en la compraventa<sup>58</sup>; el caso del art. 1561 en la locación de cosas<sup>59</sup>; el del art. 1836 en la donación; y el del art. 2266 en el comodato<sup>60</sup>. En cuanto a la hipótesis de obligaciones de medios, encontramos en el listado, el supuesto de los arts. 2202 y 2210 referidos al depósito regular - en el cual la culpa restable es la excepcional culpa leve en concreto (cuam in suis)<sup>61</sup>.

En correspondencia con ello, advertimos que si bien el último caso citado (arts. 2202 y 2210) vendría a encuadrar en las que Viney llama obligaciones de resultado atenuadas, en tanto se siga que la pérdida o deterioro de la cosa depositada hace nacer una presunción de culpa del depositario <sup>61</sup>, lo real es que esos deberes jurídicos calificados constituyen obligaciones de medios. Y en los restantes casos que mencionamos en el párrafo anterior, en que están implicadas obligaciones de fines, la diligencia del deudor está descartada de plano; el giro sin culpa es igual a sin responsabilidad (casus) y la expresión con culpa quiere significar que hay responsabilidad objetiva del solvens.



## V. REFORMULACION DEL DISTINGO ENTRE OBLIGACIONES DE MEDIOS Y OBLIGACIONES DE RESULTADO.

a) La clasificación de las obligaciones de medios y de fines ha sido adjudicada incesantemente a René Demogue, de quien se dice habría sido inventor de la categoría<sup>62</sup>. Sin embargo, la opinión autorizada entiende que ya existían rastros de ella en el derecho romano, en la obras alemanas de Fischer y Berhoft, en la obra italiana de Osti, y en las investigaciones francesas como las de Domat y Planiol<sup>63</sup>. Como quiera que sea, Demogue difundió la doctrina y utilizó por primera vez la terminología obligations de moyens et obligations de resultat.

En cuanto al pensamiento de este último autor (Demogue) sobre el tema, él consideraba que en las obligaciones de resultado la prueba del incumplimiento engendra una persecución de culpa del deudor (fute présumé), la cual solo podía ser desvirtuada con la prueba del caso fortuito. En cambio, en las obligaciones de medios, corresponde al acreedor demandante la prueba de la culpa del deudor demandado (faute prouvée) y éste podrá plasmar su diligencia (no culpa) o el caso fortuito. La clasificación, así concebida es válida para las dos esferas de responsabilidad<sup>64</sup>.

La rigidez del esquema de Demogue, en el cual la diferenciación de obligaciones de medios y de fines, al estar siempre fundadas en la noción de culpa, sólo parecería tener importancia a los efectos de marcar el régimen de la prueba de dicho elemento subjetivo, tal vez comenzó a hacer crisis en esa formulación estática con las objeciones realizadas por Paul Esmein<sup>65</sup>. Este autor advirtió que en materia contractual podían existir cuatro posibilidades en orden a la prueba, a saber: 1) obligaciones en que la culpa debe demostrarse por el acreedor; 2) obligaciones en que la culpa se presume iuris tantum y, consecuentemente, el deudor puede probar la no culpa para eximirse de responsabilidad; 3) obligaciones en que la culpa se pre-

sume inexcusablemente, y el demandado sólo puede probar el casus; y 4) obligaciones en que la culpa se presume inexcusablemente y el deudor responde aunque haya ocurrido un caso fortuito<sup>66</sup>.

Quizás estas reflexiones llamaron la atención sobre el hecho de que, a veces, probada la infracción dañosa nacía una presunción de culpa (relativa) venible por la no culpa.

Genevière Viney cree que en tales casos existen obligaciones de resultado atenuadas, mientras que en los casos en que únicamente libera la causa extraña hay obligaciones de resultado agravadas. Y luego de puntualizar que las obligaciones de fines atenuadas no aparecen con frecuencia en la ley, menciona dos ejemplos de ellas. El art. 1732 del Code Civil estatuye que el locatario responde de las pérdidas causadas durante el tiempo que usa la cosa, a menos que pruebe que ello tubo lugar sin culpa suya. A su vez, el art. 38 de la ley del 18 de junio de 1966 sobre el fletamento y el transporte marítimo, dispone que el transportador es responsable de la muerte y de los daños que sufran los viajeros a causa del naufragio, abordaje, echazón, explosión, incendio o cualquier otro siniestro mayor, salvo prueba a su cargo, de que el accidente no es imputable a su culpa o a la de sus dependientes<sup>67</sup>.

En nuestro país, se pensó que la división de las obligaciones de medios y de resultado regía en materia contractual, pero que no era factible extenderla al ámbito aquiliano, ya que en éste existía un tercer género: el de los daños provocados con las cosas (art.1113 parág 2 supuesto 1), donde es viable probar la no culpa<sup>68</sup>. También la clasificación fue tildada de imperfecta al caerse en la argañaza que supone el concebir la hipótesis contemplada en la susodicha norma legal -presunción de culpa del dueño o guardián de la cosa- como una obligación de resultado<sup>69</sup>.

Nosotros señalamos antes de ahora que el supuesto de daños causados con las cosas, no conforma un

<sup>62</sup> Le Toruneau, Phillippe, ob. cit., n.1303, p.415.

<sup>63</sup> Jordano Fraga, Francisco, « Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico ». Revista de legislación y jurisprudencia, enero 1985, Madrid, p.38; Yzquierdo Tolsada, Mariano, ob.cit.,p.224 y 225; Galli, Enrique V., nota cit.,p. 9; Alterini, Jorge H., nota cit.,p.702.

<sup>64</sup> Reiteramos que la falta de culpa no siempre fue captada con exactitud (supra nota n.49).

<sup>65</sup> Esmein, Paul, « Le fondamente de la responsabilité contractuelle », Revue trimestrelle de droit civil, 1993, p.627 y siguientes

<sup>66</sup> Estas últimas, son las que algunos autores llaman obligaciones de garantía (conf. Salas, Acdeel E., ob.cit.,p.371).

<sup>67</sup> Viney, Genevieve, ob.cit.ps.639 y 640

<sup>68</sup> Alterini, Atilio A., Ameal Oscar J. y López Cabana, Roberto M.,ob. y t. cits., n.1223, p.178.

<sup>69</sup> Zannoni, Eduardo A., « Obligaciones de medio y de resultado. Observaciones críticas a un distingo conceptual a propósito de un fallo », JA 1983-II-170 a 172.

tertium quid, ni constituye una obligación de resultado, sino que es un deber de medios similar al que fluye del art. 1109. Simplemente, ocurre que si el alterum non laedere se infringe con una cosa la carga de la prueba de la falta de culpa se pone a la cuenta del demandado por razones de política legislativa, concediéndosele, de tal suerte la posibilidad de liberarse sin necesidad de revelar la causa ajena<sup>70</sup>.

Podría suponerse que las diferencias entre nuestra postura y la de Viney son sólo terminológicas -o didácticas-, pues según esta autora habría casos en que el actor ha de probar la culpa, caso en que la culpa se presume y el demandado tendrá que demostrar la no culpa y, en fin, supuestos en que la falta de resultado sólo permite la eximición de responsabilidad a través del casus. Y en todo esto coincidimos. Pero creemos que la cuestión excede los límites del léxico y de la pedagogía. Efectivamente: ¿por qué llamar obligaciones de resultado, aunque sea atenuadas o aligeradas a unos deberes en los cuales la falta de tal resultado es tan sólo una infracción de estructura, funcionalmente irrelevante, en el modo en que ello acontece en las obligaciones de medios?. En verdad, en las obligaciones en que hay culpa a probar y en las que la culpa se presume iuris tantum, el incumplimiento funcional es la culpa y el cumplimiento la no culpa; la culpa opera como componente de ese incumplimiento funcional y, a un tiempo, como factor de atribución. En cambio, en las obligaciones de resultado -las que Viney llama agravées- el incumplimiento -estructural y funcional- es la falta de realización del fin y el criterio legal de imputación tiene carácter objetivo.

Conforme se aprecia, la circunstancia de que la falta de resultado en ciertas ocasiones haga presumir la culpa (de forma relativa) es algo meramente formal. La ley pone la carga de la prueba de la no culpa al demandado por considerarlo más justo. Pero la esencia de estas obligaciones -mal llamadas de resultado atenuado- y las de las de medios (con culpa a probar) es la misma, y resulta diferente de la esencia de las obligaciones de resultado agra-

vadas. En resumidas cuentas, las obligaciones de resultado atenuadas de Viney, no constituyen una tercera categoría y son tan obligaciones de medios como aquéllas en las que el onus probandi recae en cabeza de pretensor.

b) En el derecho español, y en relación con el art. 1902 del Código Civil -similar a nuestro art. 1109 antiguamente se exigía la prueba de la culpa a la víctima. Pero desde varios años, por aplicación de los principios de expansión de la carga probatoria o de la relga pro damnato, se considera por la doctrina y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que es al demandado a quien incumbe demostrar su diligencia<sup>71</sup>.

Esa inversión de la carga probatoria -como suele pragmáticamente afirmarse- no entraña un trastocamiento de la obligación de medios que incuestionablemente surgía a consecuencia de la originaria interpretación del art. 1902 (la víctima ha de probar la negligencia), en la obligación del resultado. Reiteramos sobre el particular todo lo dicho antes. Verdaderamente, no existen diferencias entre el art. 1902 -con arreglo a uno u otro régimen probatorio-; ni tampoco las hay entre el deber de conducta allí consagrado y el que emerge del art. 1382 del Código Francés o de nuestro art. 1109 en cuyos dominios el demandante tiene que probar la culpa del demandado, según lo admiten las opiniones doctrinales y pretorianas.

Desde otra perspectiva, el deber asumido por el médico es considerado en general -lo cual significa que existen algunas excepciones- como una obligación de actividad. De ahí que se entendió siempre, o casi siempre, que el paciente tiene que probar la culpa del facultativo. Sin embargo, en Francia con cierta frecuencia se decidió, por aplicación de las teorías de la faute virtuelle o de la présomption de faute, que patentizado el daño incumbe al médico dar la prueba de que cumplió (no culpa) o de que ese nocimiento proviene de una causa ajena<sup>72</sup>. También la Corte de Casación italiana recogió la idea en un fallo del 21 de diciembre de 1978. Y, asimismo, en España, y para algunos

<sup>70</sup> Trigo Represas, Félix A., «Dueño y guardián en la responsabilidad civil por daños causados por automotores», LL 1981-A-694; Bueres, Alberto J., «Responsabilidad civil de las clínicas...» cit., ps. 165 y 166, y «Responsabilidad civil del escribano» cit., p. 75. La agravación de la responsabilidad del deudor en ciertas obligaciones de resultado por la restricción de los eximentes, -asunción del casus o de ciertos casos fortuitos, exclusión de la culpa grave, etc.- (ver: Viney, Geneviere, ob.cit., p.640), no entraña un resquebrajamiento de la clasificación, ni desnaturaliza el deber de fines. Hay unas particularidades insustanciales, pues lo único importante es que la culpa -como factor de atribución- no desempeña ningún papel. Esto guarda parentesco con las obligaciones de garantía (supra nota n.66), que son deberes de fines como lo acepta la propia Viney, apoyándose en la opinión doctrinal mayoritaria, y anotando que Boris Starck las llama obligaciones de resultado absolutas.

<sup>71</sup> Cavanillas Mujica, Santiago, «La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia», ed. Aranzadi S.A. Pamplona, 1982, p.21 y ss.; De Angel Yegüez, Ricardo, «La responsabilidad civil», cit., p.60 y siguientes.

<sup>72</sup> Al margen, existe una tendencia enderezada a ampliar el número de obligaciones de resultado del médico.

supuestos puntuales, se invirtió la carga probatoria de la culpa galénica, bien por las dificultades demostrativas con que se enfrenta el paciente -una fase del amplio espectro que ocupa el pro damnato-, sea por aplicación analógica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo con respecto al artículo 1902<sup>73</sup>.

En torno a esto último, en nuestro país, aún cuando la opinión autoral mayoritaria conceptúa que el paciente debe probar la culpa médica, lo real es que alguna opinión -autorizada, por cierto- abogó por aplicar la tesis de la presunción iuris tantum de culpa (desvirtuable por la no culpa)<sup>74</sup>. No obstante, el art. 1625, punto 2), del Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, en cuanto para el caso de controversia pone a cargo del profesional la prueba de la no culpa (art. 513 del referido proyecto), fue recibido con beneplácito por casi todos los autores (nosotros lo defendimos en cuantas oportunidades se nos presentó).

En definitiva, estimamos que cualquiera sea la directiva probatoria, la obligación del médico -que es el ejemplo paradigmático elegido- es invariablemente de medios. En rigor, siempre está en juego *la culpabilidad* del deudor; y esto es lo que vale.

## VI. RECAPITULACION. NUESTRO PENSAMIENTO DEFINITIVO. ¿OBLIGACIONES SUBJETIVAS Y OBJETIVAS?

a) De todo cuanto llevamos dicho hasta ahora, obtenemos que la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado, tal como fuera perfeñada por Demogue, carece de envergadura que con justicia, tuvo, habida cuenta del proceso evolutivo operado en la materia. De cualquier manera, esa sistematización del jurista francés, efectuada en base a ideas lanzadas por otros autores, fue fundamental para que hoy podamos dar solución al tema de la responsabilidad contractual -que no es diferente al de los deberes reparatorios aquilianos-

b) Visto así el asunto, la clasificación de Demogue tiene en este momento un valor relativo como utillaje probatorio, ya que en las obligaciones de medios hay supuestos en que la culpa debe ser probada por quien la aduce, y supuestos en que evidenciada la infracción dañosa -incumplimiento estructural- la culpa se presume iuris tantum incumbiendo al demandado suministrar la prueba de su diligencia. En este aspecto, aunque no nos

atrebamos a afirmar que el alcance de la estática división de Demogue es subsidiario o residual, lo cierto es que dicho alcance se encuentra limitado, dado que la prueba de la culpa sólo será requerida al actor cuando la ley, de modo expreso e implícito, no marque una inversión del onus probandi (y estas inversiones tienden a incrementarse paulatinamente). En cambio, en las obligaciones de resultado subsistirá el régimen de Demogue (a despecho de la irrelevancia de la culpa como criterio legal de imputación: probado el incumplimiento -y no probada la obligación e invocada su exigibilidad como desafortunadamente se afirma a veces-, toca al demandado patentizar una causa ajena para eximirse del deber de resarcir en ciernes).

c) A nuestro modo de ver, la verdadera importancia, la real dimensión del distingo clasificatorio en análisis, está dada por la diversidad existente en el factor de atribución -hecho que determina cuáles son las eximentes de responsabilidad a utilizar en cada caso-. El referido distingo, pues, más que un secundario y menguado valor procesal, tiene un relieve substancial. Así las cosas, en las obligaciones de medios -en las que tiene vigencia la no culpa- el criterio legal de imputación es la culpa, mientras que en las obligaciones de resultado -en las cuales la diligencia del solvens queda fuera de cuestión-, el factor de atribución es objetivo (crédito a la seguridad especial, garantía, tutela del crédito, riesgo, etc.).

Si nos atenemos al momento preciso del incumplimiento auténtico de la prestación (etapa de responsabilidad), los deberes de actividad y de fines, pueden ser calificados como obligaciones subjetivas u objetivas, respectivamente ya que, abreviando pasos, desde el punto de vista del léxico, en las primeras la imputación jurídica de la perturbación a la prestación es subjetiva y en las segundas tiene carácter objetivo.

d) Estos principios son válidos en el ámbito contractual, para el tratamiento del id quod interest o aestimatio rei (un capítulo de la responsabilidad amplia -art. 505-) y de los mayores daños al margen de la prestación. También rigen el daño negativo derivado de la ineficacia negocial iato sensu (sin perjuicio que se siga que tal detrimento es contractual o aquiliano). Y, asimismo, resultan extendibles al plano extracontractual, circunstancia que confirma la unidad sistemática del fenómeno resarcitorio que hemos apuntalado tantas veces.

<sup>73</sup> Sobre todo esto, ver: Jordano Fraga, Francisco, «Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico», cit., p.75 y siguientes.

<sup>74</sup> Véase página siguiente.

## VII. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS.

A modo de colofón, podemos anotar las siguientes conclusiones:

1.- La clasificación de las obligaciones de medios y de resultado tiene exigencia, es de suma utilidad y surge virtualmente del ordenamiento en su conjunto.

2.- Sin embargo, la evolución de las ideas determinó que la clasificación pensada por Demogue, sumamente estática en punto a la materia probatoria, y sostenida de forma exclusiva en culpabilidad, ha sido en buena parte superada, a consecuencia del afinamiento y de la profundización de los estudios, y de la propia incidencia de la realidad social. Como quiera que sea, no pueden restarse méritos a la sistematización de Demogue, pues sus ideas constituyeron los cimientos de las ideas de nuestro tiempo.

3.- En materia probatoria el pensamiento de Demogue es válido para los deberes de fines (probada la falta de resultado incumbe al demandado dar la prueba del caso fortuito). Pero en lo

que hace a las obligaciones de medios tiene un alcance limitado, ya que ahora se ha advertido que hay casos en que el actor tendrá que probar la culpa -como suponía Demogue- y otros en que la culpa se presume iuris tantum y tocará al solvens la demostración de la no culpa -al margen de la factibilidad de evidenciar un casus-. En suma; la prueba de la culpa al actor sólo será exigida cuando la ley, expresa o implícitamente, no disponga lo contrario.

4.- La verdadera importancia de las obligaciones de medios y de resultado, radica en que, en las primeras, el factor de atribución es subjetivo, mientras que en las últimas, dicho factor tiene carácter objetivo. Si nos atenemos, pues, a la infracción contractual, los deberes de actividad son subjetivos y los de fines son objetivos.

5.- La no culpa supone una actuación prudente y diligente del deudor de acuerdo con la índole de la obligación -y con arreglo a lo dispuesto en el art. 512-.

6.- La no culpa (o falta de culpa) sólo funciona en los deberes de medios y, por lo mismo, es total-

<sup>74</sup> Lorenzetti, Ricardo Luis. «Responsabilidad civil de los médicos», ed. Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 1986, ps. 320 y 321. No computamos aquí la opinión del maestro Mosset Iturraspe, ya que para éste la obligación del médico -referida a la asistencia del paciente-, funciona como un deber de resultado, al no permitirse al facultativo la prueba de su diligencia («Responsabilidad civil del médico», ed. Astrea, Buenos Aires, 1979, ps. 133 y ss., 210 y 211). Desde otra contemplación, el Profesor Brebbia durante el transcurso de una mesa redonda que abordó el tema de la responsabilidad profesional (Rosario, 6 de octubre de 1988), y en la cual intervino el Dr. Luis O. Andorno y nosotros, sostuvo que en las obligaciones de resultado la responsabilidad es subjetiva, pues ello se posibilitaría la exclusión de dicho deber de resarcir ante la falta de discernimiento o frente a los vicios de la voluntad. Creemos que el autor de un acto involuntario, así como no puede ser culpable, tampoco habrá de responder en forma objetiva cuando se asegure la prestación. Al menos ello será la corriente o normal. En el marco de la responsabilidad extracontractual, se dijo que en el riesgo dinamante del art. 1113 parágrafo 2 supuesto 2, la ausencia de discernimiento era irrelevante para excluir el deber reparatorio del dueño o del guardián (Blebbia, Roberto H., «Hechos y actos jurídicos», ed. Astrea, Buenos Aires, 1979, t.I, p.175 -coincidiendo con la opinión de Borda-). En las Primeras Jornadas de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, año 1981, tema: «El art. 1113 del Código Civil. Supuestos allí contemplados», a raíz de una ponencia que formulamos con Carlos A. Gherzi, se entendió que un sujeto sin discernimiento (p. j.: el insano) no podía ser guardián, ya que al estar impedido de ejercer control sobre la cosa (guarda intelectual) no puede poner el riesgo en acción (ver: Bueres, Alberto J. «Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos», cit. ps. 193, ss. y 275 y ss.). Adhirieron al criterio, entre otros, Trigo Represas, Pardo, Goldemberg, Ramella, Compagnucci de Caso y el propio Brebbia. Por su lado, Pizarro admite esta solución, salvo en la hipótesis en que el sujeto sin discernimiento es quien se sirve de la cosa (ver: «Responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa», ed. Universidad, Buenos Aires, 1983, ps. 498 a 505)...», d.e todos modos, estimamos -en torno a este oscuro problema al cual por lo común le ha rehuído la doctrina universal- que en la esfera contractual, por la regla general (lo que significa que puede haber excepciones), el incumplimiento tiene que ser un acto voluntario, no sólo en los casos en que puede promediar culpa (obligaciones de medios), sino en los supuestos de responsabilidad objetiva (obligaciones de fines). Nos parece que la falta de discernimiento (Inimputabilidad) excluye el crédito a la seguridad especial -que es factor de atribución- ya que la ausencia de voluntad (art. 900), obsta a que pueda desenvolverse la buena fe probidad, el respeto a la palabra empeñada, la cooperación que supone la obligación, etc. Y lo mismo ocurre en los casos en que el deudor fue víctima del dolo o de la intimidación. Más discutible es el caso del error, por el particularismo de su excusabilidad. Aunque el asunto es muy dudo -advertimos, que, la culpa no es un error de conducta, sino un defecto de conducta que en ciertas ocasiones puede ser causado por un error *inexcusable*. Si en cambio hubiera error *excusable* (el que no proviene de una *negligencia culpable*-art. 929-) quedaría excluida la intención y, por tanto, no habría culpa. En este orden de ideas, podría afirmarse que la no culpa -o falta de culpa- (*tertium quid* entre la culpa y el casus) -que supone un acto voluntario del deudor-, o el error excusable que excluye la intención, son aspectos de la culpabilidad, en el plano de voluntariedad o de la involuntariedad, respectivamente. Y por este camino, se llegaría a concluir que si en la responsabilidad objetiva es irrelevante que el deudor *haya actuado sin incurrir en culpa alguna*, el error no podría conmovir el funcionamiento del crédito a la seguridad objetiva -que es factor de atribución en la obligación de resultado-. Pero también podría sostenerse, y con verdadera fundamentación, que si bien es verdad que la culpa y la no culpa no tiene cabida en el deber de fines, ello es a condición de que preexista un *acto voluntario* del deudor. Si no hay voluntad, no hay *seguridad*. Lo objetivo de la responsabilidad apunta a que no puede discutirse la diligencia o la negligencia del deudor que actuó con *conciencia y voluntad*, pero no alcanza a la *involuntariedad* -aunque para exhumar éste haya intervenido un error inculpable-.

mente intrascendente en los deberes de resultado.

7.- Estas premisas hacen sucumbir la postura subjetivista que imperó durante años en tema de contratación. Efectivamente, la responsabilidad contractual podrá ser subjetiva u objetiva. Y aunque no hay relación de jerarquías entre una y otra, en verdad, la preponderancia cuantitativa de las

obligaciones de resultado, permite considerar que en la mayoría de los casos la responsabilidad contractual será objetiva, y en el menor de los supuestos se sustentará en la culpa.

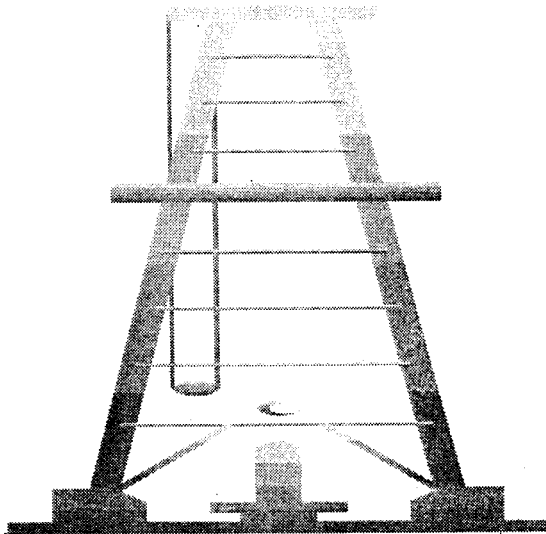
8.- Los principios inherentes a la responsabilidad contractual pueden hacerse extensivos a la responsabilidad extracontractual.

**CREEMOS**

EN LOS PERUANOS...

**SEGUIMOS**

EN EL PERU.



OCCIDENTAL PETROLEUM CORP. OF PERU  
Petróleo para el desarrollo



# LOS ABOGADOS FRENTE AL RECURSO DE APELACION

Julio César Pérez Vargas  
Abogado

## I. INTRODUCCION.

Se viene debatiendo si los abogados, en representación de sus clientes, pueden interponer medios impugnativos. Más específicamente, si el abogado puede apelar con su sola firma o si requiere para ello, necesariamente, poder especial.

Las diferentes interpretaciones se originan en dos artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Uno de estos artículos, el 290 (antes 295), dispone lo siguiente: «En los procesos, sin necesidad de la intervención de su cliente, el abogado puede presentar, suscribir y ofrecer todo tipo de escritos, con excepción de aquellos para los que se requiere poder especial con arreglo a ley». El otro, el artículo 11 de la LOPJ, en su segundo párrafo dice: «La interposición de un medio de impugnación constituye un acto voluntario del justiciable».

Existe una tesis que sostiene que el abogado no puede interponer un medio impugnativo sin intervención de su cliente. Esta opinión se sustenta en el antes mencionado artículo 11 de la LOPJ. Nosotros sostenemos la tesis contraria y pretendemos demostrar, a continuación, que el artículo 290 sí faculta al abogado a interponer los medios impugnativos por su patrocinado a su sola firma y sin su intervención.

## II. ALCANCES Y LIMITES DE LA REPRESENTACION DEL ARTICULO 290 DE LA LOPJ.

### 1) Análisis de la legislación.

El artículo 290 de la LOPJ dispone un tipo especial

*La puesta en vigencia de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que introdujo normas sobre la representación técnica del abogado, originó una polémica bastante interesante sobre la posibilidad de que el letrado interponga recursos sin la intervención de su cliente. El doctor Pérez Vargas, procesalista graduado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, aporta argumentos de innegable solvencia para sostener que la Ley Orgánica y el nuevo Código Procesal Civil efectivamente conceden al abogado dicha facultad. La aproximación al tema resulta también una oportunidad para que el autor analice la naturaleza jurídica de la representación y de los medios impugnativos.*



de representación que confiere al abogado la facultad de actuar por su patrocinado ante los tribunales. Esta norma tiene por objeto que el abogado se conduzca en todos los actos del proceso de manera eficiente, sin la intervención de su patrocinado, salvo en los casos para los que se requiere poder especial.

Para determinar los alcances de esta norma, es necesario previamente definir el concepto de representación y precisar sus diferentes manifestaciones. Así, la representación suele ser entendida como la actuación que lleva a cabo una persona, llamada representante, en nombre de otra, llamada representada y cuyos efectos recaen directamente en la esfera jurídica de esta última<sup>1</sup>. La doctrina distingue tres clases de representación: legal, voluntaria y judicial.

La representación legal es aquella conferida por la ley a determinadas personas «...que por una posición familiar o por un cargo u oficio actúan en nombre de otras...»<sup>2</sup>. A decir de Diez Picazo, son poderes que «...nacen directamente de la ley y en los cuales es la ley quien los configura y quien determina su ámbito y su extensión»<sup>3</sup>.

La representación voluntaria, a diferencia de la legal, es aquella que tiene su base en la voluntad del representado, siendo éste quien delimita las facultades de su representante.

Por último, la representación judicial es aquella en la que el magistrado señala o designa al representante<sup>4</sup>. «Se trata de casos en que compete a la autoridad judicial la designación de la persona a quien, en determinadas situaciones, corresponde la representación de otra»<sup>5</sup>.

El artículo 290 contiene todos los elementos de la representación: 1) la actuación del abogado en nombre de su patrocinado, 2) los efectos del acto celebrado inciden en la esfera jurídica del justiciable y 3) existe una efectiva sustitución de voluntades. Así, podemos concluir que estamos ante un nuevo

caso de representación que, por ser otorgada por la ley, es calificada como legal.

La extensión de las facultades de esta representación se encuentra determinada por el propio artículo 290; en otras palabras, el contenido de este poder se encuentra predeterminado por la propia norma.

Así, tenemos que el artículo citado señala que el abogado puede presentar, suscribir y ofrecer todo tipo de escritos sin necesidad de la intervención de su cliente. Como se puede apreciar, este precepto engloba a todos los escritos sin hacer ninguna distinción. Por lo tanto, incluye a los escritos de mero trámite, a los recursos y quejas.

Esta norma, sin embargo, contiene dos límites:

El primero consiste en que el abogado no está autorizado, amparándose en la norma citada, para iniciar un proceso por cuenta de su cliente ni para realizar cualquier otro acto mientras no exista un proceso. Un proceso se inicia o existe cuando se da una relación jurídica procesal válida, y ésta aparece cuando el demandado ha ejercitado su derecho de defensa; o bien cuando, habiendo sido emplazado validamente, no ha contestado la demanda y se le ha declarado rebelde. Requiere, por ende, de la presencia de las partes y del juez.

El segundo límite consiste en que el abogado no puede realizar por cuenta de su cliente actos para los que requiera poder especial. Esta norma protege la disposición y la afectación del patrimonio del representado<sup>6</sup>.

En consecuencia, si el abogado puede actuar en el proceso por cuenta de su cliente, salvo en los actos en los que es necesario un poder especial, entonces la norma le reconoce al abogado las facultades generales del poder.

«Un poder general es, (...) aquel que faculta al representante para afectar con sus actos a la

<sup>1</sup> Vidal Ramírez, Fernando. *Exposición de Motivos y Comentarios del Código Civil. Tomo IV. Compilación de Delia Revoredo Marsano. Okura Editores S.A. Año 1985. Página 282.*

<sup>2</sup> Lohmann Luca de Tena, Guillermo. *El Negocio Jurídico. Librería Studium. Año 1986. Pág. 128.*

<sup>3</sup> Diez Picazo, Luis. *La Representación en el Derecho Privado. Editorial Civil S.A. Madrid, 1979. Pág. 132.*

<sup>4</sup> Lohman Luca de Tena, Op. cit. Pág. 128.

<sup>5</sup> Diez Picazo, Luis, Op. cit. Pág. 132.

<sup>6</sup> Diez Picazo, Luis. Op. cit. Pág. 178 y 179.

totalidad de los bienes e intereses del principal o a un conjunto suficientemente amplio de los mismos...»<sup>7</sup>. El artículo 74 del Código Procesal Civil señala que las facultades generales confieren al representante las atribuciones y potestades generales que corresponden al representado, salvo para los casos que se requiere facultades expresas.

En tal sentido, para determinar si el abogado puede o no interponer un medio impugnativo sin el concurso de su cliente, solo es necesario averiguar si la ley exige un poder especial.

En nuestro derecho positivo hay varias normas referidas a la exigencia del poder especial. Específicamente, el artículo 75 del nuevo Código Procesal Civil señala los casos para los cuales son necesarias facultades especiales, tales como: la presentación de una demanda judicial, la reconvencción, la contestación de una demanda, el desistimiento del proceso y de la pretensión, allanarse, conciliar, transigir, sustituir o delegar la representación, entre otros; y, en ninguno de estos supuestos, se exige facultades especiales para interponer un medio impugnativo.

Los artículos 10, 310 y 415 del recientemente derogado Código de Procedimientos Civiles de 1912, también detallaban los casos para los que era necesario el poder especial y tampoco tenían la exigencia de facultades especiales para interponer recursos. Este cuerpo de leyes tiene particular importancia por cuanto fue bajo su vigencia que se suscitaron las dos diferentes interpretaciones anotadas y porque, además, la Quinta Disposición Transitoria del Código Procesal Civil ha dispuesto que los procesos iniciados antes de su vigencia continuaran su trámite según las normas procesales con las cuales se iniciaron.

Por su lado, el Código Civil en sus artículos 155, 167, 315 y 1058 alude a la exigencia de poder especial cuando el representante pretenda disponer o gravar los bienes de su representado, celebrar una transacción, un compromiso arbitral o cualquier acto para el que la ley expresamente disponga

tal requerimiento. En consecuencia, se debe contar con poder o facultades especiales cuando la norma así lo requiera.

Podemos concluir, por lo pronto, señalando que no existe norma en nuestro ordenamiento positivo que disponga la exigencia de un poder especial para la interposición de un medio impugnativo; ni tampoco, norma alguna que lo prohíba. Antes bien, existe el artículo 290 que expresamente le permite tal prerrogativa.

## 2. Doctrina.

Ahora bien, si todo lo anterior no fuera suficiente para concluir que la interposición de un medio impugnativo no requiere de poder especial, entonces será necesario acudir a la doctrina. La opinión del jurista mexicano Eduardo Pallares contribuye a aclarar esta interrogante. Al hablar de los principios generales de los recursos sostiene, textualmente, lo siguiente: «**La impugnación de una resolución judicial es acto de mera conservación y defensa y no de disposición de los derechos litigiosos, de lo que se sigue que el apoderado no necesita de poderes especiales para impugnar**» (el subrayado es nuestro)<sup>8</sup>.

En esta misma línea de pensamiento encontramos a Jorge Clariá Olmedo quien, al hablar de la impugnabilidad subjetiva, señala lo siguiente: «**Si al poder de impugnación lo consideramos en abstracto, desde un punto de vista subjetivo es dable afirmar que corresponde a todos los que se ubican en posición de parte en el proceso, teniendo en cuenta que el concepto de «parte» es asumido en el alcance formal (...); pero además debe darse a este concepto la amplitud necesaria para comprender a los representantes, mandatarios y defensores de los litigantes.**»<sup>9</sup>.

Enrique Véscovi, haciendo referencia a la representación en general, sostiene lo siguiente: «...el mandato judicial se rodea, por lo general, de más formalidades. En ese sentido, en la mayoría de nuestros países se exige la escritura pública (hecha

<sup>7</sup> Díez Picazo, Luis. Op. cit. Pág. 174.

<sup>8</sup> Pallares, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa S.A., México 1984, Décimo Sexta Edición. Punto 19. Pág. 686.

<sup>9</sup> Clariá Olmedo, Jorge. Derecho Procesal. Tomo II. Estructura del Proceso. Ediciones Depalma, Buenos Aires Argentina. 1991. Pag. 281, 282 y 283. Es necesario precisar que Jorge Clariá Olmedo hace la distinción entre la impugnabilidad subjetiva y la impugnabilidad objetiva. La primera, referida a la persona que tiene capacidad para impugnar y la segunda, referida a los requisitos del acto para que pueda ser impugnado.

por notario). Y se establecen, generalmente, en los códigos procesales, algunos requisitos concernientes a la extensión del mandato que exigen una mención expresa en la propia escritura de constitución. Así, sin llegar a la exigencia de algunos códigos (los más antiguos del área) (...) en general se admite que el poder otorgado para un juicio lo es para todas sus incidencias, recursos y procesos conexos...»<sup>10</sup>. «Este formalismo tiende a decrecer. Así, en algunos países se admite el poder (al menos el especial para ciertos juicios) concedido por simple memorial ante el tribunal donde pende el proceso (Colombia). Por la simple firma del escrito por el abogado (con expresa declaración de conocimiento de la parte de lo que ello supone) que autoriza a realizar la mayoría de los actos (procuratorios) del proceso por aquél (Uruguay)»<sup>11</sup>.

Las normas citadas, los conceptos vertidos y la opinión de la doctrina nos permiten concluir con absoluta claridad que la interposición de un medio impugnativo -entiéndase apelación- no requiere de facultades especiales.

### III. INTERPRETACION SUSTENTADA EN EL ARTICULO 11 DE LA LOPJ.

En la introducción hemos sostenido que el artículo 290 de la LOPJ faculta al abogado a interponer un medio impugnativo sin la concurrencia de su patrocinado; vale decir que la norma le confiere la facultad de impugnación.

Existe, sin embargo, como ya se dijo, una opinión que niega esta posibilidad al abogado. Esta posición se basa, 1) en que el recurso es un acto voluntario (personalísimo) del justiciable, 2) en que la sentencia puede contener una parte adversa y otra favorable al cliente (en cuyo caso el abogado debe consultarle) y 3) por que su interposición genera una responsabilidad que requiere la intervención del patrocinado. El sustento normativo de esta tesis es el segundo párrafo del artículo 11 de la LOPJ.

Cuando este dispositivo señala que el recurso es un «acto voluntario» está indicando que éste se da

a pedido de parte; esto es, está haciendo referencia a uno de los elementos del recurso. Por ello, consideramos que esta expresión («acto voluntario del justiciable») no puede servir de argumento para negar la facultad de impugnación al abogado.

La respuesta y la solución a este aparente problema se encuentra en los propios elementos del medio impugnativo. Una revisión sucinta de ellos permitirá confirmar nuestra tesis, en el sentido que el abogado sí está facultado para interponer medios impugnativos.

#### 1. Elementos de los medios impugnativos

La doctrina suele señalar como los elementos del recurso los siguientes: a) que surge a partir de un pedido de parte; b) que incide solamente en las resoluciones; c) que se puede recurrir en forma parcial o total de la resolución; d) que la resolución recurrida produzca agravio; e) que la resolución de la que se recurre contenga un vicio o error; y, f) que tenga por objeto anular o revocar la resolución

<sup>12 13 14</sup>.

De estos elementos nos interesa los indicados con las letras a), c) y d). Su comprensión permitirá concluir que no son necesarias facultades especiales para interponer un medio impugnativo.

##### 1.1. El recurso se da a pedido de parte.

Líneas arriba hemos señalado que la tesis según la cual el abogado requiere de poder especial para apelar se encuentra en el segundo párrafo del artículo 11 de la LOPJ. Este no exige poder especial, sino que se limita a señalar que la interposición de un medio de impugnación es un acto voluntario del justiciable. Este párrafo no tiene otro propósito que precisar el alcance del primer párrafo del mismo artículo, que reconoce que las resoluciones judiciales son susceptibles de revisión, en concordancia con la garantía constitucional de la instancia plural.

En efecto, el segundo párrafo del artículo 11 declara

<sup>10</sup> Vescovi, Enrique, *Teoría General del Proceso*. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1984. Pág. 227.

<sup>11</sup> Vescovi, Enrique. *Op. cit.* Pág. 227.

<sup>12</sup> Monroy Gálvez, Juan. *Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil*. Revista *Ius et Veritas*. Año III, N° 5. Pág. 22 y 23.

<sup>13</sup> Parra Quijano, Jairo. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Parte General. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1992. Pág. 275 al 277.

<sup>14</sup> Kielmanovich, Jorge L. *Recurso de apelación: Teoría y Práctica*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Año 1989. Pág. 19 y 20.

uno de los elementos del medio impugnativo, cuales, que éste sólo se da a pedido de parte (acto voluntario del justiciable) por lo que no procede de oficio, ni tampoco por un tercero ajeno a la relación jurídica procesal.

Si no interpretamos de esta forma el artículo 11 estaríamos frente a una norma de contenido meramente declarativo, ya que todos los actos procesales del justiciable son voluntarios y no únicamente los de impugnación. En efecto, la interposición de un medio de impugnación es un acto procesal y, por ende, supone la intervención de la voluntad. Si no hay voluntad, no hay acto jurídico procesal. Por ello es que, cuando dice que **es un acto voluntario del justiciable**, no se está agregando nada nuevo.

La comprensión de este elemento permite concluir que el segundo párrafo del artículo 11 de la LOPJ no puede considerarse como una de las razones para negarle al abogado la facultad de interponer por su patrocinado un medio impugnatorio. Si la intención del legislador fue, por la vía de este artículo, negarle al abogado tal facultad, creemos que el texto de la norma no conduce a ello. «Acto voluntario del justiciable» no es lo mismo que decir «acto personalísimo».

El ordenamiento en general exige, como se puede apreciar en las normas citadas, la presencia de poderes especiales cuando exista algún «acto de disposición» o «actos de riguroso dominio» o que pueda afectar la esfera del patrimonio del representado; pero, cuando se trata de un acto que tiene por objeto evitar la pérdida de un derecho no puede pedirse para ello la existencia de un poder especial.

## 1.2. «Donde no hay agravio no hay recurso».

Se dice también que el problema se torna complejo cuando una sentencia contiene una parte adversa y al mismo tiempo otra que le es beneficiosa. Se plantea entonces, la interrogante de si, en estos casos, el abogado debe o no consultar a su patrocinado. Esto tampoco puede servir de argumento para negarle al abogado la facultad de interponer un medio de impugnación a nombre de su patrocinado por lo siguiente: 1) porque una de las características de cualquier medio impugnatorio es que se puede impugnar parte de la resolución, y 2) que la impugnación sólo procede cuando la resolución

produce algún perjuicio. De allí el aforismo: «Donde no hay agravio no hay recurso». En conclusión, si el agravio es parcial entonces sólo procede la apelación respecto de la parte que es adversa.

Ahora bien, si se interpone apelación contra una resolución que favorece en parte al apelante sin que le conceda el íntegro de su pretensión, su interposición tampoco le perjudicaría porque existe la institución procesal denominada «Prohibición de la reforma en peor» o prohibición de la «reformatio in pejus» que normativamente ha sido recogida en el artículo 370 del Código Procesal Civil y que textualmente dice que «El juez superior no puede modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante, salvo que la otra parte también haya apelado o se haya adherido». Los recursos se otorgan en beneficio de quien los utiliza y no en su contra.

Ahora bien, existen en el artículo 370, citado, dos supuestos que de producirse hacen que el juez pueda «modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante»: La apelación o la adhesión de la otra parte. Analicemos cada uno de ellos.

Si la otra parte apela, entonces estamos ante una situación independiente del accionar del abogado que impugna una resolución a nombre de su cliente. Por esto, ambas conductas no originan por sí el perjuicio del apelante. Por el contrario, si la otra parte apela y no lo hace el abogado a nombre de su representando se podría ver éste perjudicado al no contar el juez con nuevos o mejores argumentos que podría haber expuesto el abogado en caso de haber impugnado, con lo que la impugnación del abogado no sólo no perjudicaría a su patrocinado sino que lo beneficiaría.

Si se da la adhesión podría argumentarse que, de no haber impugnado el abogado, la otra parte no se habría adherido y el juez (eventualmente) no hubiera podido «...modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante...». Contra esto debe tenerse presente que la adhesión al igual que cualquier impugnación debe ser, primero, fundamentada; y segundo, haberse producido para el adherente agravio o perjuicio con la resolución impugnada.<sup>15</sup> Consecuentemente no toda adhesión será concedida sino solo cuando le produzca agravio al adherente.

Por último, si el acto de impugnación no benefi-

<sup>15</sup> Artículo 367 del Código Procesal Civil, segundo párrafo: «La apelación o adhesión que no acompañen el recibo de la tasa, se interpongan fuera del plazo, no tengan fundamento o no precisen el agravio, serán de plano declaradas inadmisibles o improcedentes, según sea el caso.»

ciara al justiciable o éste estuviera satisfecho con la respuesta judicial, puede desistirse de él, con lo que cesaría el supuesto daño o molestia que le hubiera causado la conducta de su abogado.

#### IV. CONSIDERACIONES ADICIONALES.

##### 1. Normativa.

No creemos que el artículo 11 de la LOPJ baste para sostener que el abogado requiere del concurso del patrocinado, cuando en el proceso penal, por ejemplo, se ha previsto expresamente lo contrario en concordancia con el artículo 290 de la LOPJ. En efecto, el inciso 10 del artículo 80 del Código Procesal Penal, que ha de entrar en vigencia próximamente, señala que los abogados gozan de todos los derechos para el ejercicio de su profesión y **especialmente para interponer recursos impugnatorios.**

##### 2. Institución doctrinaria afín.

En la misma línea del artículo 290 tenemos la institución de la procuración o agencia oficiosa<sup>16 17</sup>, que los romanos denominaban «cautio de rato et grato», mediante la cual se admite la intervención de una persona que, sin ser representante, puede realizar algunos actos necesarios y urgentes en nombre de terceros para evitar el daño que podría ocasionarle la no realización del acto procesal. Esta

institución se encuentra también recogida en el artículo 81 del nuevo Código Procesal Civil. En consecuencia, si la doctrina en general acepta que los terceros no legitimados intervengan en el proceso para evitar cualquier perjuicio, con mayor razón el abogado podrá apelar cuando el artículo 290 le reconoce tal facultad.

##### 3. Opinión que coincide con nuestra tesis.

Como ya lo dijimos, el abogado puede apelar sin la intervención de su cliente. Esta tesis es compartida por el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, Dr. José Antonio Cáceres Ballón quien, en una entrevista aparecida el 17 de Agosto de 1993 en el diario oficial «El Peruano», ha sostenido lo siguiente: «El abogado puede interponer recursos mientras sea apoderado. La Ley Orgánica del Poder Judicial trae una innovación al respecto: el abogado sin necesidad de poder, está facultado para apelar, basta con que sea el abogado patrocinante.»

Más allá de la discusión teórica consideramos que la tesis prohibitiva marca un serio recorte en las facultades que la propia ley le otorga al abogado; y lo que resulta más grave, es que mediante esta interpretación se violaría la garantía de la instancia plural ya que cualquier sentencia, que es correctamente apelada, no podrá ser materia de revisión en una segunda instancia.

<sup>16</sup>. Alsina Hugo, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo I. Pág. 523 y 524.

<sup>17</sup>. Vécovi Enrique, Teoría General del Proceso. Editorial Temis. Bogotá-Colombia. 1984. Pág. 230.

<sup>18</sup>. Monroy Cabra, Marco Gerardo. Principios de Derecho Procesal Civil. Tercera Edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1988. Pág. 237.

## DE LA JUSTICIA\*

**Ignacio Izquierdo Alcolea**  
**Profesor de Derecho**  
**Universidad Complutense**

Don Ramón Serrano Suñer, jurista de reconocido prestigio, humanista de sólida cultura, de limpio y riguroso estilo, se ha ocupado recientemente, con manifiesta autoridad, de la Justicia y de su realización social<sup>1</sup>. El objeto de su estudio es de los pocos que tienen validez permanente e interés para todos. Los grandes pensadores, teólogos, moralistas, filósofos, sociólogos y juristas, nos han ofrecido a lo largo de la historia el producto de sus reflexiones. Todos debemos meditar con frecuencia sobre lo que significa este valor eterno en la vida de los pueblos; hemos de procurar su realización, su actuación concreta, y que las relaciones humanas se desenvuelvan conforme a sus principios universales.

*No es muy común que un tema correspondiente a la Deontología Forense resulte de tanta actualidad en nuestro país como el de la recta administración de justicia. Para el Dr. Izquierdo, la realización social de la justicia exige que la independencia del Poder Judicial, así como la plena libertad de los jueces y la exclusión de ingerencias de otros poderes en las decisiones de los Organos Jurisdiccionales, se encuentren plenamente garantizadas.*

*En momentos como el presente, cuando se cuestiona seriamente la legitimidad del Organismo Jurisdiccional, resulta interesante la lectura de un trabajo como el del profesor español Ignacio Izquierdo, que -tal como el lector podrá apreciar- es fruto de las reflexiones motivadas por un artículo publicado en una revista peruana.*

Yo me permito escribir estas líneas para insistir en esta exigencia ética y social, con el fin de poner de relieve que es tarea de todos intentar que llegue a la comunidad política en que vivimos la importancia de la Justicia, sin la cual habrá inconexas agrupaciones humanas, gentes viviendo juntas en un mismo lugar, pero no pueblos solidarios y comunidades con intereses y anhelos colectivos; lo que es peor, pueden existir leyes, puede haber sometimiento a ellas mediante expedientes más o menos coercitivos, pero no se logrará la paz social indispensable para la ordenada convivencia.

Intimamente relacionado con este gran problema se halla el de la libertad de los Jueces y Magistrados para la aplicación de las normas jurídicas a los casos controvertidos que se someten a su decisión.

\* Nuestro agradecimiento especial al Dr. Carlos Cárdenas Q. por alcanzarnos el presente artículo para su publicación.

<sup>1</sup> «De la justicia y su realización» En: El Jurista, Revista Peruana de Derecho, Nos. 7/8. Octubre - Noviembre, 1992, Págs. 87 a 93.

Ante todo, es preciso lograr la absoluta independencia del Poder Judicial; pero para que ésta sea efectiva, y no retórica o un mero deseo siempre aplazado, ha de ser plena; el Poder Judicial debe tener atribuciones legales suficientes para su propia organización y administración, incluso económica, sin ingerencias de los otros dos poderes; el legislativo ha de ser consciente de esta necesidad y arbitrar las reformas que conduzcan a satisfacerla, sin regateos improcedentes; y el Gobierno debe comprender la importancia de tal independencia para promoverla y facilitarla, de hecho, sabiendo que la mera proclamación es insuficiente, aunque sea muy reiterada, como lo es, y que debe convertir este anhelo en realidad incuestionable; mientras no se alcance esta tan deseada independencia, por mucha que sea la voluntad y el sacrificio de los Jueces, aunque individual y aisladamente sean capaces de mantener una voluntad deliberada de autonomía, siempre existirá una inevitable sumisión, aunque sea la estrictamente económica, que hará imposible el equilibrio y la igualdad que ha de existir entre los tres poderes clásicos.

Otra cosa será luego la de determinar el arbitrio que haya de darse a los Jueces para cumplir con la augusta función de administrar Justicia y de aplicar el Derecho, desde luego siempre sobre la base de la seguridad y de la certidumbre jurídicas como factores fundamentales.

Hay que advertir que el Derecho se realiza no sólo a través de los procesos judiciales, sino también y muy fundamentalmente, casi de forma exclusiva, por los mismos particulares que crean, desarrollan y cumplen las mismas relaciones jurídicas indispensables para la vida en común, para el intercambio de bienes y de servicios y para el normal aprovechamiento de las cosas. Sólo una mínima parte de esas relaciones han de ser definidas, delimitadas e impuestas por los Organismos que la sociedad misma a través del Estado ha instituido para el cumplimiento de sus fines primordiales propios.

Acaso pudiera decirse que la gran aspiración de los pueblos consiste en resolver sus problemas mediante la espontánea realización de los derechos y por el voluntario cumplimiento de las obligaciones correlativas, sin tener que acudir a los Tribunales de Justicia. Cuando se hace preciso y aun inevitable promover la controversia judicial es que se ha introducido la duda en el alcance de una norma de Derecho, en el contenido de un contrato o de un negocio jurídico, o que se ofrece resistencia al cumplimiento de las obligaciones. En uno y en otro caso puede decirse que se produce una alteración en el normal funcionamiento de los

expedientes ordinarios y naturales de la realización del Derecho. Entra entonces en juego el indispensable mecanismo ideado y establecido para dirimir vinculadamente las controversias para declarar e imponer el Derecho. Con esto, naturalmente, no se resta valor social y técnico a la Justicia como poder y como función, sino que se reconoce y se fortalece su importancia, creciente e indiscutible.

Siendo así la Justicia indispensable, no se concibe la sociedad sin unos Organismos encargados de realizarla mediante la aplicación del Derecho cuando éste no encuentra una actuación espontánea. Los Tribunales son la salvaguarda, la mejor garantía de la realización del Derecho y de la consecución de la paz social que de ella se deriva; interponen su autoridad cuando la duda, la incertidumbre, la falta de norma apropiada o la resistencia de los particulares se ofrecen como obstáculo para la realización espontánea del Derecho de que hemos hablado antes. Son también y sobre todo los celosos custodios del orden jurídico, que no ha de confundirse con el ordenamiento como sistema de normas; los encargados de revisar y, en su caso, de reducir la actuación de otros poderes, acaso inclinados por soberbia o por insolencia, cuando no por otros más bajos sentimientos, a la indeterminación de su potestad. El tradicional voluntarismo, proclamado con tanto rigor expresivo por Juvenal en la fórmula «sic volo, sic jubeo; sit pro ratione voluntas» -así lo quiero, así lo mando, éste mi voluntad sobre la misma razón-, no ha perdido por desgracia su vigencia, a pesar de los constantes llamamientos a la razón y al bien común, que han introducido criterios de saludable corrección al «lo que quiere el príncipe tiene fuerza de ley», tan recordado por los gobernantes.

Se ha insistido mucho por los políticos activos y ejercientes en la necesidad de consolidar la democracia, de fortalecer las instituciones que conducen a su definitivo establecimiento. Todos presumen de poseer la fórmula adecuada para conseguir tan laudable empeño; y sin embargo es curioso advertir que nadie alude a la Justicia como factor imprescindible para que la convivencia entre los hombres sea pacífica y noble y haga posible la solidaridad, la libertad y el respeto recíproco, mediante la tolerancia, desterrando la incoprensión y el fanatismo excluyente.

No nos proponemos ahora hablar de la democracia, sino de la Justicia; pero quede ahí esta preocupación porque sea ésta la que presida e inspire todo movimiento democrático; y piénsese en la necesidad de que la política se asiente en la sin-



ceridad y en la verdad; porque, cuando éstas faltan, los pueblos se sienten colectivamente inclinados a exagerar lo que el político olvida, que no suele ser siempre lo mismo en todas las épocas. Es muy aleccionador pensar cómo los grandes movimientos culturales, religiosos, artísticos, políticos, etc., han surgido casi siempre de una reacción natural ante el exceso y refinamiento dialéctico de los que les han precedido, a través de la creación de un ambiente social de justificada protesta.

Se dice que fue Solón quien formuló una inmejo-

rable norma de conducta, que en su transcripción latina se conoce así: «de nihil nimis» - de nada demasiado -. He ahí un prudente principio que hace mejor nuestra vida social y moral. Pero en la observancia de la Justicia nunca hay excedo. La fe exagerada engendra los fanáticos; la esperanza sin límites, los ingenuos estériles; la prudencia excesiva, los indecisos y los timoratos. La Justicia permanente engendra hombres cada vez más justos caracterizados por aquella constante e invariable voluntad de que hablaba Ulpiano.

# **J. ANTONIO DEL POZO VALDEZ**

## **ABOGADO - NOTARIO PUBLICO**

### **HORARIO DE ATENCION**

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

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

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

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

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

# **EICA CONSULTORES S.A.**

**INGENIERA DE PROYECTOS  
FUNDADA EN 1969**

**ESTUDIOS, DISEÑO Y SUPERVISION DE  
OBRAS, GERENCIA DE PROYECTOS**

Av. República de Chile N° 388  
Lima 11 Perú

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

## **Ricardo Fernandini Barreda**

Notario - Abogado

Las Begonias 441 Of. 401  
San Isidro

Telfs. : 423718 • 424924  
Fax : 411377

# SISTEMA PENAL Y MINIMA INTERVENCION : DE UNA FUNCION SIMBOLICA A UNA FUNCION REAL

Dino Carlos Caro Coria  
Bachiller en Derecho  
Pontificia Universidad Católica

## I. APUNTES PRELIMINARES.

Hace veinte años, la nueva ley sobre penalización del tráfico de heroína en el Estado de Nueva York, que entró en vigencia el 1o. de setiembre de 1973, imponía como pena máxima a la venta de una onza o cantidades mayores la cadena perpetua y era aplicable sólo a los mayores de diecisiete años.

Uno de los efectos previsibles y buscados con esa medida fue la caída en el número de vendedores y en la oferta de heroína, con el consiguiente aumento de los precios y dificultad de conseguir el producto. Todo ello se logró.

Pero se produjo también efectos indeseados. Las nuevas penas máximas eran iguales a las que podrían imponerse por homicidio a un agente de policía, de forma que la pena adicional -costo adicional- por matar a un policía era cero. De este modo, más traficantes comenzaron a usar armas, aumentando el número de homicidios. Además, como se había creado el incentivo, muchos traficantes comenzaron a usar a menores de edad -de catorce a dieciséis años- en la venta.

Muchos de estos efectos no deseados pudieron evitarse de haberse tenido en cuenta los posibles efectos sustitución de aquella medida, si se hubiese aplicado conceptos elementales de análisis económico del derecho.

El efecto sustitución consiste en el desplazamiento de los sujetos a actividades más provechosas -o menos costosas o donde los rendimientos sean mayores- como consecuencia de haber cambiado cualquier elemento relevante para su decisión. En política criminal, el cambio de alguna variable en una

*Ante el ineficiente uso de los escasos recursos asignados al control penal, el presente artículo propone como alternativa la aplicación del modelo político-criminal de mínima intervención. Su planteamiento central, consiste en limitar la actividad punitiva del Estado a fin de dirigirla únicamente contra aquellas infracciones que generan un mayor costo social. De este modo, a juicio del autor, el sistema penal se acercará al cumplimiento de una función real: La reducción de los costos sociales del delito.*

actividad puede tener consecuencias en otras actividades<sup>1</sup>.

Ejemplos como el anteriormente descrito, revelan las múltiples aplicaciones que el análisis económico del derecho ofrece para la evaluación de las decisiones político-criminales<sup>2</sup>.

La vieja melodía de la crisis fiscal de los Estados latinoamericanos y de los exiguos recursos destinados a la prevención y sanción de la delincuencia, origina un amasijo de problemas<sup>3</sup> que hacen del sistema penal un medio de control social que opera alejándose flagrantemente de sus objetivos formales<sup>4</sup>, encubriendo un «discurso perverso»<sup>5</sup>.

El objetivo final de este trabajo es ofrecer una panorámica de cómo el análisis económico, encuentra en el modelo político criminal de mínima intervención, una alternativa eficiente al problema de la escasez de recursos estatales.

## II. EL MODELO POLITICO CRIMINAL DE MINIMA INTERVENCION.

Este modelo propone reducir la intervención punitiva, limitándola sólo para las más graves infracciones contra los bienes jurídicos fundamentales. Una mejor comprensión de sus alcances implica revisar, aunque brevemente, los aportes de la criminología crítica.

## 1. Criminología crítica y deslegitimación del sistema penal.

Desde una perspectiva macrosociológica, la criminología crítica, a partir de la década de los 60', viene orientando su trabajo hacia la deslegitimación de los modelos político criminales aplicados por los Estados, develando su ineficiencia en el control de la criminalidad.

### 1.1 La criminología crítica.

Superando los modelos de la criminología positivista o del paradigma etiológico, y de la criminología liberal, el paso a la criminología «crítica», «moderna», o de la «reacción social» tuvo lugar sobre la base de las teorías de la criminalidad y de la reacción penal fundamentadas en el «labelling approach» y las teorías conflictuales<sup>6</sup>.

Desde un enfoque macrosociológico, la criminología crítica historiza la realidad de la conducta desviada y evidencia su relación funcional o disfuncional con las estructuras sociales, con el desarrollo de las relaciones de producción y de distribución<sup>7</sup>.

De este modo, el proceso de criminalización reproduce las desigualdades del sistema social, en concordancia con determinadas relaciones de poder. El poder para definir qué cosa es delito y qué

<sup>1</sup> Santos Pastor, Juan. Derecho penal. Política Criminal y Economía. Un Intento de Generalización. En: Estudios de Derecho Penal. En homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa. Madrid, Junio de 1986. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Pág. 539.

<sup>2</sup> Tal es el caso del problema de las penas pecuniarias y la compensación a las víctimas, la redistribución de recursos para minimizar el costo social de la criminalidad, el crimen organizado, la economía del sistema judicial, la política de control de drogas, la pena capital, entre otros. Cfr: Becker, Gary S. Crimen y Castigo: Un Enfoque Económico. Reproducción de Journal of Political Economy, marzo-abril de 1968. En: Microeconomía. Breit, William - Hochman, Harold. Ed. Interamericana. México, 1973. Traducido por Carlos A. Givogri. Cfr: Robert, Philippe. El Impacto Económico y Social del Fenómeno Criminal. En: Capítulo Criminológico. No. 5. 1977. Facultad de Derecho de Zulia. Venezuela.

<sup>3</sup> Como el aumento de la «cifra negra» o criminalidad oculta, lentitud de los procesos, baja calidad del servicio público, corrupción de sus operadores, escasa accesibilidad de la ciudadanía. Algunos de estos problemas han sido materia de diversos estudios empíricos en nuestro medio, entre ellos destaca la investigación realizada por el Instituto APOYO entre marzo y mayo de 1993, por encargo de la Agencia Internacional para el Desarrollo de los Estados Unidos, cuyas conclusiones están resumidas en el informe titulado «Indicadores Estadísticos. Sistema Judicial», de mayo de este año.

<sup>4</sup> Nos referimos a los fines de prevención -artículo 234 párrafo 2o. de la Constitución de 1979 y artículos I y IX del Título Preliminar del Código Penal- y de reparación a la víctima. Cfr. Yrigoyen Fajardo, Raquel. El Sentido (o sin sentido) del Sistema Penal. A Propósito de la Reforma Penal. En: VI Taller sobre Justicia y Derechos Humanos. Materiales de lectura. Comisión Episcopal de Acción Social. 1992. Pgs. 127 y ss., para quien la pena sólo cumple una función simbólica, deslegitimada y reproductora de desigualdades e injusticias.

<sup>5</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. Un Discurso Perverso. En: No Hay Derecho. No. 2. Buenos Aires, 1991.

<sup>6</sup> Baratta, Alessandro. Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. Introducción a la Sociología Jurídico-Penal. 1a. ed. en español. Siglo XXI Editores. México, 1986. Pg. 165. Pavarini, Massimo. Control y Dominación. Teorías Criminológicas Burguesas y Proyecto Hegemónico. Siglo XXI Editores. México, 1983. Pg. 164.

<sup>7</sup> Baratta. o.c. Pg. 166.

no, quién debe ser reprimido y quién no, está desigualmente distribuido; así como las posibilidades de ser etiquetado con el estatus de criminal, lo cual guarda «correspondencia con las relaciones desiguales de poder y propiedad en la sociedad»<sup>8</sup>. La criminalidad es un «bien negativo» distribuido desigualmente según la jerarquía de intereses fijada en el sistema socioeconómico, y según la desigualdad social entre los individuos.

Por ende, la criminología crítica centra su estudio en los mecanismos de control social insertos en los conflictos de poder y de intereses. Deviene en una teoría de la criminalización, es decir, del proceso de definición de lo que se entiende por delito, y de asignación de la etiqueta de criminal a determinados sujetos; es teoría crítica y sociológica del sistema penal, de sus agencias, su ideología y sus funciones.

De este modo, el objeto de análisis de la criminología crítica abarca los procesos de criminalización primaria -producción de normas-, criminalización secundaria -aplicación de normas por las agencias de control penal- y ejecución de las penas y medidas de seguridad.

## 1.2 Características y funciones del sistema penal.

Los estudios criminológico-críticos han puesto de relieve la «miseria del sistema de control penal», el cual ha sido caracterizado de modo genérico como sigue<sup>9</sup> :

### 1.2.1 Es un modelo fragmentario.

Del conjunto de formas de violencia, el sistema penal sólo selecciona para efectos del control, básicamente las de carácter interpersonal, sin atender las de naturaleza estructural<sup>10</sup>.

Así por ejemplo, deja de lado el carácter desigual y conflictivo de las relaciones de clase, de género y étnico culturales; presupone una falsa igualdad y desatiende los conflictos y formas de violencia producidos por estos modos de relación social.

### 1.2.2 Efectismo.

El sistema penal no considera las causas de los problemas que pretende resolver, sólo toma en cuenta algunos aspectos de sus manifestaciones finales y externas en relación a actores individuales. Ello está evidenciado, por ejemplo, con la represión del terrorismo, el narcotráfico y el aborto.

### 1.2.3 Selectividad.

Manifestada en todos los procesos de criminalización, mediante una selección negativa incriminadora de los sujetos con menor poder en la sociedad, convirtiéndolos en «chivos expiatorios» del castigo estatal<sup>11</sup>. Ello se aprecia, por ejemplo, a nivel de la criminalización primaria, con la incriminación de problemas sociales como la ocupación de terrenos para viviendas populares (delito de usurpación, artículo 202 del C.P.), o la venta ambulatoria (delito tributario, artículo 272 del C.P.).

Existe también una selección positiva que excluye a los poderosos del control punitivo. Varias investigaciones han evidenciado esto en los procesos de criminalización secundaria y de ejecución de la pena, así por ejemplo, todos los condenados de nivel socioeconómico alto y medio son favorecidos con la suspensión de la ejecución de la pena, quedando en libertad bajo reglas de conducta<sup>12</sup>. Esto significa que la población penitenciaria nacional se compone exclusivamente por ciudadanos o «clientes» de nivel socioeconómico bajo y muy bajo.

Presenciamos un sistema penal que opera desigualmente, en contra de ciertas personas más que contra determinados actos<sup>13</sup>.

### 1.2.4 Excluye alternativas de solución real de los conflictos.

El modelo de «tutela penal» es incapaz de contemplar respuestas sociales y políticas que puedan resolver los problemas de fondo<sup>14</sup>.

<sup>8</sup> Yrigoyen Fajardo, Raquel. Nociones básicas sobre criminología y sistema penal. En: Separata de criminología. No. 2. Comisión Episcopal de Acción Social. Diciembre de 1990. Pg. 5.

<sup>9</sup> Cfr. Yrigoyen Fajardo, Raquel. Nociones básicas...Pgs. 6 y ss.

<sup>10</sup> Baratta, Alessandro. o.c. Pg. 171.

<sup>11</sup> Baratta, Alessandro. o.c. Pgs. 171-175.

<sup>12</sup> Fuente: Apoyo, 1993.

<sup>13</sup> Esto revela que al margen del discurso oficial, existe un práctica constitutiva de un «sistema penal de autor».

<sup>14</sup> Yrigoyen Fajardo, Raquel. El sentido...Pg. 130.

Asimismo, al aceptar sólo la alternativa punitiva, excluye las posibilidades terapéuticas, conciliatorias y reparatorias<sup>15</sup>. No resuelve conflictos, y los agrava al expropiárselo a las partes, desprotegiendo a la víctima y victimizando al inculpa-

### 1.2.5 Incapacidad de prevenir el daño social.

Las investigaciones sociológicas han demostrado que las funciones instrumentales del sistema - teorías utilitarias de la pena: prevención general positiva y negativa, y prevención especial positiva y negativa-, no se verifican a nivel de la realidad social, y que por el contrario, han sido falseadas. El sistema no resocializa ni intimida, a cambio estigmatiza, creando carreras criminales en los prisionizados.

### 1.2.6 Incapacidad de proteger contra el daño social.

La ilusión de la tutela penal hace creer a la sociedad que con la sola tipificación delictiva, ésta se halla verdaderamente protegida. Así, el Estado y la Sociedad se eximen de una intervención realmente resolutoria en el plano político-social. Ello sólo da lugar a un reforzamiento ideológico de determinados valores, en quienes ya concuerdan con el sistema, cumpliendo una mera función simbólica, generadora de mayor indefensión ciudadana<sup>16</sup>.

### 1.2.7 Distorsión en la percepción del daño social.

Al hacer creer que sólo son relevantes los hechos que tipifica, marginando de su intervención verdaderas conductas lesivas de bienes jurídicos fundamentales, como el caso de las múltiples formas encubiertas de discriminación.

### 1.2.8 Intervención como agencia de violencia «legitimada».

La dañosidad del sistema penal puede ser directamente generada por sus agencias operativas (corrupción, abuso de autoridad, entre otros) o deriva-

da de la tipificación penal (mercados ilegales donde los consumidores devienen en víctimas : narcotráfico y aborto).

## 2. Modelos político-criminales alternativos.

Frente a la deslegitimación del sistema penal, se han consolidado tres tendencias en la discusión sobre el derecho penal y la política criminal al interior de la criminología crítica: el Neorrealismo de Izquierda, la Teoría del Derecho Penal Mínimo y el Abolicionismo<sup>17</sup>, todos caracterizados por el intento de superar las limitaciones del modelo objeto de la crítica.

### 2.1 El Neorrealismo de Izquierda.

Esta corriente toma su nombre de «realismo» para contraponerse al «idealismo» en que habría incurrido la criminología crítica. Se denomina «de izquierda» para distinguirse del movimiento «Realista de Derecha», que en Estados Unidos e Inglaterra, a principios de los 80, exigía mayor represión contra la clase obrera y las minorías étnicas. Los neorrealistas proponen «tomar en serio el delito». Para ello, la criminología debería regresar a ocuparse de la etiología del delito, dando prioridad a los estudios victimológicos. En el plano pragmático, proponen replantear la relación entre la sociedad y la policía y crear una organización de la comunidad con el objeto de contribuir al enfrentamiento del delito. Asimismo, proponen una línea reduccionista en la política criminal, consistente en descriminalizar ciertas conductas e incriminar otras.

### 2.2 El Derecho Penal Mínimo.

Se ha desarrollado básicamente en Europa del Sur y en América Latina, no siendo posible encontrar un único modelo de derecho penal mínimo. En su fundamentación se aprecian razones utilitarias<sup>18</sup>, su consideración como un programa hacia la abolición<sup>19</sup> y su calificación como límite a la violencia punitiva, mientras exista<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> Hulsman, Louk - Bernat de Celis, Jacqueline. Sistema penal y seguridad ciudadana. Hacia una alternativa. 1a. ed. Ed. Ariel. Barcelona, 1984. Pgs. 88-90.

<sup>16</sup> Hassemer, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. En : Nuevo Foro Penal. No. 51. Ed. Temis. Bogotá, 1991. Pg. 17 y ss.

<sup>17</sup> Martínez S, Mauricio. ¿Qué pasa en la criminología moderna?. 1a. ed. Ed. Temis. Bogotá, 1990. Pg. 1 y ss.

<sup>18</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi. El derecho penal mínimo. Madrid 1986. Diritto e Ragione. Bari, 1989. Para este autor, el derecho penal mínimo cumple una función instrumental, es la «ley del más débil».

<sup>19</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal. Ed. Afa. Lima, 1989.

<sup>20</sup> Cfr. Baratta, Alessandro. o.c. Pgs. 223-241. Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal. En : Nuevo Foro Penal. No. 34. Ed. Temis. Bogotá, 1986. Pg. 421 y ss.

La característica central de estas propuestas radica en el reconocimiento de algunas funciones del sistema penal, que ante el fracaso de las formas de control social «extrapenales», se convierte en la «ultima ratio» o última instancia del control formal.

### 2.3 El Abolicionismo del Derecho Penal.

Esta corriente, desarrollada principalmente en el norte de Europa, considera que el control penal ha fracasado en todos sus niveles, por lo que propone abolir las cárceles y el derecho penal y sustituir dichos instrumentos con intervenciones comunitarias e institucionales alternativas<sup>21</sup>.

Una de las diversas tendencias que en su interior se ha desarrollado, fundamenta la abolición en rigorismos morales que rechazan el sufrimiento de la pena<sup>22</sup>. Otra tendencia rechaza la intervención del Estado y la colonización ejercida por el derecho penal, reivindicando los valores de las sociedades primitivas que privilegian las soluciones privadas<sup>23</sup>.

Por último, también se ha fundamentado la abolición, desde un análisis materialista de la sociedad, en el ámbito de las acciones políticas de las clases subalternas<sup>24</sup>.

### 3. Toma de posición : La Opción del Derecho Penal Mínimo.

La vuelta hacia el paradigma etiológico<sup>25</sup> por parte del Neorrealismo de Izquierda, entre otras razones, niega la viabilidad de esta propuesta en la construcción de un modelo garantista.

A su vez, la creencia ciudadana en la función de la cárcel y del sistema penal<sup>26</sup>, impide la ejecución de la propuesta abolicionista<sup>27</sup> en el corto plazo<sup>28</sup>, reforzando el simbolismo y el «status quo».

Tal como ha señalado una criminóloga nacional, «no podemos obviar la existencia actual del sistema penal y, sin relegitarlo, creemos que se trata de usar «alternativamente» las herramientas que brinda el Derecho Penal garantista, para reducir la violencia del propio sistema»<sup>29</sup>.

Consideramos que ello puede lograrse a través de los postulados del Derecho Penal mínimo, como propuesta racionalizadora de la violencia punitiva del Estado que, mediante el favorecimiento de los mecanismos de control extra-penales en la solución de los conflictos, reserva la intervención penal para las más graves infracciones contra los bienes jurídicos esenciales.

### III. EL APORTE DEL ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO.

Desde hace un tiempo, en nuestro país se están desarrollando algunas reflexiones de tono crítico y enriquecedor sobre el rol del análisis económico del Derecho<sup>30</sup>. Desde este punto de vista es posible reforzar nuestra posición favorable a una política reduccionista del control penal o de mínima intervención.

#### 1. ¿Qué es el Análisis Económico del Derecho?

Como destacan sus seguidores, este análisis opera

<sup>21</sup> Para una visión general cfr. Foucault, Michael. Vigilar y castigar. 16a. ed. Ed. Siglo XXI. México, 1989.

<sup>22</sup> Christie, Nils. Los límites del dolor. Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1984.

<sup>23</sup> Hulsman. o.c.

<sup>24</sup> Mathiesen, Thomas. The politics of abolition. En : Contemporary Crisis. No. 10. Pgs. 371-421.

<sup>25</sup> Que fundamenta el modelo positivista deslegitimado por la criminología crítica.

<sup>26</sup> Aunque sea como medio de venganza privada o de retribución.

<sup>27</sup> Nos basta esta razón de carácter pragmático, por lo que hemos preferido no abordar los problemas filosóficos, sociológicos y políticos que subyacen a esta discusión.

<sup>28</sup> Dicha creencia ciudadana se evidencia en debates como el generado tras la vigencia del D.S. 017-90-JUS, que autorizaba al Poder Ejecutivo a indultar a los procesados encarcelados. Opinión bastante generalizada era la de aquellos que afirmaban que la excarcelación propuesta iba a traer como consecuencia inevitable un gran aumento en los índices de la delincuencia (Cfr. los diarios «La República» y «El Comercio» de la época), por lo que se generó un clima de inseguridad ante esta fórmula despenalizadora. Como podrá también recordarse, nada de lo afirmado sucedió.

La opinión pública favorable a la cadena perpetua y a la pena de muerte para los casos de terrorismo, es también ejemplo de la sensación de seguridad ciudadana generada por el sistema penal.

<sup>29</sup> Yrigoyen Fajardo, Raquel. El sentido...Pg. 136.

<sup>30</sup> Los trabajos de los profesores Alfredo Bullard González y Alejandro Falla Jara evidencian esta afirmación.



mediante la aplicación del método de razonamiento económico al Derecho, sin intentar reemplazar el raciocinio jurídico tradicional, sino complementándolo mediante el uso de una perspectiva distinta<sup>31</sup>, a partir de la cual pueden hallarse nuevas soluciones e interpretaciones.

La Economía es una ciencia que estudia las decisiones racionales en un mundo en el que los recursos son escasos frente a las necesidades humanas que tiene que satisfacer. De esta manera, la idea es determinar cómo tomar decisiones racionales que permitan un aprovechamiento eficiente de los recursos existentes. La búsqueda de la eficiencia es el norte del método económico, es el objetivo de maximización de los beneficios totales de una situación y la minimización de los costos totales de la misma<sup>32</sup>.

De este modo, el Derecho enfrenta el mismo problema que la Economía: cómo asignar los recursos escasos<sup>33</sup>. Por ende, el análisis económico del Derecho intenta abordar todo tipo de situaciones en que hay recursos escasos -cualquiera que sea su naturaleza- susceptibles de dedicación a usos alternativos. En el mundo del Derecho, y del Derecho Penal en particular, este tipo de situaciones son constantes<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Bullard González, Alfredo. «Al fondo hay sitio». ¿Puede el Teorema de Coase explicarnos el problema del transporte público?. En: *Thémis. Revista de Derecho*. No. 21. Segunda Época. Lima, 1992. Pg. 93. Santos Pastor, Juan. Una introducción al análisis económico del Derecho. En: *Hacienda Pública Española*. No. 89. 1984. Pgs. 153 y ss.

<sup>32</sup> Polinsky, A. Mitchell. Introducción al análisis económico del Derecho. Pg. 19. Señala que una situación se ajusta a la eficiencia o a la optimalidad de Pareto si no existe ningún cambio posible de esa situación que pueda mejorar la situación de alguien sin empeorar al mismo tiempo la de otro.

Por otro lado, el concepto de eficiencia normalmente se ha entendido en contraposición a los objetivos redistributivos, de equidad o de «justicia», lo que ha llevado a calificar al análisis económico del Derecho como deshumanizante, al reemplazar el concepto de justicia por el de eficiencia. No obstante, ello es inexacto, toda vez que el concepto de eficiencia contiene una serie de valores expresados en el objetivo de evitar el desperdicio en un mundo donde los recursos son escasos. Cfr. Bullard G., Alfredo. «Al fondo hay sitio». Pgs. 94 y 100, citando el conocido texto de Guido Calabresi: «First Party, Third Party, and Product Liability Systems: Can Economic Analysis of Law Tell Us Anything About Them?».

<sup>33</sup> Bullard G., Alfredo. «Al fondo hay sitio». Pg. 94.

<sup>34</sup> Santos Pastor, Juan. *Derecho penal...* Pg. 526.

<sup>35</sup> A fin de que el lector no se sienta contrariado por la aparente novedad de un «marco económico» para el comportamiento ilegal, permitásenos recordar que dos importantes autores sobre criminología de los siglos XVIII y XIX, Beccaria y Bentham, aplicaron en forma explícita el cálculo económico. Cfr. Becker, Gary S. o.c. Pg. 297. Bentham, Jeremy. *Theory of legislation*. Harcourt Brace Co. Nueva York, 1931.

<sup>36</sup> Cfr. López-Rey y Arrojo, Manuel. *Compendio de criminología y política criminal*. Ed. Tecnos. Madrid, 1985. Pgs. 161-163. Este autor señala, por ejemplo, que este análisis es aceptable como medio para lograr una justicia penal más eficaz, justa, rápida y al menor costo en tiempo, esfuerzo y dinero. Asimismo, indica que actualmente, el crecimiento rápido de la criminalidad y la necesidad de allegar medios para reducirla a límites tolerables y con ello aumentar la seguridad internacional y nacional hace más necesario que antes el uso del análisis de costo.

Por otro lado, J.P. Martín señala que el Sistema Penal se ha limitado a observar un papel marginal en los esfuerzos del desarrollo, y que últimamente ha surgido un nuevo punto de vista que toma en consideración las consecuencias económicas y sociales del delito, enfoque que podría revolucionar los criterios para la prevención y control del delito y despertar la conciencia del público y del gobierno en el sentido de que los esfuerzos para combatirlo exigen un criterio integrado con las estrategias nacionales del desarrollo económico y social.

<sup>37</sup> Cfr. Becker, Gary S. o.c. Pg. 273., para quien este descuido quizá provenga de creer que la actividad ilegal es demasiado inmoral para merecer atención científica sistemática.

La aplicación del análisis económico del Derecho a la evaluación de los problemas político criminales ha dejado de ser una novedad<sup>35</sup> si se tiene en consideración que desde el Quinto Congreso de Naciones Unidas sobre las «Consecuencias Económicas y Sociales del Delito», realizado en septiembre de 1975, esta perspectiva viene cobrando particular relevancia, lo cual ha sido destacado favorablemente por los criminólogos modernos<sup>36</sup>.

## 2. El costo social del delito.

### 2.1 ¿El crimen paga?

Considerado ampliamente, el «crimen» es una actividad o «industria» económicamente importante, no obstante su casi total desprecio por los economistas<sup>37</sup>.

El crimen como manifestación social genera múltiples problemas individuales y colectivos que necesariamente se proyectan a nivel económico y se traducen en un enorme gasto para la economía del Estado. El costo del crimen equivale, en síntesis, a los daños, gastos y pérdidas para las personas naturales o jurídicas y el Estado, que el delito genera y se promueven a partir de su real o potencial existencia. En tal sentido, el concepto de costo del

crimen no debe ser confundido con el costo del sistema de justicia penal, el primero es mucho más amplio<sup>38</sup>.

Ese creciente costo, desde el punto de vista económico del delito, en todos los países parece estar acompañado por un incremento cada vez mayor de la criminalidad, circunstancia que ha sensibilizado a amplios sectores sociales que han tornado la mirada hacia la descriminalización de cierto tipo de delitos que sólo abultan los códigos y congestionan el sistema penal. De este modo, desde un enfoque pragmático, actualmente se viene estudiando los procesos de descriminalización con la esperanza de minimizar el alto costo económico del delito<sup>39</sup>.

## 2.2 Esquemas planteados para estimar el costo del delito.

Se han ensayado múltiples esquemas tentativos a fin de estimar el costo del delito<sup>40</sup>. Así, por ejemplo, uno de los más destacados es el propuesto por J.P. Martin quien clasifica los costos del delito en :

- i. Costos económicos directos, indirectos y pérdidas preferentes causadas por el delito, el cual incluye conceptos similares a los de daño emergente, lucro cesante, daño moral y daño a la persona.
- ii. Costos de las medidas de prevención y seguridad en instituciones públicas y empresas privadas , los gastos de seguros y la pérdida de la remuneración de los delincuentes internados y de las víctimas incapacitadas.

<sup>38</sup> Cervini, Raúl. o.c. Pgs. 173-175.

<sup>39</sup> Cervini, Raúl. o.c. Pgs. 174-175.

<sup>40</sup> Cfr. el esquema original de J.P. Martin y los esquemas de Szabo y Rico descritos por Aniyar de Castro, Lola. Criminología de la reacción social. Maracaibo, 1977. Pgs. 57-58. Cfr. también los esquemas de Robert, Philippe. o.c. Quiroz Cuarón, Alfonso. El costo social del delito. Ed. Botas. México. Y el de Martin, J.P. El costo del delito. Algunos problemas de investigación. En : Revista Internacional de Política Criminal. Naciones Unidas. No. 23. 1965. Pgs. 59-66, esquema complementado en 1973 según precisa Cervini, Raúl. o.c. Pgs. 177-179.

<sup>41</sup> Cfr. Hassemmer, Winfried - Muñoz Conde, Francisco. Introducción a la criminología y al derecho penal. Ed. Tirant lo blanch. Valencia, 1989. Pg. 46 y ss. Cervini, Raúl. o.c. Pg. 179. Cfr. Datos de Apoyo, 1993, o.c.

<sup>42</sup> Como efectivamente sucede con el terrorismo por ejemplo. Cfr. Cabello Arce, Juan José - García Belaunde Saldías, Diego. El terrorismo en el contexto actual. En : Ius Et Veritas. No 5, 1992. Pg. 113 y ss. El terrorismo generó hasta 1992 un costo social de 24,517 muertos entre miembros de las fuerzas del orden, civiles, presuntos subversivos y narcotraficantes (Fuente : Perú Paz), dato que no incluye las ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas que engrosan la «cifra negra» . Asimismo, el costo económico generado hasta agosto de 1992 ha sido valorizado preliminarmente en US\$ 20'502,380 (Fuente : Comisión Especial e Instituto Constitución y Sociedad), a lo que se agrega una importante retracción en la inversión interna y externa en la economía nacional, con el deterioro progresivo del nivel de vida promedio.

<sup>43</sup> Como sucede con el narcotráfico y los delitos contra el ambiente. Cfr. Nadelmann, Ethan A. Pensando seriamente en alternativas a la prohibición de las drogas. En : Conferencia Internacional «Drogas y Narcotráfico : Propuestas desde la Región Andina». Materiales de lectura. Lima, julio de 1993. Pg. 1 y ss. Cfr. Remy, Paul. Empresa y medio ambiente. Una aproximación necesaria. En : Apuntes. No 28. Universidad del Pacífico. Lima, 1991. Pg. 45 y ss.

iii. Costo que representa para las instituciones de protección social la necesidad de prestar ayuda a las familias de los presos y las víctimas.

iv. Costo para las finanzas públicas o costo público, que incluye los gastos para la ejecución de la ley, la administración de justicia y el tratamiento de los delincuentes.

Ahora bien, no obstante los esquemas propuestos para la evaluación del costo del delito, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

i. Dicha evaluación sólo ofrecerá cifras relativas, ya que no puede dejarse de lado el impacto de la gran extensión de la «cifra negra de la criminalidad» o delincuencia oculta, dado que los delitos conocidos oficialmente representan sólo un porcentaje insignificante del total que significa la valoración completa del costo de la delincuencia real para un país. Esto quiere decir que más allá de toda magnitud calculable, existe otro costo oculto, debido a los delitos desconocidos y conocidos no denunciados, que constituyen una fuerza debilitadora de la economía<sup>41</sup>.

ii. Generalmente el delito ha sido visto como un hecho social que sólo genera costos<sup>42</sup>, sin considerarse que existen formas delictivas productivas en términos económicos<sup>43</sup>.

iii. Desde un punto de vista estrictamente económico, una vez consumado un delito, la pérdida social resulta irreparable, por lo que el problema ge-

nerado no debe ser evaluado a nivel interindividual -autor y víctima-, sino en el sentido de evitar o prevenir la comisión de futuros delitos<sup>44</sup>.

iv. Como es evidente, el costo del delito no se agota en el concepto de costo del sistema penal<sup>45</sup>. Tener claridad sobre ello resulta importante toda vez que el costo del sistema penal debe justificarse racionalmente, en la medida que constituye un gasto que se suma a la pérdida social derivada de la consumación de un delito<sup>46</sup>.

### 3. El impacto del delito y la desviación irracional de recursos.

#### 3.1 Escasez e ineficiente asignación.

Teóricamente todos los delincuentes podrían ser detenidos y castigados si se dedicaran los recursos necesarios para ello. Pero hacer esto no implicaría normalmente un empleo adecuado de los recursos disponibles, dado que éstos son susceptibles de utilización en usos más rentables para la sociedad<sup>47</sup>.

En la realidad de los países latinoamericanos, resulta obvio que la sólo puesta en marcha de todo el aparato de justicia penal importa un desembolso económico considerable que se convierte en un obstáculo a otras realizaciones sociales. No obstante, lo que es más grave, se tiene la convicción de que las técnicas y métodos utilizados no solucionan los problemas, sino que los agravan<sup>48</sup>, tal como lo ha evidenciado la criminología crítica a través de su discurso deslegitimador.

La escasez de recursos y su ineficiente asignación

hacen que la justicia penal se asemeje a una central telefónica con capacidad limitada para emitir mensajes, de manera tal que, a pesar de recibir todos los reclamos o pedidos de llamada, sólo comunica a la cantidad que posibilita la saturación de su mecanismo. Así, la justicia penal sólo soluciona aquellos casos que, conforme al sistema de procesamiento y a los recursos humanos y materiales con los que cuenta, permite el sistema. Lo curioso es que, como han puesto de relieve los criminólogos, el sistema penal, comprendida su realización práctica, está dominado por cierta inercia que elige los casos más sencillos y los autores más desprotegidos<sup>49</sup>.

De este modo, los escasos recursos estatales destinados al control penal son utilizados irracionalmente para activar un sistema que en contra de su discurso oficial<sup>50</sup>, opera clientelistamente, de modo selectivo, marginalizante, estigmatizante y condicionante, reproduciendo los esquemas de desigualdad e injusticia social, cumpliendo una función simbólica e irreal que refuerza el «statu quo».

#### 3.2 Algunos indicadores.

Ultimamente varios trabajos empíricos han evidenciado la escasez de recursos y su ineficiente uso en el control penal, y proponen desde una visión de análisis económico una reasignación de los mismos a fin de perseguir sólo las más graves infracciones contra los bienes jurídicos esenciales. Revisemos algunos de estos datos.

##### 3.2.1 Ministerio Público<sup>51</sup>.

Se ha demostrado que el volumen de trabajo ficto

<sup>44</sup> Cfr. Posner, Richard. *Economic Analysis of Law*. Little, Brown & Company. 1986.

<sup>45</sup> Cfr. Calabressi, Guido. *El costo de los accidentes*. Ed. Ariel. Es lo que el denomina, en el sistema de responsabilidad civil extracontractual, los «costos administrativos o terciarios», en contraposición a los «costos primarios» o de prevención y a los «costos secundarios» o costo resultante de los accidentes.

<sup>46</sup> Como se afirma para el sistema de responsabilidad civil extracontractual, la regla consiste en que «el daño queda donde se produjo, salvo que exista una buena razón para trasladarlo». Cfr. Bullard G., Alfredo. *Que Dios se lo pague*. En: *Diario «El Peruano»*. 1992. Este criterio aplicado al sistema de responsabilidad penal puede enunciarse diciendo que: «el delito queda donde se produjo, salvo que exista una buena razón para reprimirlo», dicha razón puede fundamentarse en objetivos de eficiencia y/o de equidad como lo son la reparación a la víctima, la prevención de futuros delitos, etc.

<sup>47</sup> Santos Pastor, Juan. *Derecho penal...* Pg. 531. La idea de destinar todos los recursos disponibles a la persecución penal es impensable, dado que generaría un «costo de oportunidad» bastante elevado, privándose a la sociedad de la satisfacción de sus necesidades básicas, a cambio de una especie de «Estado Policía», sin delincuencia.

<sup>48</sup> Cervini, Raúl. o.c. Pg. 180 y ss.

<sup>49</sup> Maier, Julio B.J. *La reforma del proceso en el marco del sistema penal*. En: *Cuadernos de la Cárcel*. Ed. especial de derecho penal y criminología de la Revista «No Hay Derecho». Buenos Aires, 1991. Pg. 19 y ss.

<sup>50</sup> Los objetivos declarados oficialmente son principalmente los de prevención y reparación a la víctima, sobre la base de una actuación igualitaria del sistema. Cfr. nota 4.

<sup>51</sup> Fuente: Apoyo, 1993.

o abstracto del Ministerio Público en el distrito judicial de Lima (determinado por el cociente resultante de dividir el número de habitantes por el número de Fiscalías competentes en dicho distrito) se incrementó porcentualmente en 11.6 % en el periodo 87-91.

Este incremento en la carga ficta se explica por el aumento poblacional en el distrito judicial de Lima, no acompañado de un incremento porcentual de la capacidad funcional del Ministerio Público, a fin de solventar el aumento de demanda abstracta de administración de justicia. Mientras que dicha demanda viene aumentando, la capacidad funcional se ha mantenido constante.

Por otro lado, la carga de trabajo real o concreta del Ministerio Público (conformada por el total de denuncias tramitadas) se incrementó porcentualmente en 76.6 % en el período 87-91.

Como es evidente, el incremento porcentual de la carga real es producto del aumento del número de denuncias que no es acompañado de un incremento porcentual de la capacidad funcional del Ministerio Público, a fin de solventar el aumento de demanda real de administración de justicia.

Estos datos demuestran un notable incremento, en el período 87-91, en la carga de trabajo abstracta (11.6 %) y real (76.6 %) del Ministerio Público. Esta disociación entre la demanda ciudadana de administración de Justicia y la capacidad funcional de la institución tiene consecuencias de carácter cuantitativo (incremento en la duración de los procedimientos) y cualitativo (investigaciones superficiales, dictámenes indebidamente fundamentados, y aumento de la criminalidad oculta)<sup>52</sup>. Esto mismo sucede en la instancia judicial.

Ahora bien, en cuanto a la incidencia delictiva, en el año judicial de 1987, se recibieron 18,479 denuncias, de las cuales el mayor índice correspondió a los delitos contra el patrimonio, con una tasa del 53.3 % (9,847); en segundo lugar los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud tuvieron una tasa del 22.2 % (4,100); en el tercer lugar se ubicaron los delitos contra la libertad (que incluye los llamados delitos contra las buenas costumbres, hoy denominados contra la libertad sexual) con una tasa del 7.4 % (1,361); el cuarto lugar corresponde a delitos

contra la administración pública con una tasa del 3.6 % (673); en quinto lugar los delitos contra la familia con una tasa del 3.1 % (581).

A su vez, en el año judicial de 1991, la incidencia más alta corresponde a los delitos contra el patrimonio con una tasa del 50.1 %. (16,349); el segundo lugar lo ocupan los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud con una tasa del 17.7 % (5,780); en tercer término se ubican los delitos contra la libertad con una tasa del 8.2 % (2,704); en cuarto lugar los delitos contra la administración pública con una tasa del 5.6 % (1,836); y en quinta ubicación los delitos de tráfico de drogas con una tasa del 4.9 % (1590).

Como puede advertirse, el escaso número de denuncias por delitos económicos, tributarios y tráfico de drogas, entre otros, no equivale necesariamente a la inexistencia de estos delitos, siendo presumible la presencia de niveles importantes de criminalidad oculta. La importancia de prevenir y sancionar estos delitos radicaría en el alto costo social que generan.

La existencia de esta criminalidad oculta puede obedecer a los altos costos de información que implica para el Estado detectar cada delito, individualizar a sus autores, perseguirlos y sancionarlos. Estos costos de información se verían incrementados por variables reales como el caso de la corrupción. Asimismo, las posibilidades de superarlos quedan aún más disminuidas ante la escasez de recursos estatales y su deficiente asignación, que incluye la persecución de delitos con menor costo social, como es el caso de los delitos contra el honor, contra la intimidad, contra la familia, entre otros.

### 3.2.2 Poder Judicial<sup>53</sup>.

La carga ficta durante el año judicial de 1987 por Juez Penal fue la correspondiente a 111,421 habitantes, mientras que durante 1991 fue la referente a 126,596 habitantes. Esto significa que la carga ficta se incrementó porcentualmente en 11.6 % en el período 87-91.

La carga real en el año judicial de 1991, para los 47 Juzgados, fue de 22,335 denuncias, es decir que se recibieron, en promedio, 61 denuncias al día y cada Juez conoció un promedio de 475 denuncias en dicho año.

<sup>52</sup> En un modelo de sistema penal eficiente, la capacidad funcional del Ministerio Público debe estar equilibrada con la demanda ciudadana de administración de justicia. Como resulta evidente, por la concurrencia de múltiples variables que determinan la disociación anteriormente apuntada, el equilibrio ideal señalado no se lograría, tan sólo, aumentando el número de Fiscalías Penales.

<sup>53</sup> Fuente: Apoyo, 1993.

A pesar de no existir indicadores disponibles sobre la carga real en los años anteriores, es presumible que se haya incrementado en los últimos años, sobre todo si se tiene en cuenta que la carga real de trabajo del Ministerio Público aumentó en 76.6 % entre 1987 y 1991, y que el número de Juzgados no ha aumentado en los últimos 8 años.

Este aumento del volumen de trabajo trae consigo, entre otras consecuencias, la mayor duración de los procedimientos, la que en los procedimientos sumarios se calcula en 3 años, 4 meses y 15 días (1a y 2a instancia), mientras que en los ordinarios es de 2 años, 7 meses y 15 días sólo hasta la sentencia de primera instancia. Esto cobra particular relevancia si se tiene en consideración que el 50.9 % de procesos concluyen al haber operado la prescripción de la acción penal.

De las denuncias recibidas en el año judicial de 1991, el mayor índice correspondió a los delitos contra el patrimonio, con una tasa del 49.5 % ; en segundo lugar los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud tuvieron una tasa del 15.6 % ; en el tercer lugar se ubicaron los delitos de tráfico de drogas con una tasa de 6.3 %, en cuarto lugar los delitos contra el honor, con una tasa de 6.2 % y en quinto lugar los delitos contra la libertad (que incluye los llamados delitos contra las buenas costumbres, hoy denominados contra la libertad sexual) con una tasa del 5.6 % . Esto revela nuevamente la existencia de una cifra negra de criminalidad.

Por último, en cuanto a la finalización del procedimiento, el 20.6% concluyen con el sobreseimiento de la causa, el 7.3% con sentencia absolutoria, el 6.1% mediante una excepción de naturaleza de acción y el 14% con sentencia condenatoria. De estas últimas, sólo en el 33 % de los casos se ordenaba la ejecución efectiva de la pena en una cárcel, siendo que «casualmente» dicho porcentaje se componía exclusivamente por ciudadanos de nivel socioeconómico bajo y muy bajo, condenados por delitos de incumplimiento de obligación alimentaria, hurtos, etc. Esto evidencia una vez más el carácter selectivo del sistema penal.

#### 4. El delito y el objetivo de eficiencia.

Frente al problema descrito, la perspectiva de la eficiencia recomienda la reducción de los costos sociales generados por la actividad delictiva. Ello

puede lograrse mediante una reasignación de los recursos escasos destinados al control penal.

No obstante la generalidad de este enunciado, podemos encontrar algunas pistas en el modelo del sistema de responsabilidad civil extracontractual<sup>54</sup>. De este modo, es posible centralizar el objetivo de eficiencia en la búsqueda de la minimización de tres tipos de costos:

- i. Los costos de prevención.
- ii. Los costos derivados de la comisión efectiva de los delitos.
- iii. Los costos del sistema penal.

Una eficiente reasignación de los recursos existentes puede acercarnos a dicho objetivo, en cuyo caso, el sistema punitivo desarrollará funciones reales ajenas al simbolismo.

#### 5. Propositiones básicas sobre la conducta delictiva.

Una de las ideas básicas del análisis económico del derecho consiste en calificar a los individuos como sujetos «racionales», que intentan ampliar al máximo su bienestar dentro de las limitaciones en que se mueven: limitaciones de información, conflicto con otros valores, etc. Dicha racionalidad los lleva a actuar de modo distinto en función de los estímulos o incentivos presentes en cada caso, los cuales pueden ser modificados por la política jurídica<sup>55</sup>.

Ahora bien, ello significa que los individuos delinquen porque consideran que los beneficios -monetarios o no- obtenidos de su comisión son mayores que los costos -sean o no dinerarios- que les acarrearía no hacerlo. Sin embargo, esto no quiere decir que en cada acto ilícito los individuos sopesen detalladamente todas las consecuencias, sino que el ánimo que los ha determinado, conciente o inconcientemente, es la sensación de que cometerlo es mejor que no hacerlo.

Se ha sostenido que, a primera vista, uno puede pensar que lo anterior es decir poco, pero que lo interesante sería que con tan poco se puede llegar a una serie de hipótesis y contrastaciones de gran valor explicativo y predictivo, decisivas por tanto para la política criminal. En tal sentido se ha seña-

<sup>54</sup> Cfr. Torres López, Juan. *Análisis económico del Derecho*. Ed. Ariel. Pg. 60 y ss. Calabresi, Guido. o.c.

<sup>55</sup> Santos Pastor, Juan. *Derecho penal...* Pg. 526.

lado que de la consideración de los sujetos como individuos racionales, se derivan tres proposiciones básicas sobre el comportamiento delictivo<sup>56</sup>:

- i. El castigo tiene efectos disuasorios.
- ii. Delinquir es «rentable» para quien lo hace.
- iii. Las «condiciones económicas» son un determinante fundamental de la cantidad de criminalidad existente.

Para efectos de nuestro análisis nos importa desarrollar la primera, por considerar que a partir de ella podemos encontrar algunos criterios que permiten una eficiente reasignación de los recursos a fin de disminuir el costo social del delito.

## 6. ¿Disuade realmente la pena?

Desde la perspectiva del análisis económico del derecho la pena se asemeja al costo o «precio» que debe pagarse por delinquir. No obstante, el «precio» que significa el castigo no es más que un valor «esperado», algo que depende de la magnitud de la pena y de la probabilidad de que ésta se efective.

De este modo, el costo de cometer el delito de aborto, cuya pena asciende a 2 años (artículo 114 del C.P.), siendo la probabilidad de ser condenado del 50% por la insuficiente actividad de la policía, el sistema judicial o el penitenciario, no representa para quien lo comete un costo de 2 años, sino de 2 x 50/100, es decir 1 año.

Ahora bien, la prevención del delito podría reposar en el encarecimiento de la actividad delictiva, aumentando el precio o valor esperado del castigo, con lo cual se estaría desincentivando la delincuencia. En tal sentido, puede inferirse que existen dos formas de aumentar el valor esperado:

- i. Aumentando las penas

Esta propuesta, llevada al discurso de las teorías de la pena, no significa sino la afirmación del modelo de la llamada prevención general negativa<sup>57</sup>, orientada a la prevención del delito mediante la

intimidación de la ciudadanía por la aplicación de penas drásticas.

Múltiples estudios científicos han demostrado la ausencia de una relación directa entre el agravamiento de las penas y la disminución de la delincuencia, por lo que esta teoría se halla absolutamente deslegitimada.

- ii. Aumentando la certeza o probabilidad de ser condenado por la comisión de un delito

Esta opción, llevada también al discurso de las teorías de la pena, corresponde a la propuesta de la conocida prevención general positiva<sup>58</sup>, consistente en la afirmación positiva del Derecho Penal, como afirmación de las convicciones jurídicas fundamentales, de la conciencia social de la norma, o de una actitud de respeto por el Derecho.

El aumento de la probabilidad de ser condenado forma parte de los cometidos que Armin Kauffman atribuye a la prevención general positiva, cuando se refiere a la misión de reforzar y mantener la confianza en la capacidad del orden jurídico de permanecer e imponerse<sup>59</sup>.

Las críticas levantadas contra la prevención general positiva por la criminología crítica<sup>60</sup>, ponen de manifiesto que la reafirmación de valores sólo es posible para quienes están conformes con la ley, debido a la ausencia de consenso en la definición de los valores que protege el sistema penal, lo que hace de éste un modelo simbólico.

## 7. Reasignación de recursos sobre la base del modelo de mínima intervención.

Consideramos que el paradigma del «Derecho Penal Mínimo», favorable a la solución de los conflictos a través de los medios de control social extrapenales y que reserva la intervención penal sólo para las más graves infracciones contra los bienes jurídicos esenciales; facilita una eficiente reasignación de los escasos recursos con que cuenta el sistema para el cumplimiento de la función de reducir el costo social del delito.

Este modelo operaría a través de la reducción de

<sup>56</sup> Santos Pastor, Juan. Derecho penal... Pg. 527.

<sup>57</sup> Cfr. Roxin, Claus y otros. Introducción al derecho penal y procesal penal. Ed. Ariel. Barcelona, 1989.

<sup>58</sup> Cfr. Mir Puig, Santiago. Derecho penal. Parte General. 3a ed. Ed. PPU. Barcelona, 1990. Pg. 56 y ss.

<sup>59</sup> Cfr. Mir Puig, Santiago. o.c. Pg. 57.

<sup>60</sup> Cfr. Yrigoyen Fajardo, Raquel. El sentido...Pg. 128.

la intervención punitiva en los procesos de criminalización primaria (destipificación de conductas, atenuación de las penas, etc.), secundaria (promoción del respeto de los derechos humanos a nivel de las agencias de control penal) y de ejecución (aplicación de medidas despenalizadoras)<sup>61</sup>.

Por otro lado, la función de reducción del costo social se aprecia a tres niveles :

i. Como reducción de los costos de prevención.- Al reprimirse un menor número de infracciones - sólo las lesivas de los bienes jurídicos fundamentales-, el sistema se descongiona. Ello trae consigo el aumento de la probabilidad de la imposición efectiva de la sanción penal, lográndose el objetivo de la prevención general positiva, que bajo el modelo de mínima intervención supera las críticas dado que sólo protege los valores fundamentales.

ii. Como reducción de los costos derivados de la

comisión efectiva de delitos.- Ello debido a que el sistema opera mediante una selección racional, puesto que asigna sus escasos recursos a la persecución de las conductas que generan un mayor costo social, dejándose de lado la intervención punitiva frente a las infracciones de menor entidad -delitos de bagatela por ejemplo-, lo cual maximiza la utilidad del sistema, evitándose «costos de oportunidad». Esto implica a su vez una reducción de la «cifra negra» de la criminalidad.

iii. Como reducción de los costos del sistema penal.

Dado que el sistema opera mediante una selección racional, su consiguiente descongestión significará una reducción significativa de sus costos.

En conclusión, el modelo de mínima intervención acerca al sistema penal al cumplimiento de una función real, la de reducir el costo social del delito, superando el simbolismo falso e ilusorio que actualmente lo domina.

<sup>61</sup> Una propuesta de medidas puede verse en Yrigoyen Fajardo, Raquel. El sentido... Pgs. 139-151.

# **ABRAHAM VELARDE ALVAREZ**

NOTARIO DE LIMA

Av. Arequipa 4036 Miraflores

Teléfonos: 45-9762 • 40-1043 • 22-6853 • 70-3681

Fax: 41-5851



# EL PROCESO EJECUTIVO EN EL CODIGO PROCESAL CIVIL DE 1992

Luis Alberto Liñán Arana  
Abogado. Jefe de Práctica de Derecho  
Procesal. Universidad de Lima

## I. UBICACION.

El primer aspecto a tener en cuenta, sobre el tema a desarrollar, es que a diferencia del Código de Procedimientos Civiles de 1912, el nuevo tiene un tratamiento orgánico de los procesos de ejecución.

En el Título V, de la Sección Quinta - dedicada a los procesos contenciosos -, se encuentran regulados los **Procesos de Ejecución** y dentro de ellos se legislan tres procesos :

- a) Proceso de Ejecución de Resoluciones Judiciales.
- b) Proceso de Ejecución de Garantías.
- c) Proceso Ejecutivo.

En un título aparte, se regulan las normas referidas a la **Ejecución Forzada**, es decir aquella actividad que se produce cuando el deudor no cumple voluntariamente con lo ordenado en la sentencia definitiva, vale decir toda la actividad relacionada al remate, adjudicación y pago.

**a) Proceso de Ejecución de Resoluciones Judiciales.**- Este proceso se inicia en virtud de un **título de ejecución**, constituido por una resolución judicial firme (con la calidad de cosa juzgada), un laudo arbitral firme u otro documento que la ley señale.

El fin de este proceso es hacer efectiva la resolución final emitida, sea por el Organismo Jurisdiccional o por un Tribunal Arbitral, a través de la cual se ha solucionado un conflicto de intereses. Si bien constituye un proceso autónomo, es competente para conocerlo el juez de la demanda, es decir, el juez ante el cual se inició el proceso que originó la resolución que se busca ejecutar.

*El presente artículo, con una intención eminentemente práctica, busca ilustrar los aspectos más relevantes de la nueva legislación procesal del proceso ejecutivo. Para ello, desarrolla de manera exegética, la normatividad del nuevo Código Procesal Civil y la compara con la derogada, señalando sus virtudes y denunciando sus defectos, tanto en la forma en que se ha legislado como la manera en que se ha comenzado a aplicar. Finalmente, el autor nos comenta otros aspectos procesales, novedosos en nuestro medio, vinculados con la institución objeto de estudio.*

El trámite de este proceso es bastante rápido, pudiendo el demandado contradecir el **mandato de ejecución** (así se denomina a la resolución en que se le requiere el cumplimiento de la obligación), dentro de un plazo de tres días.

Sobre este punto debe tenerse presente que si bien el código concede al demandado la posibilidad de contradecir el mandato de ejecución<sup>1</sup>, éste sólo podrá oponer derechos contra la **ejecución del fallo** y no podrá repetir los argumentos de defensa con los cuales se opuso a la pretensión contenida en la demanda, admitir lo contrario sería atentar contra la autoridad de la cosa juzgada.

**b) Proceso de Ejecución de Garantías.-** Bajo este título se reúnen las normas destinadas a la ejecución de garantías reales. Se trata de un proceso tipo, según el cual se ejecutarán toda clase de garantías, prescindiendo de variaciones en razón de la persona a favor de quien se ha otorgado la garantía.

De este modo se unifican las normas sobre ejecución de garantías existentes (registramos cerca de 16 procedimientos diferentes, entre ellos el regulado entre los artículos 189 y 212 de la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros, los cuales a raíz de la vigencia de nuevo Código han quedado derogadas)<sup>2</sup>.

Un tema que consideramos importante es que este proceso sobre Ejecución de Garantías llena un vacío existente en nuestra legislación. En efecto, a partir del pasado 28 de julio ya tenemos un proceso por medio del cual se pueden ejecutar las hipotecas urbanas otorgadas a favor de personas naturales.

Recordemos que nuestros jueces, en reiteradas ejecutorias, han establecido la improcedencia del Decreto Legislativo No. 495 para estos casos, por fundamentos de índole constitucional.

## II. PROCESO EJECUTIVO.

### 1. Procedencia.

Sólo se puede iniciar un proceso ejecutivo en virtud de un **título ejecutivo**, los que se encuentran enumerados en el artículo 693<sup>3</sup>. Debe indicarse que la relación contenida en el referido artículo no es taxativa, pues cabe la posibilidad que otras leyes den la calidad de título ejecutivo a otros documentos.

Por otro lado, es necesario que la obligación contenida en el título ejecutivo sea cierta, expresa y exigible; tratándose de obligaciones de dar suma de dinero, es necesario además que la obligación sea líquida o liquidable mediante simples operaciones aritméticas.

Sobre este punto, es importante precisar que de una primera lectura del listado de los títulos ejecutivos que regula el Código Procesal Civil, se podría establecer que se han eliminado algunos títulos en relación a los contenidos en el Decreto Ley No. 20236, lo cual no es exacto pues nunca existió la necesidad de incluirlos en el listado debido a que en cada ley especial existe una norma que les otorga mérito ejecutivo, en concordancia con el artículo 693 inc 8 del Código.

De los títulos ejecutivos contenidos en el artículo 693 del Código, quisiéramos realizar algunos

<sup>1</sup> **Artículo 718.- Contradicción.-** Puede formularse contradicción al mandato de ejecución dentro de tres días de notificado, sólo si se alega el cumplimiento de lo ordenado o la extinción de la obligación. Al escrito de contradicción se anexará el documento que acredite el cumplimiento o extinción alegados. De lo contrario ésta se declarará inadmisibile.

De la contradicción se confiere traslado por tres días y, con contestación o sin ella, se resolverá mandando seguir adelante la ejecución o declarando fundada la contradicción. La resolución que la declara fundada es apelable con efecto suspendido.

<sup>2</sup> Primera Disposición Derogatoria

6. Quedan igualmente derogadas las normas que establezcan procedimientos preferentes o especiales para el pago de obligaciones o para la ejecución judicial de garantías. Dichos procedimientos se tramitarán conforme al proceso específico regulado en este Código.

<sup>3</sup> **Artículo 693.- Títulos ejecutivos.-** Se puede promover proceso ejecutivo en mérito de los siguientes títulos:

1. Letra de cambio, vale a la orden o pagaré, debidamente protestado según ley.

2. Cheque con la constancia de devolución del banco por falta de fondos, o por cuenta cerrada o debidamente protestado, según la ley de la materia.

3. Copia certificada de la Prueba Anticipada que contiene un documento privado reconocido.

4. Copia certificada de la Prueba Anticipada que contiene una absolución de posiciones, expresa o ficticia.

5. Documento privado que contenga transacción extrajudicial.

6. Instrumento impago de renta de arrendamiento, siempre que el arrendatario se encuentre en uso del bien.

7. Testimonio de escritura pública.

8. Otros títulos a los que la ley les da mérito ejecutivo.

comentarios. En relación con los incisos 3 y 4 del artículo 693 del Código, según el cual constituye título ejecutivo **la copia certificada** de la Prueba Anticipada. Consideramos que aquí existe un error de concordancia interna del propio Código, pues el artículo 299, establece que actuada la prueba anticipada se entregará **el expediente al interesado**, por lo cual puede concluirse que si el interesado tiene el original del expediente, entonces puede presentarse como título ejecutivo el original y no la copia certificada. Tal vez el error se produce al haberse cambiado el texto del artículo 299 que aparecía en la primera versión del Código (publicado en el diario Oficial «El Peruano» el 29 de febrero de 1992), según la cual al interesado se le entregaba copia certificada del expediente de prueba anticipada<sup>4</sup>; el legislador optó por cambiar este artículo disponiendo que se entregase al interesado el original del expediente y omitió realizar el cambio en los incisos 3 y 4 del artículo 693. En todo caso se trata de un asunto que debe ser resuelto fácilmente por los jueces, quienes deberán aceptar como título ejecutivo el original del expediente de prueba anticipada.

El segundo punto a comentar se refiere al reconocimiento de un documento como título ejecutivo. Si realizamos una lectura sucesiva de los incisos 3 y 4 del artículo 693, veremos que el inc 4 otorga mérito ejecutivo a una absolución de posiciones **expresa o ficta**, mientras que el inciso 3 se limita a establecer que constituye título ejecutivo «un documento privado reconocido» sin precisar - como si lo hace el inciso citado - si este reconocimiento puede ser tanto expreso como ficto.

Este aparente vacío de la norma ha originado que muchos abogados e inclusive jueces interpreten que el Código sólo confiere mérito ejecutivo al reconocimiento expreso de un documento privado realizado en prueba anticipada, lo cual es **totalmente erróneo**, pues si se trata de un reconocimiento realizado en prueba anticipada, debemos acudir a sus normas y entre ellas encontramos el artículo 296

inc 1<sup>5</sup> que regula el reconocimiento ficto, por lo cual debemos concluir que **constituye título ejecutivo el reconocimiento expreso o ficto de un documento privado realizado en Prueba Anticipada**, no existiendo por lo tanto motivo alguno para confusiones.

En el inc 5 del artículo 693, se cita como título ejecutivo al «documento privado que contenga una transacción extrajudicial» en plena concordancia con el artículo 1312 del Código Civil<sup>6</sup>. Con esta norma desaparece aquella discusión respecto a si la transacción extrajudicial necesitaba constar en un documento privado con firmas legalizadas notarialmente para constituir título ejecutivo. Recordemos que muchos jueces exigían tal requisito en plena contravención de las normas del Código Civil de 1984, el cual - como sabemos - no hacía distinción alguna. A partir de la vigencia del código queda claro que **no es necesario** que las firmas que aparecen en una transacción extrajudicial estén legalizadas: El propio documento privado que contiene la transacción extrajudicial constituye título ejecutivo.

Por otro lado, debe indicarse que en el inciso 6 del artículo 693, se ha documentado la pretensión ejecutiva de pago de arriendos. Ahora ya no basta el simple dicho del arrendador, el título ejecutivo lo constituye «el instrumento impago de la renta de arrendamiento», entendiéndose el recibo, permaneciendo siempre como requisito adicional, que el arrendatario se encuentre en el uso del bien.

Un tema importante es el referido al cobro de las cuotas de mantenimiento del inmueble en los casos de propiedad horizontal. De acuerdo con el D.L. No. 22112 artículo 3, el pago de estas obligaciones se podía exigir por medio de un proceso ejecutivo; el Código deroga en forma expresa esta norma (Cuarta a Disposición Modificatoria) y establece que esta pretensión se tramitará como un proceso sumarísimo; por lo cual a partir del pasado 28 de julio las deudas por mantenimiento en caso de

<sup>4</sup> Artículo 299 del Código Procesal Civil, según edición publicada en el diario Oficial «El Peruano» el 04 de marzo de 1992). **Entrega del Expediente**.- Actuada la prueba anticipada, se entregará copia certificada del expediente al interesado, conservándose el original en el archivo del Juzgado.

**Artículo 299.- Entrega del Expediente**.- Actuada la prueba anticipada, se entregará el expediente al interesado, conservándose copia certificada de éste en el archivo del Juzgado, a costo del peticionante y bajo responsabilidad del Secretario de Juzgado.

<sup>5</sup> **Artículo 296.- Apercebimientos**.- Si el emplazado no cumpliera con actuar el medio probatorio para el que fue citado, se aplicarán los siguientes apercebimientos:

1. En el reconocimiento se tendrá por verdadero el documento

<sup>6</sup> **Código Civil.- Artículo 1312**.- La transacción judicial se ejecuta de la misma manera que la sentencia y la extrajudicial en la vía ejecutiva.

propiedad horizontal, ya no son exigibles en la vía ejecutiva.

## 2. Obligaciones Exigibles.

El código permite demandar ejecutivamente sólo obligaciones de dar suma de dinero, de dar bien mueble determinado, de hacer y de no hacer.

Se ha dejado de lado la denominada ejecución rescisoria contractual contenida en el artículo 44 del D.L. No. 20236<sup>7</sup>, porque<sup>8</sup> el Código Civil de 1984 regula mecanismos extrajudiciales mucho más expeditivos a fin de resolver esta clase de conflictos, tal como el regulado en el artículo 1429 del Código Civil<sup>9</sup>, institución que en doctrina recibe el nombre de resolución por autoridad del acreedor.

## 3. Competencia.

A fin de determinar el Juez competente, se siguen

las reglas generales de la competencia, establecidas en el Título II de la Sección Primera del Código.

El artículo 696 del nuevo código plantea una simple fórmula aritmética para determinar la competencia, consistente en multiplicar el valor de la Unidad de Referencia Procesal (URP), vigente al momento de la interposición de la demanda, por 50. Si las pretensiones demandadas son iguales o menores al resultado de la operación anterior, será competente el Juez de Paz Letrado; si las pretensiones superan el mencionado monto, será competente el Juez Civil<sup>10</sup>.

## 4. Requisitos de la demanda.

La demanda ejecutiva deberá contener todos los requisitos y anexos que señalan los artículos 424 y 425 del Código<sup>11</sup>.

En relación al inc. 10 del artículo 424, para los efec-

<sup>7</sup> Decreto Ley No 20236.- Artículo 44.- Procede la acción ejecutiva, siempre que los contratos consten de instrumento que apareja ejecución :

1° Para rescindir los contratos de compra venta pactados bajo condición resolutoria, en caso de falta de pago parcial o total del precio.

2° Para rescindir los contratos de compra venta a plazos con pacto de reserva de dominio hasta la total cancelación del precio, por incumplimiento en el pago total o parcial.

3° Para rescindir los contratos de compra venta por falta de otorgamiento de garantía estipulada dentro del plazo señalado.

<sup>8</sup> Según lo expuesto por el Dr. Nelsón Ramírez Jiménez - miembro de la Comisión Revisora del Código Procesal Civil - en el Auditorium del Colegio de Abogados de Lima, en el mes de agosto de 1993.

<sup>9</sup> Código Civil.- Artículo 1428.- En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partículas falta al cumplimiento de su prestación, la otra puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato, y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.

Código Civil.- Artículo 1429.- En el caso del artículo 1428 la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante cuarta por vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de quince días bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto. Si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización de daños y perjuicios.

<sup>10</sup> Para efectos del cálculo de la cuantía durante el año de 1991, la URP es de S/.170, por lo que la competencia es la siguiente:

a) Juez Civil: Pretensiones iguales o mayores a S/. 8,500.00

b) Juez de Paz Letrado: Pretensiones menores de S/. 8,500.00

<sup>11</sup> Artículo 424.- Requisitos de la demanda.- La demanda se presenta por escrito y contendrá:

1. La designación del Juez ante quien se interpone;

2. El nombre, datos de identidad, dirección domiciliaria y domicilio procesal del demandante;

3. El nombre y dirección domiciliaria del representante o apoderado del demandante, si no puede comparecer o no comparece por sí mismo;

4. El nombre y dirección domiciliaria del demandado. Si se ignora esta última, se expresará esta circunstancia bajo juramento que se entenderá prestado con la presentación de la demanda;

5. El petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide;

6. Los hechos en que se funde el petitorio, expuestos enumeradamente en forma precisa, con orden y claridad;

7. La fundamentación jurídica del petitorio;

8. El monto del petitorio, salvo que no pudiera establecerse;

9. La indicación de la vía procedimental que corresponde a la demanda;

10. Los medios probatorios; y

11. La firma del demandante o de su representante o de su apoderado, y la del Abogado. El Secretario respectivo certificará la huella digital del demandante analfabeto.

(continúa en la siguiente página).

(continuación de pie de página 11).

tos de una demanda ejecutiva, consideramos pertinente realizar una interpretación concordando esta norma con la contenida en el artículo 701 <sup>12</sup>.

En efecto, de acuerdo con los requisitos de la demanda que se describen en el artículo 424 correspondiente a la Sección Cuarto sobre Postulación del Proceso y por lo tanto aplicables a todos los procesos, se establece que toda demanda debe ir acompañada de los correspondientes medios probatorios; no obstante ello, consideramos que en el caso del proceso ejecutivo existe una excepción originada en que el título vale por sí, no requiere de prueba adicional. Por ello el ejecutante ofrecerá medios probatorios complementarios a su título, **sólo en caso que exista contradicción al mandato ejecutivo** y en tal supuesto deberá hacerlo en el escrito que absuelve el traslado de la contradicción. Como resulta obvio, el ejecutado deberá ofrecer medios probatorios, en el momento que contradice el mandato ejecutivo. Por lo expuesto, debe concluirse que no constituye un requisito de la demanda el adjuntar la tasa judicial por ofrecimiento de pruebas.

Esta excepción a la regla general, se debe a la propia naturaleza del proceso ejecutivo donde el demandante llega prevenido de un documento (título ejecutivo) que le da un alto grado de verosimilitud al derecho que invoca, lo cual origina que la carga de la prueba se invierta, estando a cargo del ejecutado probar en contra de la pretensión del ejecutante; a tal extremo que si no cuestiona la demanda, se expedirá sentencia de inmediato.

Por lo expuesto, el ejecutante, aparte de cumplir con los demás requisitos de los artículos 424 y 425, deberá acompañar el respectivo **título ejecutivo**, en el cual sustenta su demanda.

## 5. Procedimientos.

Presentada la demanda, el Juez luego de calificar el título ejecutivo y de considerarla admisible, expedirá el **mandato ejecutivo**; en caso contrario denegará de plano la ejecución o declarará inadmisibles la demanda concediendo plazo al ejecutante para que subsane el vicio formal incurrido.

El mandato ejecutivo contendrá la orden de pago de lo demandado más intereses y gastos; nótese que se ha eliminado el plazo de 24 horas que el D.L. No. 20236 establecía para el pago de lo adeudado <sup>13</sup>, motivo por el cual, el ejecutante podrá trabar una medida cautelar sobre lo bienes de su deudor, inclusive el mismo día de expedido el mandato ejecutivo.

La contradicción al mandato ejecutivo deberá realizarse dentro de los 5 días de notificado, ésta deberá fundarse sólo en las causales que la norma precisa, tal como explicáramos en título aparte.

Del escrito en el cual se formula contradicción se confiere traslado al ejecutante por tres días, luego de lo cual se citará a **audiencia** dentro de los 10 días posteriores, concluida la misma, se expedirá sentencia dentro de los cinco días siguientes. En caso de no contradecirse el mandato ejecutivo, sin

**Artículo 425.- Anexos de la demanda.-** A la demanda debe acompañarse:

1. Copia legible del documento de identidad del demandante y, en su caso, del representante;
2. El documento que contiene el poder para iniciar el proceso, cuando se actúe por apoderado;
3. La prueba que acredite la representación legal del demandante, si se trata de personas jurídicas o naturales que no pueden comparecer por sí mismas;
4. La prueba de la calidad de heredero, cónyuge, curador de bienes, administrador de bienes comunes, albacea o del título con que actúe el demandante, salvo que tal calidad sea materia del conflicto de intereses y en el caso del procurador oficioso;
5. Todos los medios probatorios destinados a sustentar su petitorio, indicando con precisión los datos y lo demás que sea necesario para su actuación. A este efecto acompañará por separado pliego cerrado de posiciones, de interrogatorios para cada uno de los testigos y pliego abierto especificando los puntos sobre los que versará el dictamen pericial, de ser el caso; y
6. Los documentos probatorios que tuviese en su poder el demandante. Si no se dispusiera de alguno de estos, se describirá su contenido, indicándose con precisión el lugar en que se encuentran y solicitándose las medidas pertinentes para su incorporación al proceso.

<sup>12</sup> **Artículo 701.- Trámite.-** Si hay contradicción se concede traslado al ejecutante, quien deberá absolverla dentro de tres días proponiendo los medios probatorios respectivos. El Juez citará a audiencia para dentro de diez días de realizada la absolución o sin ella, la que se sujetará a lo dispuesto en el artículo 555, en lo que fuese aplicable.

Si no se formula contradicción, el Juez expedirá sentencia sin más trámite ordenando llevar adelante la ejecución.

<sup>13</sup> **Decreto Ley No 20236.- Artículo 19.-** Presentada la demanda para el pago de la deuda de dinero, si procede la ejecución el Juez ordenará que el deudor pague la suma demandada dentro del día siguiente o que en caso contrario, se trabe embargo en bienes que basten al pago de la deuda y costas.

más trámite se expedirá sentencia

## 6. Medios Probatorios.

Luego de haber establecido el momento en el cual se deben ofrecer los medios probatorios, veamos ahora cuales son las pruebas que se pueden ofrecer en el proceso ejecutivo.

Dentro del esquema planteado por el nuevo Código para el proceso ejecutivo, en el que se busca hacerlo mucho más rápido no permitiendo al ejecutado dilatar el proceso ofreciendo medios probatorios totalmente innecesarios, se ha establecido que los **únicos medios probatorios admisibles para el ejecutado son la declaración de parte, los documentos y la pericia.**

Es por el motivo expuesto en el párrafo anterior que el Código no limita los medios probatorios que puede presentar el ejecutante, quien si tiene a su alcance todos los medios probatorios que el Código regula, y podrá hacer uso de ellos siempre y cuando - como resulta obvio - estos tengan relación con los puntos en litis, pues en caso contrario el juez podrá prescindir de ellos, por considerarlos impertinentes o inútiles, según sea el caso.

## 7. Contradicción al Mandato Ejecutivo.

Consideramos que este es el punto de mayor importancia en el nuevo proceso ejecutivo y el que lo diferencia del «proceso ejecutivo» regulado en el derogado Decreto Ley No. 20236. Es en este tema donde el nuevo Código opta por asimilar al proceso ejecutivo a los procesos de ejecución y no a los de conocimiento, como venía ocurriendo hasta el 28 de julio último.

Conforme a la anterior legislación, el ejecutado podía fundamentar su oposición en cualquier motivo e inclusive podía discutir la **validez y el nacimiento de la obligación puesta a cobro**, es decir, podía discutir el fondo de la pretensión contenida en el título ejecutivo. Esto sucedía porque no se limitaba

el contenido de la oposición a la ejecución. Una muestra de ello lo encontramos en los artículos 25 y 26 del D.L. No. 20236, el primero permite al ejecutado «... deducir la nulidad o falsedad de la **obligación**» y el segundo concede al ejecutado la posibilidad de deducir las excepciones «que se funden en las relaciones personales con el demandado», es decir las denominadas «excepciones personales», que no son otra cosa que una defensa de fondo.

Con la nueva legislación, en el proceso ejecutivo desaparece toda discusión sobre el fondo de la pretensión. En adelante el ejecutado no podrá discutir el nacimiento de la obligación puesta a cobro, estando los supuestos de su defensa limitados sólo a aspectos formales, tal como lo precisa en forma **taxativa** el artículo 700 del código <sup>14</sup>.

Adicionalmente a lo expuesto, se establece que en caso el ejecutado pretenda sustentar su contradicción al mandato ejecutivo, en supuestos no contenidos en el artículo 700, el Juez deberá declarar liminarmente (de plano, sin previo traslado a la otra parte) la improcedencia de la contradicción.

Creemos importante citar la disposición contenida en el artículo 20 de la Ley de Títulos Valores <sup>15</sup>, según el cual deudor puede oponer al tenedor del título «las excepciones que se derivan de sus relaciones personales»; aparentemente existe una contradicción entre el artículo 700 del código y la norma citada. Consideramos que no es así, pues se trata de un caso de aplicación específica de una norma, en este caso prima la norma procesal sobre la substantiva, por lo cual debemos entender que cuando se pretenda cobrar en la vía ejecutiva un título valor, el deudor no podrá hacer valer frente a su acreedor las denominadas «excepciones personales» que como ya expresamos constituyen una defensa de fondo, la cual está totalmente fuera de lugar en el nuevo proceso ejecutivo, como ya quedó expresado.

<sup>14</sup> **Artículo 700.- Contradicción.-** El ejecutado puede contradecir la ejecución y proponer excepciones o defensas previas, dentro de cinco días de notificado con el mandato ejecutivo, proponiendo los medios probatorios. Sólo son admisibles la declaración de parte, los documentos y la pericia.

La contradicción se podrá fundar en:

1. Inexigibilidad o liquidez de la obligación contenida en el título;
2. Nulidad formal o falsedad del título ejecutivo;
3. La extinción de la obligación exigida; o
4. Excepciones y defensas previas.

Juez debe declarar liminarmente la improcedencia de la contradicción si ésta se funda en supuestos distintos a los enumerados.

<sup>15</sup> **Ley de Títulos Valores.- Artículo 20.-** El demandado puede oponerse al cumplimiento de las obligaciones consignadas en el título, sólo fundándose en las excepciones personales que derivan de sus relaciones personales con éste.



## 8. Apelación al Mandato Ejecutivo.

La apelación al mandato ejecutivo es el medio por el cual el ejecutado ataca el **mérito ejecutivo del título**, se cuestiona la falta de requisitos formales, es decir, los requisitos esenciales que debe tener todo título ejecutivo; su empleo no es excluyente con la contradicción al mandato ejecutivo, pudiendo el ejecutado usar ambos medios de defensa siempre y cuando se encuentre dentro de los supuestos que la norma establece para su procedencia.

La apelación al mandato ejecutivo se concederá sin efecto suspensivo y en calidad diferida, según lo dispuesto en los artículos 697 y 691 último párrafo<sup>16</sup>.

## 9. Audiencia Única.

Otro cambio importante es la realización de una **Audiencia Única**, la que como ya quedó expresado, se realizará sólo en caso de existir contradicción al mandato ejecutivo.

Antes de entrar a analizar el contenido de esta audiencia, quisiéramos expresar algunos conceptos sobre la asistencia personal de las partículas a ella.

Dentro de esquema planteado por el código en donde se busca el contacto directo entre el Juez del proceso y las partes, la regla general es que las partes deben asistir **personalmente** a las audiencias. Como toda regla general, existe una excepción y es la contenida en el artículo 554 según la cual en el caso de la audiencia única del proceso sumarísimo «las partes pueden hacerse representar por apoderados, sin restricción alguna». La pregunta que de inmediato surge es ¿por qué si cabe actuar por medio de representante en la audiencia de un proceso sumarísimo y en los demás no?; no pretendemos contestar en forma categórica la interrogante formulada, - pues en todo caso puede haber sido simplemente una opción del legislador -, nuestra intención sólo es dar nuestra opinión sobre este tema. Consideramos que esta excepción a la regla general se debe a que en un proceso sumarísimo los temas son puntuales y en

la mayoría de casos muy sencillos.

Ahora, nos surgen nuevas interrogantes, ¿es esta excepción a la regla general exclusiva de la audiencia realizada en un proceso sumarísimo? ¿podría aplicarse a la audiencia única del proceso ejecutivo?, intentemos dar respuesta a estas preguntas en las próximas líneas.

De acuerdo al artículo 701, la audiencia única del proceso ejecutivo «se sujeta a lo dispuesto en el artículo 555», es decir a la audiencia de un proceso sumarísimo. Si realizamos una interpretación literal de la norma tendríamos que concluir que la excepción es exclusiva del proceso sumarísimo, ya que la norma citada nos remite al artículo 555 y la posibilidad de representarse por apoderado en la audiencia esta contenida en el artículo 554, como ya quedó anotado; pero ¿es esto lógico? ¿acaso el supuesto de hecho que se presenta en un proceso sumarísimo es radicalmente diferente al que encontramos en un proceso ejecutivo? Consideramos que no.

En nuestra opinión, en el **proceso ejecutivo** en donde la lógica de un proceso normal se invierte debido a que la pretensión del demandante tiene un alto grado de verosimilitud y las posibilidades de discutir aspectos relacionados con el nacimiento de la obligación exigida están fuera de lugar, **es totalmente posible que las partes se hagan representar en la audiencia por apoderados**, para esto deberá realizarse una interpretación teleológica de la norma, que es una tarea que corresponde a nuestros jueces, quienes poco a poco irán formando de una vez por todas la tan ansiada jurisprudencia. En esta audiencia se realizarán - en el orden que se indican - los siguientes actos procesales :

**a) Saneamiento Procesal;** El Juez revisará tanto los presupuestos procesales como las condiciones de la acción, a fin de que exista una relación procesal válida y pueda existir un pronunciamiento válido sobre el fondo de la litis.

El examen que realizará el Juez, puede ser de oficio o a consecuencia de la excepciones presentadas por

<sup>16</sup> **Artículo 697.- Mandato Ejecutivo.-** El Juez calificará el título ejecutivo, verificando la concurrencia de los requisitos formales del mismo. De considerarlo admisible, dará trámite a la demanda expidiendo mandato ejecutivo debidamente fundamentado, el que contendrá una orden de pago de lo adeudado, incluyendo intereses y gastos demandados, bajo apercibimiento de iniciarse la ejecución forzada.

El mandato ejecutivo es apelable sin efecto suspensivo. La apelación sólo podrá fundarse en la falta de requisitos formales del título.

Si la obligación es en parte líquida y en parte ilíquida, se puede demandar la primera.

**Artículo 691.- Sentencia y apelación** - ... Si la apelación es concedida sin efecto suspensivo, tendrá la calidad de diferida, siendo de aplicación el artículo 369 en lo referente a su trámite.



el ejecutado; la consecuencia de este examen será dar por terminado el proceso o conceder un plazo a fin que se subsanen los defectos presentados. Esto dependerá de la calidad del defecto existente.

**b) Conciliación;** El Juez intentará solucionar el conflicto de intereses surgido mediante una propuesta a las partes, la que de ser aceptada por ambas partes, originará la conclusión del proceso.

**c) Fijación de Puntos Controvertidos y Saneamiento Probatorio;** Según lo expuesto por las partes tanto en la demanda, en la contradicción y en la absolución de la contradicción, el Juez señalará cuales son los puntos sobre los cuales existe desacuerdo, precisando que sobre ellos deberá girar la actividad probatoria. Por ello el siguiente paso será decidir cuales de las pruebas ofrecidas deberán actuarse.

**d) Actuación de Medios Probatorios;** Finalmente, se procederá a actuarse las pruebas que han sido admitidas por el Juez.

**e) Informe Oral;** En caso que los abogados lo soliciten - en la diligencia -, podrán hacer uso de la palabra, con la cual concluirá la audiencia.

### III. OTROS ASPECTOS.

1. Con el nuevo Código desaparece la disposición contenida en el artículo 8 inc 1 del D.L. No 20236,<sup>17</sup> según la cual los títulos ejecutivos que se fundan en protesto perdían su mérito ejecutivo a los seis meses de realizado éste.

El nuevo Código no repite esta norma, por lo cual los únicos plazos de prescripción y caducidad existentes son los contenidos en la Ley de Títulos

<sup>17</sup> **Decreto Ley No 20236.- Artículo 8.-** Los títulos enumerados en el artículo. 2° pierden su mérito ejecutivo:

1° Los que se fundan en protesto, a los seis meses de verificada esta diligencia;

<sup>18</sup> **Decreto Ley No 20236.- Artículo 38.-** El que sin hallarse en el caso del artículo anterior, interponga demanda ejecutiva para el pago de una deuda que personalmente ha dado por cancelada, o niega alguna cantidad que ha recibido por cuenta de ella, será condenado a pagar una multa equivalente al doble de la cantidad indebidamente reclamada, sin perjuicio de la acción penal a que hubiese lugar.

<sup>19</sup> **Artículo 412.- Principio de la condena en costas y costos.-** El reembolso de las costas y costos del proceso no requiere ser demandado y es de cargo de la parte vencida, salvo declaración judicial expresa y motivada de exoneración. La condena en costas y costos se establece por cada instancia, pero si la resolución de segunda revoca la de primera, la parte vencida pagará las costas de ambas. Este criterio se aplica también para lo que resuelva la Corte de casación. Si en un proceso se han discutido varias pretensiones, las costas y costos se referirán únicamente a las que hayan sido acogidas para el vencedor.

**Artículo 50 .- Deberes.-** Son deberes de los Jueces en el proceso :

5. Sancionar al Abogado o a la parte que actúen en el proceso con dolo o fraude.

**Artículo 420.- Literalidad y destino de la multa.-** La multa debe ser declarada judicialmente precisándose su monto, el obligado a su pago y la proporción en que la soportan, si fueran más de uno. Cuando no se precise se entiende impuesta en partículas iguales. La multa es ingreso propio del Poder Judicial. En ningún caso procede su exoneración.

Valores.

Por lo anterior debemos entender que aquellos títulos valores en los cuales los seis meses del protesto han transcurrido antes de la entrada en vigencia del código, han perdido su mérito ejecutivo, debido a la aplicación inmediata del D. Ley No. 20236 hasta ese momento vigente, sostener lo contrario sería propugnar aplicación retroactiva del código procesal, lo cual es a todas luces inaceptable. De otro lado, los títulos ejecutivos en los cuales los seis meses han transcurrido luego de la entrada en vigencia del código, conservan su mérito ejecutivo, toda vez que la norma que establecía el plazo de los seis meses ha quedado derogada.

2. Al igual que la mayoría de los Códigos contemporáneos, el nuevo código no regula la llamada **Plus Petición**, contenida - según la práctica judicial y la jurisprudencia nacional - en el artículo 38 del D.L. No. 20236 <sup>18</sup>; como sabemos la Plus Petición era entendida como una sanción que se aplicaba al litigante malicioso quien aprovechándose de las ventajas que le ofrecía la vía ejecutiva exigía el pago de una deuda que ya había dada por cancelada o negaba los pagos recibidos a cuenta. La sanción consistía en el pago del doble de los indebidamente demandado.

De acuerdo con la estructura del Código, al litigante malicioso, que demande cantidades que no se le adeudan, artículo de perder el proceso - como resulta lógico - se le impondrá el pago de multas y las costas y costos del proceso <sup>19</sup>.

3. Cabe la posibilidad de afectar derecho de tercero, siempre y cuando éste tenga alguna intervención en el título ejecutivo o en relación que lo garantiza y además sea notificado con el mandato ejecutivo,

en el momento oportuno.

4. Una importante novedad es la contenida en el artículo 703. Según esta norma, si al expedirse sentencia favorable en primera instancia el ejecutante desconociera bienes de propiedad de su deudor, podrá solicitar que dentro de quinto día señale bienes libre de gravamen, bajo apercibimiento de ser declarado en quiebra. En caso el deudor no señale bienes, concluirá el proceso ejecutivo, se declarará **la quiebra** del ejecutado y se seguirá el proceso como uno de quiebra.

Sobre este tema sólo dos comentarios. El primero que escapa al ámbito del código, es que a la fecha no contamos con una ley procesal de quiebras - la que nos regía fue derogada -, por lo cual en la práctica este artículo no se va poder aplicar en tanto no se subsane este vacío normativo.

El segundo tema sí tiene relación directa con el artículo que nos ocupa, y es que tal como está redactada la norma sólo procede solicitar que el deudor señale bien libre de gravamen, si es que el ejecutante desconoce de «bienes de su propiedad»; ¿qué sucede si el acreedor conoce bienes del deudor pero sobre estos pesan una serie de gravámenes?, al parecer no procedería solicitar el señalamiento de bien libre y el deudor quedaría impune y sin pagar la deuda, que es justamente lo que el código - por medio de esta norma - busca evitar. Es por estas razones que consideramos que la solicitud de señalamiento de bien libre **también debería proceder** cuando el deudor no tiene bienes libres de gravámenes.

5. Otra novedad la encontramos dentro del proceso de ejecución de garantías, según este, si luego de realizado el remate del bien dado en garantía existiera un saldo deudor, este es exigible por la **vía ejecutiva** <sup>20</sup>.

6. El código suprime todos los procesos especiales y privilegios en materia procesal civil en favor del Estado, Gobierno Central y los Gobiernos Regionales y Locales; por lo cual es posible demandar en

la vía ejecutiva a estos entes, lo cual no estaba permitido con la anterior legislación <sup>21</sup>. Lo que sí se mantiene es la prohibición de conceder medidas cautelares para futura ejecución forzada contra el Estado y otras entidades similares <sup>22</sup>.

7. La contracautela es uno de los requisitos para la concesión de una medida cautelar, tiene por objeto resarcir los posibles perjuicios que la medida cautelar ocasione al ejecutado, esto porque toda medida cautelar se concede debido a una verosimilitud del derecho, y puede suceder que la verosimilitud que existe en un determinado momento, desaparezca. Existe, por lo tanto, una relación inversamente proporcional entre contracautela y verosimilitud, así a mayor verosimilitud menor exigencia de contracautela.

La contracautela puede ser real o personal, dentro de esta última encontramos la **caución juratoria**, que no es otra cosa que el juramento que otorga una persona de responder por los daños que ocasione la medida cautelar en caso su demanda sea desamparada. Como se podrá apreciar, la caución juratoria es el grado más bajo de contracautela.

Las pretensiones intentadas en procesos ejecutivos se encuentran sustentadas en títulos ejecutivos, teniendo un alto grado de verosimilitud y originando una certeza respecto de la existencia y exigibilidad de la obligación contenidas en ellos. Es por ello que podemos concluir que tratándose de medidas cautelares otorgadas a raíz de un proceso ejecutivo, el requisito de la contracautela podrá cumplirse otorgándose **caución juratoria**.

8. Hablar de un proceso ejecutivo trae automáticamente a la mente el tema de las medidas cautelares y dentro de ellas las «medidas cautelares para futura ejecución forzada», vale decir el secuestro y el embargo en todas sus formas.

Al solicitar una medida cautelar hay que cumplir una serie de requisitos de forma y de fondo, de ellos sólo quisiéramos analizar el referente a la formación del cuaderno cautelar.

<sup>20</sup> **Artículo 724.- Saldo deudor.-** Si después del remate del bien dado en garantía, hubiera saldo deudor, éste será exigible mediante proceso ejecutivo.

<sup>21</sup> **Decreto Ley No 20236.- Artículo 17.-** Contra el Estado y los Gobiernos locales no procede acción ejecutiva. Este privilegio no se extiende a ninguna otra entidad, salvo disposición expresa de la ley.

<sup>22</sup> **Artículo 616.- Casos especiales de improcedencia.-** No proceden medidas cautelares para futura ejecución forzada contra los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionales autónomos, Gobiernos Regionales y Locales y las universidades.

De acuerdo con el artículo 640 **en un proceso en trámite** el cuaderno cautelar se forma con copia certificada de la demanda, sus anexos y el mandato ejecutivo, los cuales deben agregarse a la solicitud cautelar. El primer tema es que tratándose de solicitudes cautelares presentadas conjuntamente con la demanda este artículo no es aplicable.

El segundo punto es que, en algunas secretaría de Juzgado no reciben las solicitudes cautelares si es que se adjunta a ella copia certificada de las piezas procesales citadas. Aparte de recordar que el secretario de juzgado no puede en ningún caso dejar de recibir un escrito por más impertinente que este sea (es el Juez quien se encargará de rechazar el pedido por medio de la correspondiente resolución), debemos indicar que el solicitar a las partículas las copia certificadas es algo que la norma no establece, eso es una actividad del propio secretario de juzgado quien deberá de armar el correspondiente cuaderno.

9. Si bien tanto el embargo como el secuestro con medidas cautelares para futura ejecución forzada, la principal diferencia que entre ellas existe es que en el primero no hay desposesión física del bien mientras que en el secuestro sí. El secuestro es de dos formas, **judicial** cuando se discute el derecho de propiedad o posesión sobre determinado bien en este caso la medida afecta al mismo bien y **conservativo** que según nuestro código procede a raíz de un **proceso ejecutivo** pudiéndose afectar cualquier bien del deudor.

Sobre este tema el artículo 649, dispone que en caso de un embargo en forma de depósito se deberá nombrar depositario al propio obligado, pero ¿qué sucede si al momento de realizar la diligencia el obligado no se encuentra en el lugar del embargo? Algunos consideran que en tal supuesto la diligencia no se llevará a cabo, sin embargo y atendiendo a que el fin buscado es no desposeer al deudor de sus bienes, consideramos que en este supuesto deberá nombrarse depositario a la persona mayor de edad con quien se entendió la diligencia, a quien se le instruirá de las obligaciones que en su calidad de depositario asume.

Sobre el secuestro conservativo el código establece que el custodio será **preferentemente** un almacén legalmente constituido, toda vez que aún no existen éstos, es perfectamente posible que el propio ejecutante designe a una tercera persona como custodio quien llevará los bienes al lugar que ella designe.

10. Finalmente y en relación al cateo, que es la facultad que tiene el acreedor de solicitar se realice búsqueda en los ambientes del inmueble e incluso en la persona del deudor, siempre y cuando se advierta el ocultamiento de bienes afectables o si éstos resultan insuficientes para cubrir la deuda. Debe tenerse presente que éste procede tanto en el embargo en forma de depósito como en el secuestro; además no es necesario que éste sea pedido en la solicitud cautelar, toda vez que éste es producto de una situación de hecho que sólo se va a dar en el momento de realizar la diligencia, por lo cual mal podría ordenarse en forma anticipada.

# ORDEN PUBLICO ECONOMICO, ORDEN PUBLICO LABORAL Y LOS LIMITES A LA AUTONOMIA COLECTIVA

Javier Ricardo Dolorier Torres  
Abogado  
Asistente de Docencia de Derecho Laboral  
Pontificia Universidad Católica

La relación entre la autonomía colectiva y la norma estatal constituye uno de los puntos más controversiales de Derecho Colectivo del Trabajo. La discusión no se limita a las diferentes opiniones que existen al respecto, sino que también se extiende a tratar de determinar la perspectiva de estudio de este tema. En el presente artículo planteamos la discusión partiendo de un concepto de Teoría General del Derecho y su aplicación a una rama específica, el Derecho del Trabajo. Este concepto es el de orden público.

Sin lugar a dudas, la definición del «orden público» constituye uno de los puntos fundamentales de las ciencias jurídicas, pero también es uno en el cual la doctrina no encuentra consenso. Nuestra intención no es describir cada una de las posiciones respecto a esta categoría, ni mucho menos procurar proponer un concepto universal sobre este crucial tema (tarea que de por sí sería objeto de un trabajo de investigación mucho más amplio y trascendental que el presente), sino simplemente asumir un concepto de orden público de todos los que la doctrina nos ofrece y utilizarlo a efectos de nuestro ámbito de investigación.

La propuesta se circunscribe a definir la noción de orden público económico, sus fundamentos constitucionales, los intereses o bienes jurídicamente relevantes que protege en un período de crisis económica y la influencia y determinación que ejerce sobre el ordenamiento jurídico laboral, cual es la formación de lo que se entiende por el «orden público laboral». Todo este marco teórico nos servirá para estudiar las incidencias de estas categorías respecto de la autonomía colectiva desarrollada por los actores sociales en los procesos de negociación colectiva, los límites a su libre ejercicio, la técnica

*El presente trabajo constituye un estudio sin precedentes en nuestro medio. Su autor, busca esclarecer la relación existente entre la autonomía colectiva y la norma estatal. Para ello, el concepto de "orden público" en sus diversas acepciones, resulta ser un vehículo idóneo para brindarnos una perspectiva novedosa sobre el tema.*

normativa utilizada y la validez jurídica de estas restricciones.

## 1. ORDEN PÚBLICO.

Pie de partida para todo intento de conceptualización del orden público es reconocer la imposibilidad de obtener un resultado absoluto en este esfuerzo. Es que el «orden público» constituye un standar jurídico, un concepto de contenido variable que deja su concreción a los entes jurisdiccionales encargados en última instancia de resolver los problemas que de su aplicación se deriven. Para este fin, el acudir siempre a la doctrina constituye un requisito obligado para el intérprete<sup>1</sup>.

Una noción inicial la proporcionan Diez-Picazo y Gullón, para quienes el orden público lo constituyen los principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos que son «absolutamente obligatorios para la consecución del orden social en un pueblo y en una época determinada», siendo además «principios o directivas que en cada momento informan las instituciones jurídicas ...»<sup>2</sup>. Sin embargo, la proximidad de esta noción a lo que conocemos como los Principios Generales del Derecho, lleva a Borda a hablar de «leyes de orden público» como aquellas que están conectadas de manera inmediata y directa a la paz, las seguridades sociales, las buenas costumbres, la moral. Son pues «leyes fundamentales», básicas como núcleo en el que está estructurada la organización social<sup>3</sup>.

En consecuencia, el orden público podría ser definido como el conjunto de normas jurídicas que el Estado considera de cumplimiento ineludible y de cuyos márgenes no puede escapar ni la conducta de los órganos del Estado ni la de los particulares, sobre cuya voluntad el Estado compromete sus

atribuciones coercitivas y coactivas<sup>4</sup>, por defender el interés general de toda la colectividad que el ordenamiento entiende prioritario proteger por encima de los intereses particulares<sup>5</sup>. Se plasma aquí una noción clave que nos servirá de premisa en el presente artículo: existe una preminencia del interés general que el orden público resguarda sobre los intereses de los particulares.

El problema reconocido respecto a la definición de «orden público» radica en que, al margen de su variabilidad e imprecisión, es objeto de utilización política de acuerdo a los requerimientos de los grupos de poder imperantes en un momento histórico determinado. Sin querer extendernos mucho en este tema, coincidimos con Pizarro, para quien el orden público deberá responder a las «directrices principales del modelo de sociedad específica en el que se aplique, antes que a la declaración arbitraria del Estado o sus funcionarios»<sup>6</sup>. Complementando esta afirmación, consideramos que toda referencia al orden público por la cual se justifique un acto de restricción de la voluntad colectiva manifestada en el ejercicio de un derecho reconocido como humano fundamental por la Constitución para la salvaguarda del interés general, ha de encontrar su único referente en la norma constitucional.

Puig Brutau distingue entre normas imperativas y normas dispositivas, división que se funda en el grado de eficacia de las normas frente a la voluntad de los particulares. Las normas imperativas, inderogables o de «ius cogens» son las que se imponen de modo absoluto a la voluntad de los particulares, en el sentido de que estos no pueden ni sustituirlas ni modificarlas. Por el contrario, las normas permisivas, voluntarias o de «ius dispositivum» son las que cumplen la función supletoria de la voluntad de las partes<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> RUBIO CORREA, Marcial. «Para leer el Código Civil». Lima, 1986, p. 93.

<sup>2</sup> DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. «Sistema de Derecho Civil», Madrid, 1986, Vol. I, p. 382.

<sup>3</sup> BORDA, Guillermo A. «Manual de Derecho Civil. Parte General» Buenos Aires, 1989, p. 38. Aunque este autor problematiza aún más el panorama e ingresa a discutir la «vaguedad desconcertante» de esta aproximación y la ausencia de delimitación de cuáles son leyes fundamentales y cuáles no, podemos tomar lo señalado como un paso necesario en la conceptualización.

<sup>4</sup> RUBIO CORREA, Marcial. Op. cit., p. 95.

<sup>5</sup> ALARCON CARACUEL, Manuel Ramón. «Un concepto clásico de la relación entre la ley y el convenio colectivo» En: AA.VV. Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo, Córdoba, 1983, p. 58. En el mismo sentido opina Borda, para quien «una cuestión se llama de orden público cuando responde a un interés general, colectivo, por contraposición a la autonomía u orden privado, en la que juega un interés particular». BORDA, Guillermo A. Op. cit., p. 38.

<sup>6</sup> PIZARRO ARANGUREN, Luis Miguel. «El orden público económico (Una aproximación al análisis económico del Derecho)». Lima, Texto mimeografiado sin fecha de publicación. p. 7.

<sup>7</sup> Puig Brutau citado por RUBIO CORREA, Marcial. Op. cit., p. 99.

Estas normas imperativas, que ordenan una conducta positiva (imponen la realización de una conducta forzosa) o una prohibición (excluyen la posibilidad de realizar lo prohibido), son las que conforman el orden público<sup>8</sup>. De este modo, toda ley de orden público es imperativa y cada vez que el legislador impone una norma con carácter obligatorio y veda a los interesados apartarse de sus disposiciones es por que considera que hay un interés social comprometido en su cumplimiento<sup>9</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico en el Artículo III del Título Preliminar del Código Civil se establece la sanción de nulidad para todos aquellos actos que afecten a las normas de orden público. Rubio Correa, al analizar este artículo, encuentra tres problemas a esta consecuencia. En primer lugar, el respeto a las leyes se extiende a toda norma en sentido material, a cualquier tipo de norma válidamente aprobada mediante los diversos procedimientos legislativos existentes, pues lo contrario sería negar fuerza vinculante a las normas jurídicas que constan en decretos, reglamentos y aún resoluciones administrativas<sup>10</sup>.

En segundo lugar, se establece la duda respecto a que si para la nulidad del acto jurídico que afecte el orden público es necesaria una norma específica que así lo disponga o si el Artículo III del Título Preliminar es suficiente para estos efectos. El autor señala, en opinión que nosotros compartimos, que la invocación al Artículo III es suficiente para declarar la nulidad de un acto que atente contra una norma de orden público, dada la naturaleza normativa y no declarativa del Título Preliminar, de trascendencia en el conjunto del sistema jurídico<sup>11</sup>.

Y en tercer lugar un punto que es fundamental: en

la nulidad de los actos jurídicos contrarios al orden público prima el interés social frente a la autonomía de la voluntad individualmente considerada<sup>12</sup>. Nosotros asumimos que esta superioridad o preeminencia del interés general no se limita a la voluntad individual, sino que se extiende hasta la autonomía de la voluntad colectivamente manifestada, reconocida constitucionalmente como un derecho de la persona. Esta afirmación encontrará basamento en la definición del orden público económico.

## 2. ORDEN PUBLICO ECONOMICO.

El concepto de orden público económico es una expresión específica de la idea generica de orden público<sup>13</sup> y es comprensivo de todos aquellos principios en los que se asienta el orden social en su faceta económica y del que las normas no son más que aplicaciones detalladas. De esta forma, aún cuando estos principios no se hallan traducido en normas imperativas, deben limitar la autonomía privada impidiéndole desenvolverse contra los mismos<sup>14</sup>. Esta noción es compartida por Pizarro, para quien «la definición es mucho más amplia que la simple referencia a la ordenación de la economía impuesta por el Estado, pues a nuestro entender el concepto incluye prioritariamente, las reglas no positivizadas en las disposiciones legales»<sup>15</sup>. Sin embargo, a esta posición doctrinal se le opone la de Sarthou, quien objeta el concepto de «orden público económico» por constituir una variable manipulable de acuerdo al poder imperante que, si bien emana de una voluntad popular que define la validez de sus decisiones, el concepto no nos proporciona ni objetividad ni seguridad jurídica<sup>16</sup>.

Sin restarle importancia a esta discusión, creemos pertinente colocarnos a un lado de este problema y no analizar los fundamentos del orden público

<sup>8</sup> RUBIO CORREA, Marcial. Op. cit., p. 99-100.

<sup>9</sup> BORDA, Guillermo A. Op. cit., p. 38. Sobre este punto existe una amplia e interesante discusión. Según Diez-Picazo y Gullón existen leyes donde no se menciona su imperatividad pero son de orden público, por ejemplo lo referido a patria potestad, en las que todo acto jurídico que contradiga sus disposiciones será nulo. DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. Op. cit., p. 382.

<sup>10</sup> RUBIO CORREA, Marcial. Op. cit., p. 93.

<sup>11</sup> RUBIO CORREA, Marcial. Op. cit., p. 101.

<sup>12</sup> RUBIO CORREA, Marcial. Op. cit., p. 109-110.

<sup>13</sup> PIZARRO ARANGUREN, Luis Miguel. Op. cit., p. 8.

<sup>14</sup> DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. Op. cit., p. 383.

<sup>15</sup> PIZARRO ARANGUREN, Luis Miguel. Op. cit., p. 8.

<sup>16</sup> SARTHOU, Helios. «Rol del convenio colectivo en la economía nacional» En: Derecho Laboral, Montevideo, 1987, N° 146, pp. 264-265.

económico, si es que éste se basa en normas o en principios orientadores, sino limitarnos a estudiar los intereses sociales constitucionalmente reconocidos en períodos de crisis económica y que implican la posibilidad de imponer medidas de restricción a la autonomía colectiva. Con este fin, podemos considerar que el orden público económico está integrado por el conjunto de normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica<sup>17</sup>, marco que implica la existencia de unos principios básicos del orden económico y una serie de objetivos de carácter económico cuya exigencia implica la adopción de medidas de política económica para la protección de determinados bienes jurídicos o intereses sociales.

Respecto a la negociación colectiva, en situaciones de normalidad económica no habría expresas limitaciones legales para la libre negociación basadas en preceptos constitucionales, lo que impediría intervenciones sobre la autonomía colectiva fundamentadas en normas o criterios de orden público económico<sup>18</sup>. Pero es en situaciones de emergencia económica que esta noción se expande y ciertos bienes y derechos constitucionalmente reconocidos pueden ser afectados y se justificaría la limitación de la autonomía colectiva de los interlocutores sociales.

En la Constitución Peruana de 1993, en el Título III Del Régimen Económico, Capítulo I Principios Generales, se establece la forma cómo se gobierna la economía, los principios y lineamientos básicos, la facultad del Estado de orientar el desarrollo del país y como actúa principalmente en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Pero fundamentalmente, la norma constitucional establece expresamente la obligación que tiene el Estado de brindar oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad,

según lo dispone el Artículo 58<sup>o</sup>, fundamentados en el bienestar general basado en el principio de justicia (artículo 44<sup>o</sup>) y la dignificación del trabajo como base del bienestar social y un medio de la realización de la persona (artículo 22<sup>o</sup>).

De este modo, y siguiendo estos criterios, el Estado podría llevar a cabo políticas sociales que se configurarían como un «estatuto normativo inderogable por la voluntad sindical y que representa los intereses de la comunidad»<sup>19</sup>. Según Krotoschin se conformaría por los principios orientadores de la economía nacional que son inderogables en forma absoluta tanto por la voluntad individual como por la de los sujetos sindicales que ejercitan la autonomía colectiva y que determinan la posibilidad de impedir «conquistas sectoriales en áreas de interés general»<sup>20</sup>.

Tal como lo señalamos en el capítulo anterior, la autonomía colectiva se encuentra sujeta a límites, pero que en circunstancias especiales que se fundamentan en el orden público económico, de modo tal que Javillier ha llegado a afirmar que «...los juslaboralistas han tomado debida nota de que el orden público social se debe inclinar ante el orden público económico. Esto ha sido un duro golpe para los arquitectos del Derecho del Trabajo, quienes colocaban a éste en la cúspide del edificio normativo...»<sup>21</sup>.

Sin llegar a tan apocalíptica conclusión, y coincidiendo con De la Villa y Garcia Becedas, la adopción de decisiones de política económica constituye, sin duda, una competencia del gobierno que no cabe cuestionar. El respeto que la autonomía colectiva debe guardar al orden público económico también es innegable. Pero su adopción no se halla tan incondicionada como para tolerar la violación o minoración excesiva de otros derechos constitucionalmente reconocidos y protegidos<sup>22</sup>; para lo cual, como veremos luego, nuestra Constitución plantea un procedimiento que armoniza el interés

<sup>17</sup> DE LA VILLA GIL, Luis Enrique y Gabriel GARCIA BECEDAS. «Limitaciones salariales y negociación colectiva: Acerca de la constitucionalidad de la Ley 44/1983.» Madrid, 1985, p. 251.

<sup>18</sup> FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda. «Es constitucional el establecimiento, por ley orgánica u ordinaria, de techos salariales para la negociación colectiva?» En: Revista de Trabajo, Madrid, 1984, N° 73, p. 189.

<sup>19</sup> SARTHOU, Helios. «Rol del convenio colectivo...» Op. cit., p. 263.

<sup>20</sup> Krotoschin citado por SARTHOU, Helios. «El rol del convenio colectivo...» Op. cit., p. 264.

<sup>21</sup> JAVILLIER, Jean Claude. «Las tendencias actuales del Derecho del Trabajo en materia de Política Salarial» En: Derecho Laboral, Montevideo, N° 131, p. 20.

<sup>22</sup> DE LA VILLA GIL, Luis Enrique y Gabriel GARCIA BECEDAS. «Limitaciones salariales...» Op. cit., p. 252.



general con el derecho a la negociación colectiva de los sujetos colectivos.

De esta forma, la imperatividad y supremacía del orden público económico determina lo que un importante sector de la doctrina reconoce con el nombre de «orden público laboral».

### 3. ORDEN PUBLICO LABORAL.

La construcción de este concepto se ha producido, al igual que todo el ensamblaje del Derecho del Trabajo, como resultado de amplias y elaboradas discusiones jurídicas.

Una primera posición esgrimida por Alarcón Caracuel niega la existencia del orden público laboral que, presuntamente, estaría integrado por el conjunto de normas mínimas imperativas dispersas en el ordenamiento jurídico laboral<sup>23</sup>. Llega a esta conclusión en base a dos argumentos: las normas relativamente imperativas no son de orden público, protegen al trabajador y en ningún caso contemplan prioritariamente el interés general, rasgo distintivo que define el orden público y que impide su segmentación en diversos «órdenes públicos»<sup>24</sup>.

No compartimos esta posición doctrinal, pues según lo señalaremos posteriormente al describir la naturaleza jurídica de los mínimos estatales, se aprecia que éstos responden justamente a un interés social que el Estado entiende como prioritarios en una sociedad, cual es la de proteger a la parte débil de la relación laboral asegurándole un mínimo de beneficios invulnerable por la autonomía individual o colectiva, orientados en la búsqueda de la igualdad sustancial entre los grupos sociales, constituyendo también un innegable soporte a las representaciones de los trabajadores. Además, la «segmentación» a la que se refiere Alarcón constituye simplemente un referente doctrinal al que se acude para definir los diferentes componentes que sirven de límite a la autonomía colectiva, lo cual no desconoce su carácter de imperativo. Y en tercer lugar, y como veremos, justamente son

los intereses generales de toda la colectividad los que determinan el orden público laboral y no los intereses particulares de los interlocutores sociales.

Así, nosotros nos adherimos a la posición doctrinal que reconoce la existencia de un orden público laboral. Sin embargo la zona medular de la polémica se expresa en los siguientes términos: si el orden público laboral existe y se compone de normas limitativas para la autonomía de la voluntad, el problema consiste en precisar qué tipo de normas jurídicas lo componen. Sobre este tema se plantean varias posiciones. Para De la Villa y García Becedas, la ley del Estado opera respecto de la negociación colectiva como una regulación estable, «generalmente de mínimos que no cabe desconocer in peius y dentro de cuyas fronteras vive y se desarrolla el convenio de trabajo», límites mínimos que constituyen el orden público laboral<sup>25</sup>.

Una opinión diferente la encontramos en Moreno Vida quien, partiendo de considerar que la relación ley-autonomía colectiva es una relación de complementariedad, asume que esta relación se desarrolla «por encima de las normas de orden público laboral o de derecho necesario absoluto que actuará como límite para la autonomía colectiva»<sup>26</sup>. Esta opinión la comparte Neves Mujica, quien, citando a García-Perrote, asocia las normas de derecho necesario absoluto con el orden público laboral, el cual se configura conforme a todas aquellas disposiciones que excluyen la presencia de la autonomía tanto para mejorar como para disminuir derechos. Tal sería el caso de las normas procesales o las referidas a causas justas de despido<sup>27</sup>.

Una posición que comprende las señaladas la proporcionan Sala Franco y Ramírez Martínez. Para estos autores la idea del orden público laboral se configura como aquel derecho necesario que los convenios colectivos no pueden traspasar, integrado por los mínimos de derecho necesario, los preceptos estatales considerados como intangibles (normas procesales o administrativas laborales) y también los máximos salariales estatalmente

<sup>23</sup> ALARCON CARACUEL, Manuel Ramón. Op. cit., p. 58.

<sup>24</sup> ALARCON CARACUEL, Manuel Ramón. Op. cit., pp. 58-59.

<sup>25</sup> DE LA VILLA GIL, Luis Enrique y Gabriel GARCIA BECEDAS. «Limitaciones salariales...» Op. cit., p. 247.

<sup>26</sup> MORENO VIDA, María Nieves. «Intervención estatal en la negociación colectiva, a través de la fijación de topes salariales máximos.» En: AA.VV. La intervención administrativa y jurisdiccional en las relaciones colectivas de trabajo. Sevilla, 1989, p. 201.

<sup>27</sup> NEVESMUJICA, Javier. «El contenido negocial: La compleja relación entre la ley y el convenio colectivo» Lima, 1993, p. 71.

establecidos<sup>28</sup>.

Desde nuestra perspectiva, esta consideración es la más adecuada. Si consideramos al orden público como el conjunto de preceptos que respondiendo a un interés social son asumidos por el Estado como fundamentales y que les son sustraído en su regulación a la voluntad de los particulares, el orden público laboral estará integrado tanto por los mínimos y máximos de derecho necesario, así como por las normas de derecho necesario absoluto.

Un dato que es interesante resaltar está referido al carácter especial del orden público laboral, el cual se define a partir de un rasgo distintivo. Consta tanto de un piso mínimo, que tiene una justificación protectora respecto de los sujetos sociales laborales incluidos en su ámbito y opera como un límite de apoyo a su actuación; pero también tiene un límite superior, el cual no se define en virtud de estos intereses particulares de los trabajadores, sino que proviene de la salvaguarda de otros bienes jurídicamente reconocidos por nuestro ordenamiento como prevalentes al de la negociación colectiva y que supone una restricción perjudicial para los interlocutores sociales.

De esta manera se aprecia cómo ambos límites actúan de acuerdo a lógicas diferentes: uno constituye un apoyo para los trabajadores y el otro significa la limitación al ejercicio del derecho constitucional a la negociación colectiva. Pasaremos a continuación a exponer los aspectos centrales de cada uno de ellos, incidiendo en las nociones de máximos de derecho necesario y normas de derecho necesario absoluto.

### 3.1 Mínimos de derecho necesario.

El desarrollo del Derecho del Trabajo significa la

relegación de la autonomía individual del empleador como fuente determinante de la relación laboral para dar paso a la regulación vía autonomía colectiva y legislación estatal, plasmada esta última comúnmente mediante el reconocimiento de derechos mínimos para el trabajador<sup>29</sup>. Pues bien, este es el punto de origen de la afirmación de la norma mínima como un criterio fundamental para la intervención estatal, de modo tal que lo característico del sistema de relaciones jurídico-laborales es la aplicación del llamado «principio de norma mínima»<sup>30</sup>. No entra en nuestra esfera de dominio discutir si se puede hablar de un «principio de norma mínima»; hacemos mención a ello pues es descriptivo de su importancia en la relación entre la norma estatal y colectiva y prueba de la consideración que el Derecho del Trabajo es el sector del ordenamiento jurídico donde se produce de una manera más sistemática el fenómeno de la regulación de condiciones mínimas<sup>31</sup>.

Al establecerse como mínimas, como un derecho necesario relativo, las cláusulas de un convenio que estableciera una condición por debajo del mínimo estatal serán consideradas como nulas<sup>32</sup>. Esta norma mínima estatalmente impuesta constituye «el marco de la negociación colectiva»<sup>33</sup>, «el muro de contención contractual»<sup>34</sup> comúnmente utilizado por la norma estatal para limitar la autonomía colectiva, de modo tal que la ley opera respecto de la negociación colectiva como una regulación estable, generalmente de mínimos «que no cabe desconocer in peius y dentro de cuyas fronteras vive y se desarrolla el convenio de trabajo»<sup>35</sup>.

Pero lo que a nuestro entender se establecen como dos puntos de primer orden en la regulación de mínimos lo constituyen la fundamentación jurídica para su imposición y el sustento jurídico de la sanción impuesta a su vulneración.

<sup>28</sup> SALA FRANCO, Tomás y Juan Manuel RAMIREZ MARTINEZ. «¿Es constitucional el establecimiento por ley, orgánica u ordinaria, de techos salariales a la negociación colectiva? En: Revista de Trabajo, Madrid, 1984, p. 224.

<sup>29</sup> NEVES MUJICA, Javier. «El contenido negocial...» Op. cit., pp. 18-19.

<sup>30</sup> ALARCON CARACUEL, Manuel Ramón. «Un concepto clásico...» Op. cit., p. 48. Del mismo modo, DE LA VILLA GIL, Enrique, GARCIA BECEDAS, Gabriel e Ignacio GARCIA-PERROTE ESCARTIN. Op. cit., p. 18.

<sup>31</sup> MARTIN VALVERDE, Antonio. «Concurrencia y articulación...» Op. cit., p. 25.

<sup>32</sup> GARCIA-PERROTE ESCARTIN, Ignacio. Op. cit., p. 151.

<sup>33</sup> SALA FRANCO, Tomás y Juan Manuel RAMIREZ MARTINEZ. «¿Es constitucional el establecimiento...» Op. cit., p. 223.

<sup>34</sup> Sagardoy, citado por DE LA VILLA GIL, Luis Enrique y Gabriel GARCIA BECEDAS. «Limitaciones salariales...» Op. cit., p. 247.

<sup>35</sup> DE LA VILLA GIL, Luis Enrique y Gabriel GARCIA BECEDAS. «Limitaciones salariales...» Op. cit., p. 247.

En la base de la imposición de mínimos se encuentra la noción de orden público. Como señala Martín Valverde, la regulación de mínimos tiene un carácter político, pues parte de una decisión estatal de fijar una escala mínima de derechos para los trabajadores que debe ser respetada por la voluntad individual y colectiva<sup>36</sup>. Si bien la imposición de una base de beneficios inalienable constituye una limitación a la autonomía colectiva, al impedirle pactar por debajo de sus disposiciones, su sustento no le configura como vulneratorio de la autonomía colectiva<sup>37</sup>, pues su justificación parte de varios puntos<sup>38</sup>:

- Se ubican entre las «acciones positivas» que ha de emprender un Estado Social y Democrático de Derecho, constitucionalmente orientado hacia la búsqueda de la igualdad sustancial entre ciudadanos y grupos sociales.
- Constituyen un evidente apoyo a las representaciones profesionales de los trabajadores en la negociación colectiva, pues encuentran el respaldo de un beneficio mínimo que les será aplicado en caso de no poder mejorarlo vía convenio colectivo.
- Como consecuencia de este apoyo, los mínimos contribuyen a equilibrar la fuerza contractual de las partes en la negociación colectiva.
- A nivel de la representación de trabajadores, cumple el objetivo de nivelar las diferencias de protección, las cuales ya no se abandonan a la «fuerza contractual» de los grupos sindicales más poderosos sino que de alguna forma se equiparan y se aseguran «la no desorbitación de las diferencias»<sup>39</sup>.

Desde nuestro punto de vista, y articulando todos estos conceptos, la política de mínimos constituye una modalidad privilegiada que tiene el Estado de poder cumplir con el mandato constitucional de cautelar, garantizar y fomentar la negociación colectiva entre trabajadores y empleadores, deberes contenidos en el artículo 28º de la Constitución de 1993.

Respecto a las consecuencias de la vulneración del mínimo, Martín Valverde considera que la regulación de mínimos encierra en sí la estructura de una norma prohibitiva<sup>40</sup>. A partir de este criterio, opinamos que nuestro ordenamiento considerará como nulas aquellas disposiciones del convenio colectivo que otorguen beneficios menores a los señalados en el mínimo. Toda esta terminología nos remite al principio de irrenunciabilidad, consagrado en el Artículo 26º inciso 2 de nuestra Constitución, en donde se consagra el carácter de irrenunciable de los derechos reconocidos a los trabajadores en la Constitución y en la ley<sup>41</sup>.

De este modo, la renuncia de los derechos por pacto colectivo implicaría una afectación al orden público manifestado en los mínimos<sup>42</sup> y tendría por consecuencia su nulidad por afectar una norma de derecho necesario relativo<sup>43</sup>.

A partir de este concepto de derecho necesario relativo, la ley estatal se autoconforma y autoconfigura como imperativa a efectos de su peyoración y dispositiva a efectos de su mejora<sup>44</sup>. Esta atribución condiciona la libre actuación de la

<sup>36</sup> MARTÍN VALVERDE, Antonio. «Concurrencia y articulación de normas laborales» En: Revista de Política Social, Madrid, 1978, N° 119, p. 27.

<sup>37</sup> Este es el criterio que, como veremos luego, respecto a los mínimos sostiene el Comité de Libertad Sindical de la OIT. VON POTOVSKY, Gerardo W. y BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Hector G. «La Organización Internacional del Trabajo» Buenos Aires, pp. 312-313.

<sup>38</sup> GARCIA-PEROTE ESCARTIN, Ignacio. «Ley y autonomía colectiva: Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo.» Madrid, 1987, p. 290.

<sup>39</sup> GARCIA-PEROTE ESCARTIN. Op. cit., p. 198.

<sup>40</sup> MARTÍN VALVERDE, Antonio. «Concurrencia...» Op. cit., p. 30.

<sup>41</sup> Esto nos vincula al interesantísimo tema de la «renuncia colectiva de derechos individuales», punto que lamentablemente escapa al ámbito específico del presente artículo.

<sup>42</sup> MONTOYA MELGAR, Alfredo. «Derecho del Trabajo», Madrid, 1988, p. 221.

<sup>43</sup> NEVES MUJICA, Javier. «Reflexiones sobre la actuación de los principios del Derecho del Trabajo (a partir del caso del horario de verano).» En: Derecho, PUC, Lima, p. 315.

<sup>44</sup> SALA FRANCO, Tomás. «El principio de condición más beneficiosa» En: Revista de Política Social, Madrid, N° 114, p. 42.

autonomía colectiva, la cual se encuentra limitada por el suelo impuesto por este derecho necesario relativo y por la imposición generalizada del respeto a la ley que impide a las partes conculcar en su acuerdo el respeto al mínimo establecido; lo cual se configura como una «limitación de salvaguarda, que tutela en todo caso derechos inalienables de los trabajadores.»<sup>45</sup>

Trasladando el estudio de los mínimos y las normas de derecho necesario relativo a materia salarial, el tema nos invoca un tipo específico de intervención estatal, la cual se configura fijando un mínimo salarial a quienes estén vinculados a un contrato de trabajo (y con el cumplimiento de determinados requisitos)<sup>46</sup>. Tal es la configuración que tiene en el país la Remuneración Mínima Vital la cual, pese al reducido nivel que en los hechos alcanza actualmente<sup>47</sup>, constituye una base remunerativa indisponible por la autonomía colectiva, al constituir un derecho irrenunciable de los trabajadores. Todo este esquema planteado nos sirve para definir que en el Perú prima formalmente, respecto a la regulación de remuneraciones, la relación de complementariedad, al señalar el Estado el mínimo de remuneraciones para todos los trabajadores del sector privado, estén sujetos o no sus remuneraciones a convenios colectivos<sup>48</sup>.

### 3.2 Máximos de derecho necesario y normas de derecho necesario absoluto.

Los máximos de derecho necesario absoluto (tam-

bién llamados «topes salariales» o «topes máximos salariales»)<sup>49</sup> o de normas de derecho necesario absoluto<sup>50</sup>, constituyen el punto central de la discusión de los efectos de una actuación limitativa de la ley respecto de autonomía colectiva en el ámbito específico de su contenido salarial.

La principal consecuencia de la imposición de techos o prohibiciones absolutas para la autonomía colectiva es la de situarse en el debido respeto al contenido esencial del derecho que se regula<sup>51</sup>, pues, como señalan De la Villa y García Becedas «...la negociación salarial constituye, histórica y normativamente, el núcleo mínimo inalienable del derecho de negociación colectiva laboral...»<sup>52</sup>.

Estas consideraciones nos llevan a afirmar que, por el grado de afectación al contenido esencial, tanto los MDN como los DNA deben ser excepcionales, temporales y fundamentados en otros principios y valores constitucionales que se estimen prevalentes por tratarse de cuestiones en las que el interés general debe prevalecer sobre el interés colectivo de trabajadores y empresarios<sup>53</sup>.

De acuerdo a la noción de orden público, la norma estatal puede constituirse como un límite restrictivo para la autonomía colectiva a través de dos formas: autoconfigurándose y autoconformándose como una norma de derecho necesario absoluto, por la cual puede excluir de la regulación mediante convención colectiva determinadas materias<sup>54</sup> o autoconfigurándose como un máximo de derecho

<sup>45</sup> MONTOYA MELGAR, Alfredo. «¿Es constitucional el establecimiento por ley, orgánico u ordinaria, de techos salariales para la negociación colectiva?» En: Revista de Trabajo, Madrid, Vol. 1, N° 73, p. 107.

<sup>46</sup> JAVILLIER, Jean Claude. «Las tendencias actuales...» Op. cit., p. 6.

<sup>47</sup> Fijada actualmente en S/ 72.00, significa el 19.8% de la Canasta de Alimentación para el mes de agosto calculada en 362.22, y el 9.8% de la Canasta de Requisitos Mínimos vigente para el mismo mes de agosto que asciende a S/. 733.33. Datos tomados de la revista Asesoría Laboral, Lima, No. 32, p. V.

<sup>48</sup> El Estado ha abandonado la política de señalar el mínimo para los trabajadores sujetos a negociación colectiva y otorgando aumentos salarial al sector de trabajadores no sujetos a este régimen. Esta situación hoy inexistente llevó a Neves Mujica a afirmar existía una suerte de «reparto de competencias» entre el Estado y la autonomía colectiva: aquel señalaba el mínimo de remuneraciones para todos los trabajadores y se fijaban incrementos vía negociación colectiva, y la remuneración de los trabajadores no sujetos a la negociación colectiva era competencia exclusiva del Estado. NEVES MUJICA, Javier. «El convenio colectivo en el sistema peruano de fuentes del Derecho.» En: Laborem, Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, Vol. 1, N° 1, p. 46.

<sup>49</sup> En lo sucesivo MDN.

<sup>50</sup> En lo sucesivo DNA.

<sup>51</sup> MONTOYA MELGAR, Alfredo. «¿Es constitucional el establecimiento por ley...» Op. cit., p. 106.

<sup>52</sup> DE LA VILLA GIL, Luis Enrique y Gabriel GARCÍA BECEDAS. «Limitaciones salariales...» Op. cit., p. 254.

<sup>53</sup> RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel y Salvador DEL REY GUANTER. «El nuevo papel de la negociación colectiva y de la ley» En: AA.VV. Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo. Córdoba, 1983, pp. 38-39

<sup>54</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, Ignacio. Op. cit., p. 159.

necesario, estableciendo un techo máximo insuperable para las partes colectivas<sup>55</sup>. En ambos supuestos la ley estatal despliega toda su «eficacia limitadora» respecto de la negociación colectiva de forma excepcional y cumpliendo ciertos requisitos que la justifiquen<sup>56</sup>.

En la doctrina nacional este modelo es recogido por Neves Mujica, para quien hay un «encuadramiento» de la ley respecto a la negociación colectiva, en virtud de lo cual podría la norma estatal excluir de la autonomía colectiva la regulación de ciertas materias mediante el establecimiento de derechos mínimos cuya infracción se considera un acto de renuncia, y también a través de máximos o topes cuya vulneración tiene la misma sanción por violar el orden público establecido en el Artículo V del Título Preliminar del Código Civil, como manifestación de una «preminencia relativa» de la ley sobre el convenio colectivo<sup>57</sup>.

Consideramos acertada la definición de superioridad jerárquica como una «preminencia relativa», pues el límite infranqueable para la intervención estatal siempre lo constituye el respeto al contenido esencial del derecho a la negociación colectiva. De este modo, el reconocimiento de esta superioridad jerárquica no puede de ningún modo llevarnos a afirmar que la ley es omnipotente y se está autorizado a la legislación ordinaria hacer lo que considere oportuno respecto al derecho a la negociación colectiva<sup>58</sup>.

### 3.3 Normas de derecho necesario absoluto.

Las normas de DNA constituyen un supuesto de exclusión para la autonomía colectiva por cuanto la ley niega la posibilidad de actuación de la norma colectiva tanto «in peius» como «in meius»<sup>59</sup>. Como señala García-Perrote Escartin, autor al que

haremos constantemente referencia en este acápite, las normas de DNA son preceptos estatales inmodificables para la autonomía colectiva en las que se configura una «inderogabilidad bilateral» al ser inderogable en cualquier sentido por los convenios colectivos<sup>60</sup>. Por excluir y prohibir la intervención de la negociación colectiva proporciona una regulación «completa, cerrada, autosuficiente, que, en términos generales, no deja espacio alguno y no permite la actuación de la autonomía colectiva»<sup>61</sup>, con lo cual el papel de esta se restringe a un rol «...meramente interpretador, integrador y marginal; secundario, restringido y accesorio...»<sup>62</sup>. En materia salarial, el DNA puede establecerse imponiendo una única cantidad que percibirán los trabajadores, insuperable e irrebajable por acto colectivo o individual, impidiendo la aplicación de futuros incrementos salariales.

Los MDN no excluyen ni expulsan a la negociación colectiva, sino que limitan la libre actuación de la misma. La negociación colectiva puede regular la materia en cuestión, pero no es libre para establecer cualquier contenido regulador<sup>63</sup>. La forma como se verifican es, según De Luca Tamajo, mediante «intervenciones de comprensión del techo de la autonomía colectiva, es decir, tratamientos legales que especialmente en el tema del costo del trabajo se colocan como techos que no pueden ser superados por la contratación colectiva...»<sup>64</sup>. Por consiguiente, si bien la regulación de la materia objeto de topes es de competencia y se atribuye a la propia negociación colectiva, el precepto estatal impone un techo máximo insuperable al libre desenvolvimiento de la misma<sup>65</sup>. En el caso de la materia remunerativa, impuesto el tope salarial, la negociación colectiva es quien fija las retribuciones salariales, pero no puede fijar libremente el incremento y debe respetar el máximo impuesto.

<sup>57</sup> NEVES MUJICA, Javier. «El derecho a la negociación colectiva en la Jurisdicción Constitucional Peruana» En: *Temas de Derecho Constitucional*. Lima, 1991, N° 7, p. 92.

<sup>58</sup> FERNANDEZ LOPEZ, Maria Fernanda. *Op. cit.*, p. 190.

<sup>59</sup> RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel y Salvador DEL REY GUANTER. *Op. cit.*, p. 39.

<sup>60</sup> GARCIA-PERROTE ESCARTIN, Ignacio. *Op. cit.*, p. 256.

<sup>61</sup> GARCIA-PERROTE ESCARTIN, Ignacio. *Op. cit.*, p. 257.

<sup>62</sup> GARCIA-PERROTE ESCARTIN, Ignacio. *Op. cit.*, p. 258.

<sup>63</sup> GARCIA-PERROTE ESCARTIN, Ignacio. *Op. cit.*, p. 287.

<sup>64</sup> DE LUCA TAMAJO, Raffaele. «El nuevo papel de la negociación colectiva y de la ley». En: *AA. VV. Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*. Córdoba, 1983, pp. 42-43.

<sup>65</sup> GARCIA-PERROTE ESCARTIN, Ignacio. *Op. cit.*, p. 287.

El uso de esta técnica normativa es eminentemente excepcional. Esto lo explicaremos con mayor detenimiento líneas abajo, pero lo dicho nos sirve para señalar que, por este carácter excepcional, las normas de DNA y MDN no han de presumirse, sino que deben de estar formulados expresamente como tales<sup>66</sup>. Teniendo presente la tradicional preeminencia en el Derecho del Trabajo del establecimiento de condiciones mínimas para los trabajadores, la utilización de preceptos de DNA y MDN deben configurarse explícitamente como tales<sup>67</sup>.

Respecto a los efectos jurídicos de la imposición de estas normas sobre la autonomía colectiva, en nuestro ordenamiento jurídico la consecuencia de la alteración del DNA o de la mejoración del MDN acarrea la nulidad del acto por contradecir una norma de orden público, en virtud del ya analizado Artículo V del Título Preliminar del Código Civil<sup>68</sup>.

Las características específicas de los DNA y MDN son descritas por García-Perrote en contraposición al establecimiento de los mínimos de derecho necesario. Este tipo de normas no parecen derivarse, ni mucho menos exigirse, de la conformación de un Estado Social y Democrático de Derecho, ni en el principio de la búsqueda de la igualdad sustancial que lo inspira; sino que encuentran su fundamento en la perspectiva de proteger otros derechos e intereses constitucionalmente considerados como prevalentes al derecho a la negociación colectiva y que deben ser protegidos de manera especial. De este modo, tampoco parecen favorecer ni promocionar ni proteger a la negociación colectiva, ni mucho menos aún afirmar las posiciones negociales de los trabajadores en este proceso. Obviamente, y esta es otra característica de estas normas, no sólo impiden la consecución de mejoras remunerativas, sino que frenan y contienen la fuerza de las representaciones profesionales de los trabajadores, disminuyendo notoriamente el papel de los interlocutores sociales en el sistema de relaciones laborales<sup>69</sup>.

Sin embargo, la consecuencia más importante de la imposición de estos dispositivos de DNA y MDN es la afectación al contenido esencial del derecho a la negociación colectiva. Según Fernández López, esta vulneración se lleva a dos niveles: uno primero definido a partir de considerar a las limitaciones salariales como incompatibles con el reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva, lo cual lleva implícito un compromiso del legislador de abstenerse de limitar el ejercicio del Derecho y dejar «una zona de libre negociación a las partes sociales», lo cual considera, citando a Treu, como «un instrumento fundamental para el gobierno de las relaciones industriales y como elemento base del mismo sistema pluralista democrático»<sup>70</sup>. El segundo nivel está determinado por la limitación al contenido salarial a los convenios colectivos «... sin otra consideración que la conveniencia económica de limitar costos del factor trabajo restringiría la regulación de un área de singular importancia que podría ser contrario al mandato constitucional por afectar el contenido esencial del derecho...»<sup>71 72</sup>.

Desde nuestra perspectiva, la afectación al contenido esencial al derecho a la negociación colectiva pasa necesariamente por la restricción al «espacio vital» de este derecho y de la limitación a su contenido salarial; pero consideramos que, en términos generales, se afecta el derecho a la libre determinación del contenido negocial, que va a graficar la mayor o menor libertad de actuación de las partes en la determinación del contenido salarial a la negociación colectiva. En consecuencia, la afectación al contenido esencial a la negociación colectiva se produce, en forma inmediata, a la libre negociación colectiva, lo que traerá como efecto un menor espacio de desarrollo de la actividad negocial y la limitación del contenido de la negociación.

De este modo, la limitación al contenido esencial del derecho a la negociación colectiva mediante la imposición de MDN y DNA debe justificarse en la

<sup>66</sup> CAMPS RUIZ, Luis Miguel. «¿Es constitucional el establecimiento por ley, orgánica u ordinaria, de techos salariales a la negociación colectiva?» En: *Revista de Trabajo*, Madrid, 1984, N° 73, p. 16.

<sup>67</sup> GARCIA-PERROTE ESCARTIN, Ignacio. *Op. cit.*, p. 164.

<sup>68</sup> NEVES MUJICA, Javier. «El contenido...» *Op. cit.*, p. 51.

<sup>69</sup> GARCIA-PERROTE ESCARTIN, Ignacio. *Op. cit.*, pp. 291-292.

<sup>70</sup> FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda. «¿Es constitucional el establecimiento...» *Op. cit.*, p. 190.

<sup>71</sup> FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda. «¿Es constitucional el establecimiento...» *Op. cit.*, pp. 191-192.

<sup>72</sup> Para García-Perrote Escartín las imposiciones estatales determinan el desarrollo de una de las más típicas funciones de la negociación colectiva: la libre determinación de los niveles salariales, pues aquí el Estado asume, ocupa y «...expropia el espacio más natural de actuación de la negociación colectiva...» GARCIA-PERROTE ESCARTIN, Ignacio. *Op. cit.*, pp. 80-81.



protección de intereses generales y superiores a los representados por las partes negociadoras.

### 3.4 Fundamentos para la aplicación de normas de DNA y MDN.

Tanto las normas de DNA como los MDN deben basarse en derechos, principios y bienes constitucionalmente protegidos y considerados como prioritarios y prevalentes respecto al derecho a la negociación colectiva y que podría justificar la exclusión de la materia salarial del contenido negocial del convenio colectivo. Sin embargo, se asume que es una garantía de aplicación de esta excepcional técnica normativa la identificación precisa de estos derechos, principios y bienes constitucionales de modo tal que el espacio de la negociación colectiva y de la libertad negocial no se vean desmesurada ni irrazonablemente reducidos<sup>73</sup>.

Tal como lo ha señalado en una oportunidad el Tribunal Constitucional español «... no resulta injustificado que, en razón de una política de contención de la inflación a través de la reducción del déficit del gasto público y de prioridad de inversiones públicas frente a los gastos consuntivos se establezcan por el Estado topes máximos al incremento de la masa salarial retributiva de los empleados públicos...»<sup>74</sup>. Si bien la cita se refiere a los trabajadores del sector público, consideramos que el mismo argumento de la existencia de una situación urgente y la defensa del interés general constituyen dos de los fundamentos principales para la intervención estatal limitativa de la autonomía colectiva a través de normas de DNA y de MDN.

El fundamento fáctico para la aplicación de este tipo de normas se determina por la existencia de una crisis económica muy grave, con manifestaciones de alta inflación, desempleo y recesión que implican una seria afectación al bienestar de la colectividad y que requieren se tomen medidas de estabilización. El Estado no quiere ni puede desentenderse de las repercusiones económicas de la negociación salarial y trata de conseguir que la determinación de los salarios no resulte incompatible con los objetivos de una política económica

antiinflacionista<sup>75</sup>. Para ello, y como ya vimos, se partirá de una política de concertación social en virtud de la cual se establezcan de forma voluntaria los niveles de remuneraciones a los que habrán de sujetarse las negociaciones colectivas y, en su defecto, se recurrirá a medidas unilaterales de imposición salarial. En ambos casos, y como consecuencia jurídica respecto a la autonomía de la voluntad, se establecerán normas de DNA o MDN.

Para García-Perrote y Montoya Melgar, la restricción salarial viene dada por otra rama del sistema jurídico próxima al Derecho Laboral, cual es el Derecho Constitucional. Aunque no son claras ni extensas sus opiniones, sirven para iniciar una interesante discusión. García-Perrote señala que «... la restricción del derecho constitucional se justifica en función de acciones de interés público constitucionalmente prevalentes...»<sup>76</sup>. Montoya Melgar, al comentar la naturaleza de los MDN, señala que son «... disposiciones de orden público laboral que encuentran su amparo en el orden constitucional...»<sup>77</sup>. Lo que nosotros podemos interpretar de estas afirmaciones - sin negar la enorme posibilidad de equivocarnos- es que el Derecho Constitucional constituye el referente de la fundamentación para las limitaciones salariales a la negociación colectiva. Si bien doctrinalmente se habla de «otros derecho, intereses y bienes constitucionales prevalentes al derecho a la negociación colectiva», parece que se va un poco más allá y ya no se habla de determinados derechos positivizados en algunos artículos, sino de toda una rama del derecho que constituye un límite infranqueable -con el cumplimiento de ciertos requisitos- para la autonomía colectiva. De esta manera, el «orden constitucional» al que alude Montoya Melgar se configura como la fuente primordial de donde surgen todas las modalidades, instrumentos y fundamentos para las limitaciones salariales.

En consecuencia, aparece de forma clara que la relación entre las normas de orden público laboral (manifestación del orden público) y la autonomía colectiva, es una relación que muchas veces puede presentarse a través de la imposición de normas

<sup>73</sup> GARCIA-PERROTE ESCARTIN, Ignacio. Op. cit., p. 285.

<sup>74</sup> Cita tomada de GARCIA-PERROTE ESCARTIN, Ignacio. Op. cit., p. 313.

<sup>75</sup> GARCIA-PERROTE ESCARTIN, Ignacio. Op. cit., p. 306.

<sup>76</sup> GARCIA-PERROTE ESCARTIN, Ignacio. Op. cit., p. 312.

<sup>77</sup> MONTOYA MELGAR, Alfredo. «¿Es constitucional el establecimiento...» Op. cit., p. 108.



que limiten la voluntad de las partes sociales (MDA y DNA), con el fundamento de la protección del interés general afectado en períodos de crisis económica, basado en el orden público económico<sup>78</sup>. Pero este tipo de intervención debe ser llevada a cabo con el cumplimiento de estrictos requisitos, de modo tal que la limitación a la autonomía colectiva no conlleve una seria afectación al contenido esencial del derecho a la negociación colectiva.

### 3.5 Requisitos para la aplicación de normas de DNA y de MDN.

Reconocida la posibilidad de la aplicación de normas de DNA y de MDN limitativas del contenido salarial en situaciones excepcionales pero que no afecten irremisiblemente el contenido esencial de la negociación colectiva y de la autonomía colectiva, y además estar fundamentado en otros derechos, principios, bienes o valores constitucionalmente protegidos que hayan de estimarse como concurrentes y prevalentes en relación con el libre desenvolvimiento de la negociación colectiva<sup>79</sup>; es

un criterio asumido por la mayoría de autores consultados el que estas medidas pueden interponerse bajo la exigencia de cumplimiento de ciertas condiciones de carácter fundamental. La doctrina suele remitirse a estos efectos a los requisitos establecidos por los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical de la OIT, para quien estas medidas restrictivas deben tener carácter excepcional, estar limitadas a lo necesario, ser temporales, venir acompañadas de garantías adecuadas para los trabajadores y ser sometidas a un previo proceso de consultas a los interlocutores sociales. Este conjunto de requisitos han sido recogidos en el Párrafo N° 1641 de «La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical de la OIT.» y se ha constituido en el referente fundamental del Comité al momento de considerar cuándo una política estatal de restricción salarial se aplica respetando los principios contenidos en los convenios internacionales de la OIT sobre la libertad sindical y la negociación colectiva.

<sup>78</sup> RODRIGUEZ MANCINI, Jorge. «La negociación colectiva.» Buenos Aires, 1990, p. 40.

<sup>79</sup> GARCIA-PERROTE, Ignacio. Op. cit., p. 260.

## RAMON ESPINOSA GARRETA

Abogado  
Notario de Lima

Las Begonias No. 552, Of. 39, San Isidro  
Telfs. 42-3261 - 42-3151

# LA INTERVENCION PREVIA DEL INDECOPI EN EL PROCESO PENAL: UN MODELO PARA DESARMAR

Dino Carlos Caro Coria  
Bachiller en Derecho  
Pontificia Universidad Católica

Uno de los principales problemas estudiados por el derecho penal económico<sup>1</sup> consiste en establecer la relación, límites e idoneidad de las regulaciones administrativas y de derecho penal dirigidas a proteger el modelo económico promovido por el Estado<sup>2</sup>.

En el ámbito nacional, esta temática ha cobrado actualidad desde la creación del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), encargado de investigar y sancionar las prácticas monopólicas y de competencia desleal, así como las que atentan contra los derechos intelectuales y de los consumidores, entre otras. Estos actos, además de constituir ilícitos administrativos configuran en muchos casos conductas delictivas sancionadas por el Código Penal.

De este modo, pueden plantearse, por ejemplo, interrogantes acerca de los límites entre el ilícito administrativo y penal, o sobre la vinculación entre las resoluciones administrativas y las sentencias penales. Sobre esto último, la resolución bajo comentario constituye, a partir de la instauración del INDECOPI, el primer precedente en la materia. De ella sólo abordaremos sus aspectos procesales.

## I. ¿QUE SUCEDIO?

1. En marzo de 1993, la División de Investigación de Delitos Económicos de la Policía Nacional del Perú intervino los establecimientos de las empresas «E. Wong S.A.» y «Metro», por considerar que estas entidades venían comercializando ilegalmente azúcar importada de Guatemala y Estados Unidos.

<sup>1</sup> Sobre el concepto véase: Tiedemann, Klaus. Poder económico y delito. (Introducción al derecho económico y de la empresa). Traducción de Amelia Mantilla Villegas. 1ª ed. Ed. Ariel. Barcelona, 1985. Pg. 10 y ss. En la doctrina nacional: Bramont-Arias Torres, Luis F. Delitos económicos y bien jurídico. En: Ius Et Veritas. N° 5. Año 3. 1992. Pgs. 85 y ss. Miguel Bajo Fernández (Manual de derecho penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos. 2ª ed. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1989. Pgs. 394 y 395) establece un concepto estricto y uno amplio de derecho penal económico. En sentido estricto es el conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía. A partir de este concepto el contenido del derecho penal económico se limita a los delitos que atentan contra la formación de precios, los delitos monetarios, el contrabando y el delito fiscal. De otro lado, sobre la base de los estudios criminológicos, se ha elaborado un concepto amplio de derecho penal económico para incluir al conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios. De esta manera se incluyen en este grupo los delitos de insolvencia, la competencia ilícita, la usura, la estafa, los fraudes alimentarios, los delitos laborales, los delitos societarios, la malversación de caudales públicos, la falsedad documentaria, entre otras. Para Klaus Tiedemann (Lecciones de derecho penal económico. Comunitario, español, alemán. 1ª ed. Ed. PPU. Barcelona, 1993. Pg. 31) el concepto amplio de derecho penal económico es producto de la evolución de la legislación y la doctrina.

<sup>2</sup> En el Perú, tanto la derogada Constitución Política de 1979 (artículo 115) como la de 1993 aprobada por referéndum (artículo 58) asumen el modelo de economía social de mercado, aunque con importantes diferencias. Véase: El modelo económico adoptado por el proyecto de Constitución de 1993. Entrevista a Jorge González Izquierdo. En: Ius Et Veritas. N° 7. Año IV. 1993. Pgs. 206 y ss. véase también: Las reformas de los contenidos económicos de la Constitución de 1979. Apoyo. Lima, 1993.

La ilegalidad se debía a que el producto era envasado por la empresa Deperza S.A., ubicada en Lima, en bolsas que no consignaban la cantidad, calidad ni procedencia, situación que generaba error entre los consumidores. Adicionalmente, la mercadería no contaba con el timbre o precinto respectivo, pudiendo inferirse de ello la existencia de evasión tributaria.

2. En mérito al atestado policial, el 6 de abril de 1993 la titular de la Cuadragésimo Séptima Fiscalía Provincial Penal de Lima formalizó denuncia contra los representantes de dichas entidades, señores Efraín Wong Lu y Juan Carlos Justo Espinoza por la comisión de los delitos de publicidad engañosa (artículo 238 del C.P.) y comercio clandestino (artículo 272 del C.P.), en agravio de los consumidores y del Estado respectivamente.

3. El 12 de abril, la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI expidió la Resolución N° 001-93-INDECOPI/CPC, disponiendo iniciar de oficio acción administrativa contra la Empresa WONG S.A. por los hechos anteriormente descritos.

4. En sede judicial, la Juez Penal resolvió el 15 de abril devolver todo lo actuado al Ministerio Público, entendiendo que se había omitido el requisito de procedibilidad previsto en el artículo 16 del Decreto Ley 25868<sup>3</sup>, por lo que al amparo del artículo 4 del Código de Procedimientos Penales<sup>4</sup> declaró fundada de oficio una cuestión previa.

5. La Fiscal Provincial interpuso el 20 de abril recurso de apelación contra la citada resolución.

6. Elevados los autos, el 13 de mayo, el Fiscal Superior dictaminó por que se confirme el auto apelado.

7. El 7 de junio, la Décima Cuarta Sala Penal Superior de Lima confirmó todos los extremos de la resolución de la Juez Penal.

8. Aunque no constituye un antecedente propiamente dicho, el 7 de julio, la Comisión de

Protección al Consumidor del INDECOPI declaró infundada la acción administrativa iniciada de oficio contra la empresa E. WONG S.A. El considerando N° 11 señala que no resulta de aplicación el artículo 238 del Código Penal, siendo impropio el inicio de un procedimiento penal.

## II. ¿COMO RESOLVIO LA SALA?

Este es el fallo de la Décimo Cuarta Sala Penal Superior de Lima :

«EXPTE/ N° 208-93  
SS. CASTELLARES CAMAC  
ARDILES OCHOA  
GUTIERREZ MAGALLANES  
RESOLUCION N° 619

Lima, siete de Junio de mil novecientos noventa y tres

**AUTOS Y VISTOS;** vista la causa en audiencia pública, interviniendo como Vocal Ponente el doctor Castellares Cámac en aplicación de lo dispuesto por el inciso segundo del artículo cuarenticinco de la Ley Orgánica del Poder Judicial; de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Fiscal Superior a fojas cuarenticuatro, y **ATENDIENDO**, además : Que, tanto el Decreto Ley veinticinco mil ochocientos sesentiocho-Norma legal que regula la Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOPI y el Decreto Legislativo número setecientos sesentiséis (sic), sobre Protección al Consumidor, han sido disposiciones legales, que han sido promulgadas con mucha anterioridad a la comisión de los hechos, en efecto el primer dispositivo legal, data del mes de Noviembre de mil novecientos noventa y tres, en tanto que el segundo es aún anterior, Noviembre de mil novecientos noventa y uno; que siendo así, la División de Investigación de Delitos contra el Orden Económico de la Policía Nacional, ha obviado el trámite previo a que se refiere el artículo dieciséis del Decreto Ley citado concordante con el artículo veintitrés del mismo dispositivo, este último que faculta a la Comisión de Protección al Consumidor, velar por el cumplimiento de dicha

<sup>3</sup> Este dispositivo señala : «En los asuntos de competencia de cualquiera de los órganos funcionales del INDECOPI, no podrá recurrirse al Poder Judicial en tanto no se haya agotado previamente la vía administrativa. Para efectos de lo dispuesto en el presente Decreto Ley, se entiende que queda agotada la vía administrativa solamente cuando se obtiene la correspondiente resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.»

<sup>4</sup> Esta norma establece que : «Contra la Acción Penal pueden promoverse : a) Cuestiones Previas... Las Cuestiones Previas proceden cuando no concurre un requisito de procedibilidad y pueden plantearse en cualquier estado de la causa o resolverse de oficio.

Si se declara fundada, se anulará todo lo actuado dándose por no presentada la denuncia...»

norma, entre otros, sobre rotulado en el envasado de productos, como es el caso presente, rotulado que debe contener las precisiones pertinentes, respecto al origen del producto y otros, que además, la norma (artículo dieciséis del Decreto Ley número veinticinco mil ochocientos sensentiocho) precisa que «no podrá recurrirse al Poder Judicial, mientras no se encuentre agotada la vía administrativa»; que siendo así, la Comisión de Protección al Consumidor, ha expedido la Resolución número cero cero uno-guion noventitrés-INDECOPI/CPC, de fecha doce de Abril último, al tener conocimiento de la situación creada en relación al azúcar de procedencia extranjera, importado por la Empresa «E. WONG» Sociedad Anónima, disponiendo iniciar de oficio el procedimiento Administrativo pertinente en contra de la citada Empresa, por presunta infracción a las normas de rotulado en el envasado del referido producto (fojas veintisiete); que siendo así, procesalmente dicha situación constituye la falta de un requisito de procedibilidad, a lo que se agrega que en autos, no aparece aún, el resultado final de la citada acción administrativa, por lo que debe confirmarse la resolución venida en grado, **FUNDAMENTOS**, por los que, **CONFIRMARON** : la resolución apelada de fojas veinticuatro, su fecha quince de Abril del año en curso, que DISPONE se devuelva todo lo actuado al Despacho del Señor Representante del Ministerio Público la denuncia penal formulada contra Efraín Wong Lu y Juan Carlos Justo Espinoza, a fin de que proceda

con arreglo a sus atribuciones. Notificándose y los devolvieron .->

### III. EL PROBLEMA.

La Sala estableció que no es posible iniciar una acción penal, por delitos relacionados con materias de competencia del INDECOPI, sin que previamente se haya agotado la vía administrativa. Para ello, consideró que el artículo 16 de la Ley de Organización y Funciones de dicha entidad establece un requisito de procedibilidad cuya omisión da lugar a una cuestión previa.

Sin embargo, consideramos que esta resolución no sólo no tomó en cuenta las múltiples posibilidades de interpretación que ofrece el derecho comparado, sino que tampoco tuvo en consideración la legislación nacional vigente sobre la materia.

#### 1. Se trata de bienes jurídicos difusos.

Uno de los puntos en discusión para la dogmática y la política criminal es el relativo a la caracterización de los bienes jurídicos en el ámbito del derecho penal económico. Ello está ligado a la discusión existente en torno a los llamados bienes jurídicos o intereses difundidos o difusos<sup>5</sup> los cuales se relacionan con el funcionamiento del sistema y están al servicio de las bases de la existencia del mismo<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Al respecto: Manuel Lozano-Higuero y Pinto (La protección procesal de los intereses difusos. Intereses de los consumidores, ecológicos, urbanísticos, el acceso a la R.T.V. Madrid, 1983. Pg. 155) señala que el interés difuso es el interés de un sujeto jurídico en cuanto compartido -expandido- o compartible -expandible- por una universalidad, grupo, categoría, clase o género de los mismos; cuyo disfrute, ostentación y ejercicio son esencialmente homogéneos y fungibles, y que adolece de estabilidad y coherencia en su vinculación subjetiva, así como de concreción normativa orgánica en sus tutelas material y procesal. De otro lado, Dante Barrios De Angelis (Introducción al estudio del proceso. La psicología y la sociología del proceso. El Ombudsman. La defensa de los intereses difusos. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1983. Pg. 127) expresa que la característica central de los intereses difusos es que corresponde a un grupo indeterminado de personas. En la doctrina nacional, véase: Anderson Puertas, María Gabriela. Intervención del Ministerio Público en la defensa del derecho al ambiente. Tesis. U.P. San Martín de Porres. Lima, 1991. De Trazegnies Granda. Derecho y contaminación. Lima, 1988. La responsabilidad civil extracontractual. PUCP. Lima, 1988. Graf Málaga, Silvina. La responsabilidad civil ambiental y la tutela de los intereses colectivos: Aspectos sustantivos y procesales. Tesis. PUCP. Lima, 1988. Payet, Jorge. La responsabilidad por productos defectuosos. PUCP. Lima, 1990.

<sup>6</sup> Bustos Ramírez, Juan. Manual de derecho penal. Parte especial. 2ª ed. Ed. Ariel. Barcelona, 1991. Pg. 5 Del mismo. Perspectivas actuales del derecho penal económico. En: Revista Peruana de Ciencias Penales. N° 1. Año I. Ed. Cuzco. Lima, 1993. Pgs. 65 y ss. Este autor distingue los bienes jurídicos referidos a las bases de la existencia del sistema de aquellos que están en conexión con el funcionamiento del mismo. Los primeros son los que tradicionalmente han sido llamados bienes jurídicos individuales. Inciden en las relaciones microsociales, como es el caso de la vida humana, la salud individual o la libertad. Sin ellos no es posible la existencia de ningún sistema social. En cambio, los relacionados con el funcionamiento del sistema inciden en las relaciones macrosociales, como es el caso del ambiente, la fe pública o la libre competencia. Sin ellos, el sistema puede existir, pero no funciona, o bien lo hace defectuosamente. Ellos están al servicio de las bases de existencia del sistema (vida, salud individual). Implican una actividad de intervención para corregir las disfunciones del sistema o para perfeccionarlo. En este orden de ideas, el autor distingue tres categorías de bienes jurídicos institucionales: los colectivos, los institucionales y los de control. Los delitos económicos atentados contra los bienes jurídicos institucionales colectivos, conocidos también como intereses social-supraindividuales (Véase: Tiedemann, Klaus. Lecciones de derecho penal económico. Pg. 32). Estos bienes colectivos se caracterizan por estar en conexión con las condiciones indispensables para que se den las bases de la existencia del sistema, como sucede con el ambiente, la calidad del consumo, la libre competencia, la política de ingresos y egresos del Estado. Están presentes en forma constante en el quehacer cotidiano de cada uno de los sujetos y grupos en que éste se integra. Su afeción impide el desarrollo real y efectivo de la vida, la salud individual, la libertad, etc.

Ahora bien, la gravedad de su afectación reside en la dañosidad social. En efecto, la circunstancia de que involucre a grandes números de personas, por una parte, y, por otra, que ello en muchos casos sea de modo permanente, hace que los costos sociales generados sean inmensurables.

Adicionalmente, las características propias de estos intereses y las de los actos que los vulneran<sup>7</sup>, hace que los mecanismos de protección tradicionales, creados para tutelar bienes jurídicos de distinto orden, evidencien una indiscutible ineficiencia. Ello ha motivado que en la actualidad se vengán revisando los instrumentos jurídicos penales y extra-penales del derecho sustantivo<sup>8</sup> y procesal<sup>9</sup> a fin de potenciar el enfrentamiento de las conductas lesivas de bienes jurídicos difusos.

## 2. Derecho Penal Económico Criminal y Contravencional.

En este sentido, la Política Criminal viene evaluando la conveniencia de contar con un derecho administrativo sancionador de las conductas que afectan intereses difusos relacionados con el orden económico. Este derecho es conocido también como derecho penal administrativo o derecho penal económico contravencional.

En el derecho comparado las propuestas son múltiples, pudiendo diferenciarse dos grandes modelos. De un lado, un modelo unívoco que canaliza la protección a través de un único sistema de control, sea este administrativo o penal. Quienes avalan este modelo creen que para la tutela de estos bienes jurídicos es suficiente recurrir a un sólo sistema, el cual deberá ser potenciado por el Estado.

Por otro lado, el segundo modelo acumula la intervención administrativa y el control penal, aunque estableciendo diferentes relaciones entre ambos. Dichas relaciones van desde la afirmación de la absoluta autonomía entre ambos controles, pudiendo inclusive coexistir soluciones contradictorias, hasta el establecimiento de una relación de dependencia en la que por ejemplo no es posible iniciar una acción penal si no existe una resolución administrativa sancionatoria.

El sistema peruano, conservando matices propios, se inscribe dentro de este segundo modelo.

Por nuestra parte, somos escépticos de la eficiencia del sistema penal en la tutela de estos intereses<sup>10</sup>. Sin embargo, consideramos que el derecho penal económico criminal presupone la existencia de un derecho penal económico contravencional. El establecimiento de delitos económicos sin la existencia anterior de organismos de control administrativo que refuerzen el control penal, no resultará siendo cosa distinta que un recurso puramente demagógico y contrario a los principios de un derecho penal moderno<sup>11</sup> de mínima intervención.

## 3. El modelo peruano.

La caracterización del modelo nacional la realizaremos a partir del caso analizado :

3.1 En cuanto a los delitos denunciados, el Código Penal<sup>12</sup> tipifica el delito de publicidad engañosa en el artículo 238, sancionando al que por medio publicitarios hace afirmaciones falsas sobre la naturaleza, composición, virtudes o cualidades sustanciales de los productos o servicios anun-

<sup>7</sup> Muchos de ellos sofisticados por el avance tecnológico.

<sup>8</sup> En el ámbito penal, por ejemplo, se viene pensando en la posibilidad de incluir fórmulas de responsabilidad objetiva, instaurar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, entre otras reformas.

<sup>9</sup> Se viene proponiendo la incorporación de vías procesales como la «class actions», la «public interest action», la «relator actions», así como nuevas legitimaciones en favor del Ministerio Público, el Defensor del Pueblo y las Organizaciones de Ciudadanos. También se ha propuesto la ampliación de los criterios de oportunidad procesal a fin de favorecer las soluciones reparatorias para las víctimas.

<sup>10</sup> Además de las razones expuestas por la criminología crítica para demostrar que el sistema penal es selectivo y favorece la impunidad de la delincuencia de «cuello blanco», el análisis económico del derecho no favorece el uso del sistema penal en la tutela de intereses difusos por tratarse de un control ex-post de iniciativa estatal. Véase: Bullard, Alfredo-Fonseca, Yashmín. Alternativas para la protección legal de los derechos ambientales en el marco del desarrollo sostenible. Ponencia ante el Primer Congreso Latinoamericano de derecho ambiental. 1993.

<sup>11</sup> Bustos Ramírez, Juan. Perspectivas actuales del derecho penal económico. Pg. 76.

<sup>12</sup> Decreto Legislativo N° 635, publicado en el Diario Oficial «El Peruano» los días 8, 9 y 10 de abril de 1991, vigente desde el 26 de dicho mes.

ciados, capaces por sí mismas de inducir a grave error al consumidor. De otro lado, sanciona como delito tributario, en el artículo 272, el comercio clandestino.

3.2 Ahora bien, la defensa de los intereses de los consumidores no sólo opera a través del sistema penal, sino también mediante el derecho administrativo, a través de dos normas que regulan, de un lado, la publicidad en defensa de los consumidores<sup>13</sup>, y, del otro<sup>14</sup>, los derechos fundamentales del consumidor y las obligaciones del proveedor de bienes y servicios<sup>15</sup>. Esta última norma señala, en el artículo 39, que los proveedores que violen las normas establecidas en dicha ley serán sancionados administrativamente sin perjuicio de las acciones civiles o penales a que hubiere lugar.

De ello puede concluirse que la acción penal por delitos contra los derechos de los consumidores es, bajo este régimen, absolutamente independiente de las acciones que puedan iniciarse administrativamente.

3.3 Sin embargo, posteriormente se estableció que el control y supervisión administrativos del cumplimiento de las normas señaladas en el punto anterior quedaba a cargo del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI)<sup>16</sup>, entidad

administrativa del Estado dependiente del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales.

Es de destacarse, para efectos de nuestro análisis, que el artículo 16 de la Ley de creación del INDECOPI establece que «en los asuntos de competencia de cualquiera de los órganos funcionales del INDECOPI, no podrá recurrirse al Poder Judicial en tanto no se haya agotado previamente la vía administrativa», entendiéndose que el agotamiento opera con la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

Lo dispuesto en dicha norma no significó otra cosa que un cambio en la relación existente entre lo resuelto en sede administrativa y las resoluciones judiciales. Para el inicio de la acción penal resulta necesario agotar la vía administrativa.

3.4 Un mes después, la Ley General de Propiedad Industrial<sup>17</sup> estableció en su Segunda Disposición Final que antes de iniciar la acción penal por los delitos a los que se refieren los artículos 216 a 220<sup>18</sup>, 222 a 225<sup>19</sup>, 232<sup>20</sup> y 238 a 240<sup>21</sup> del Código Penal<sup>22</sup>, el Fiscal deberá solicitar el informe técnico del INDECOPI, el cual debe ser emitido en un plazo de cinco días y deberá ser apreciado por el Juez o Tribunal al resolver.

<sup>13</sup> Decreto Legislativo No. 691, publicado el 6 de noviembre de 1991, vigente desde el 6 de diciembre de ese año.

<sup>14</sup> Decreto Legislativo No. 716, publicado el 9 de noviembre de 1991, vigente desde el 9 de diciembre del mismo año.

<sup>15</sup> Forno, Hugo. Protección del consumidor. En: *Invirtiéndolo en el Perú. Guía legal de negocios*. Beatriz Boza (editora). Ed. Apoyo. Lima, 1994. Pg. 273. También véase: Bullard, Alfredo. *Firme primero, lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor*. En: *El derecho civil peruano. Perspectivas y problemas actuales*. Ed. Fondo editorial de la PUCP. Lima, 1993.

<sup>16</sup> Creado mediante el Decreto Ley N° 25868, publicado el 24 de noviembre de 1992, vigente desde el 25 del mismo mes.

<sup>17</sup> Decreto Ley N° 26017, publicado el 28 de diciembre de 1992, vigente desde el 29 de ese mes.

<sup>18</sup> Delitos contra los derechos de autor y conexos: piratería editorial y otras (artículo 216), circunstancias agravantes (artículo 217), plagio (artículo 218), exceso de circulación o edición (artículo 219) y receptación de obra intelectual (artículo 220).

<sup>19</sup> Delitos contra la propiedad industrial: fabricación y uso de patentes (artículo 222), reproducción ilegítima de diseño o modelo industrial (artículo 223), uso fraudulento de marca industrial (artículo 224) y violación del derecho de marcas (artículo 225).

<sup>20</sup> Delito de abuso de posición de dominio en el mercado. Véase también el Decreto Legislativo N° 701 publicado el 24 de noviembre de 1991.

<sup>21</sup> Otros delitos económicos: publicidad engañosa (artículo 238), fraude en la venta de bienes y en la prestación de servicios (artículo 239) y desprestigio comercial o industrial (artículo 240).

<sup>22</sup> Una revisión general de estos delitos en: Tiedemann, Kalus. *Lecciones derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*. Varios traductores. 1ª ed. Ed. PPU. Barcelona, 1993. En la doctrina nacional: Lamas Puccio, Luis. *Derecho penal económico. Aplicado al nuevo código penal*. 1ª ed. Lima, 1993.



Por tratarse de una norma especial y posterior, debe entenderse que en la investigación de los delitos señalados anteriormente resulta suficiente, para iniciar una acción penal, el informe técnico del INDECOPI. Fuera de estos casos será necesario agotar la vía administrativa tal como dispone el artículo 16 del Decreto Ley 25868<sup>23</sup>.

Hasta aquí, entonces, subsisten dos regímenes: uno especial que es el de la 2ª Disposición Final de la Ley General de Propiedad Industrial y otro general que corresponden al del artículo 16 de la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI.

3.5 Por último, sólo dos días más tarde, de modo más amplio pero similar, la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal<sup>24</sup> estableció en su artículo 32 que antes de iniciar la acción penal por los delitos a que se refieren los artículos 165<sup>25</sup>, 190<sup>26</sup>, 191<sup>27</sup>, 216 a 220<sup>28</sup>, 222 a 225<sup>29</sup> y 238 a 240<sup>30</sup> del Código Penal<sup>31</sup>, en lo relacionado con la materia de dicha ley, el Fiscal deberá solicitar el informe técnico del INDECOPI, a emitirse también en cinco días y que deberá ser valorado por el Juez o Tribunal al resolver.

De esta manera, se incorpora un nuevo régimen especial, aplicable a los delitos señalados en el párrafo anterior, siempre que estos ilícitos se relacionen con la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

3.6 Ahora bien, aunque de inicio pudiera ofrecer dudas, se expidió luego el Decreto Supremo No. 03-94-ITINCI<sup>32</sup>, el cual dispone en el artículo 3 que la competencia de la oficina de Derechos de Autor

del INDECOPI, "no es óbice para que los interesados opten por recurrir en los asuntos que constituyan presunto delito, directamente a la vía penal.

Con ello, no se establece ninguna excepción más al citado régimen general. Lo cierto es que concuerda tanto con la Ley No. 26017, como con la Ley No. 26122, en el sentido de que ambas permiten recurrir a las particulares a denunciar el hecho ante la Fiscalía sin necesidad de agotarse la vía administrativa, pero el Fiscal no podrá denunciar ante el poder judicial sin el informe previo del INDECOPI.

En buena cuenta, el Decreto Supremo sólo desarrolla un aspecto nólcito en dichas Leyes, la posibilidad de los particulares de darle al Fiscal la "notitia criminis"

3.7 En síntesis, el marco normativo vigente establece un régimen general y dos casos de excepción

El régimen general está regulado en el artículo 16 del Decreto Ley 25868, y se aplica a los delitos no señalados en la 2ª Disposición Final de la Ley de Propiedad Industrial ni en el artículo 32 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Este es el caso, por ejemplo, de los delitos de acaparamiento (artículo 233), especulación (artículo 234) y adulteración (artículo 235), en los que para iniciar una acción penal será necesario agotar la vía administrativa.

Las dos excepciones a dicho precepto general están normadas precisamente en la 2ª Disposición Final de la Ley General de Propiedad Industrial y en el

<sup>23</sup> Algunos consideran que este régimen ha sido derogado implícitamente por la citada disposición de la ley de propiedad industrial. Nosotros consideramos que esta interpretación es inexacta, debido a que dichas normas no tienen idéntico ámbito de regulación, por lo que no ha operado derogación o sucesión normativa.

<sup>24</sup> Decreto Ley N° 26122, publicado el 30 de diciembre de 1992, vigente desde el 31 de ese mes.

<sup>25</sup> Delito de violación del secreto profesional.

<sup>26</sup> Delito de apropiación ilícita.

<sup>27</sup> Delito de hurto impropio.

<sup>28</sup> Véase la nota 18.

<sup>29</sup> Véase la nota 19.

<sup>30</sup> Véase la nota 21.

<sup>31</sup> Además de los textos de la nota 22, véase: Bajo Fernández, Miguel. Manual de derecho penal. Parte especial. delitos patrimoniales y económicos. 2ª ed. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1989. En la doctrina nacional: Peña Cabrera, Raúl. Tratado de derecho penal. Parte especial. Tomo II. Ed. Ediciones Jurídicas. Lima, 1993.

<sup>32</sup> Publicado el 19 de marzo de 1994, vigente desde el día siguiente.



artículo 32 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Para el inicio de la acción penal por los delitos a que hacen referencia tales normas, bastará con el informe técnico expedido por el INDECOPI.

Ahora bien, no obstante la claridad de las normas, la apreciación de esta temática en la doctrina nacional no ha sido integral. Al parecer se viene afirmando la existencia de un sólo régimen, sea el general<sup>33</sup> o los de excepción<sup>34</sup>.

3.8 De todo esto, el modelo peruano acumula la protección administrativa y penal en la tutela de bienes jurídicos difusos relacionados con el orden económico, estableciendo dos tipos de relaciones entre ambos medios de control (el régimen general y sus dos excepciones).

Sobre esto último, cabe señalar que no existe una razón aparente que justifique este tratamiento heterogéneo. Resulta arbitrario señalar que en unos casos basta un simple informe técnico del INDECOPI, mientras que en otros, sin ser necesariamente los más graves, es necesario agotar la vía administrativa. Este sin sentido sólo evidencia la carencia de un criterio legal unificado, coordinado y coherente sobre esta temática<sup>35</sup>.

Esta situación favorece la ineficiencia del sistema de control penal en materia de delitos económicos, pues al no existir una adecuada instrumentación administrativa, el sistema penal operará aisladamente, de modo simbólico, como un "golpe al vacío".

En buena cuenta, las posibilidades de reformar y sancionar a los delincuentes de cuello blanco, dependen directamente de la estructuración de un control administrativo efectivo al cual la norma penal le sirva de simple refuerzo. La utilidad de la protección penal de estos intereses difusos depende de la subsidiaridad de la misma.

#### 4. La intervención previa del INDECOPI es un requisito de procedibilidad.

La exigencia del agotamiento de la vía administrativa o de un informe técnico previo al ejercicio de la acción penal constituyen lo que la doctrina procesal penal denomina «condiciones procesales»<sup>36</sup>. El estudio de estas condiciones pertenece al derecho procesal penal<sup>37</sup>.

Se conceptualizan como presupuesto procesales legalmente definidos, que deben satisfacerse antes

<sup>33</sup> Véase : Ugaz, José. Derecho penal económico. En : *Invirtiendo en el Perú. Guía legal de negocios*. Beatriz Boza (editora). 1ª ed. Ed. Apoyo. Lima, 1994. Pg. 311.

<sup>34</sup> Véase : Kresalja, Baldo. Represión de la competencia desleal. En : *Invirtiendo en el Perú. Guía legal de negocios*. Beatriz Boza (editora). 1ª ed. Ed. Apoyo. Lima, 1994. Pg. 294.

<sup>35</sup> A esto debe haber abonado el hecho de que las normas que establecieron el régimen general y sus excepciones fueron promulgadas con apuro durante los últimos en que el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional podía continuar legislando mediante Decretos Leyes

<sup>36</sup> También son conocidas como «condiciones», «requisitos» o «presuestos» de «perseguidibilidad», «procedibilidad», «procesabilidad» o «procesales».

<sup>37</sup> Actualmente un sector de la doctrina insiste en confundir las condiciones de procedibilidad con las llamadas condiciones objetivas de punibilidad, cuyo análisis corresponde al derecho penal sustantivo.

La distinción entre ambas instituciones tiene importantes consecuencias prácticas. Las condiciones de procedibilidad constituyen presupuestos procesales que se oponen a la instauración de una relación procesal válida. Las condiciones objetivas de punibilidad son presupuesto de la punibilidad. Cuando falta una condición de procedibilidad el proceso se detiene y cuando falta una condición objetiva procede la absolución (vía la excepción de naturaleza de acción prevista en el artículo 5 del código de procedimientos penales, por tratarse de un supuesto en que : «...los hechos denunciados...no son justiciables penalmente»).

En la doctrina europea la diferencia se encuentra bastante difundida. En Alemania : Jescheck, Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Traducción de José Luis Manzanera Samaniego. 4ª ed. Ed. Comares. Granada, 1993. Pgs. 506 y 507. En España : Bustos Ramírez, Juan. *Manual de derecho penal. Parte general*. 3ª ed. Ed. Ariel. Barcelona, 1989. Pg. 255. Cerezo Mir, José. *Curso de derecho penal español. Parte general I*. 2ª reimpresión de la 3ª ed. Ed. Técnos. Madrid, 1988. Pg. 255. Cobo del Rosal, M.-Vives Anton, T.S. *Derecho penal. Parte general*. 3ª ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1991. Pgs. 743 y ss. Martínez Pérez, Carlos. *Las condiciones objetivas de punibilidad*. Ed. Edersa. Madrid, 1989. Pgs. 94-105. Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. 3ª ed. Ed. PPU. Barcelona, 1990. Pg. 163. Quintero Olivares, Gonzalo. *Derecho penal. Parte general*. Reedición de la 2ª ed. Ed. Marcial Pons. Madrid, 1992. Pgs. 421 y ss. Rodríguez Devesa, José María-Serrano Gómez, Alfonso. *Derecho penal español. Parte general*. 16ª ed. Ed. Dykinson. Madrid, 1993. Pgs. 419 y 420. Sainz Cantero, José Antonio. *Lecciones de derecho penal. Parte general*. 3ª ed. Ed. Bosch. Barcelona, 1990. Pgs 750-755.

En América Latina también es posible apreciar esta diferencia. En Argentina : Creus, Carlos. *Derecho penal. Parte general*. 2ª ed. Ed. Astrea. Buenos Aires, 1990. Pgs. 276 y ss. No obstante, la diferencia es negada por Terán Lomas, Roberto A. *Derecho penal. Parte general*. Tomo 2. Ed. Astrea. Buenos Aires, 1980. Pg. 75 y ss. y por Zaffaroni, Eugenio Raúl. (continúa en la siguiente página).

de ejercer la acción penal. Este es el caso, por ejemplo, de la querrela penal tratándose de los denominados delitos privados, la autorización para proceder fijada en determinados delitos contra la libertad sexual, el antejuicio constitucional para los efectos Parlamentarios, entre otros ejemplos.

En este orden de ideas, la inobservancia de una condición procesal da lugar a la procedencia de las cuestiones previas, las que incluso pueden ser declaradas de oficio por el juez<sup>38</sup> y tienen como consecuencia la declaración de la nulidad de todo lo actuado judicialmente.

#### IV. LA SALA EN EL BANQUILLO.

Consideramos que la Sala Penal Superior ha cometido dos graves errores :

1. Confirmó una resolución que declaró fundada una cuestión previa de oficio bajo el considerando que el delito de publicidad engañosa del artículo 238 del Código Penal tenía como requisito de procedibilidad el agotamiento de la vía administrativa ante el INDECOPI conforme al artículo 16 del Decreto Ley 25868.

Como ya se ha puntualizado, el régimen aplicable al artículo 238 de Código Penal es el de la 2ª Disposición Final de la Ley General de Propiedad Industrial o el del artículo 32 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Para ambas regulaciones, la condición de procedibilidad a satisfacer

es el Informe Técnico del INDECOPI y no el agotamiento de la vía administrativa.

2. Confirmó una resolución que omitió pronunciarse por el delito de comercio clandestino del artículo 272 del Código Penal denunciado por la Fiscalía Provincial. Conforme al artículo 77 del Código de Procedimientos Penales, las únicas posibilidades que tenía el Juez, en este extremo, eran las de abrir instrucción o denegarla.

De este modo, los efectos de la cuestión previa declarada fundada parecen alcanzar a la persecución de este delito, cuya acción penal, no está regida por ninguna condición de procedibilidad.

#### V. LOS INTOCABLES.

Múltiples investigaciones criminológicas críticas han demostrado la selectividad del sistema punitivo. Así, ha quedado revelado no sólo que existe una selección desfavorable a grupos sociales vulnerables, sobre quienes recae el peso de la ley penal y la etiqueta criminal. También se ha evidenciado una selección que, limitando o excluyendo la intervención penal, favorece, a pesar de los graves perjuicios que causan, a un grupo determinado de la sociedad, al que «casualmente» pertenecen quienes cometen delitos económicos. Los delincuentes económicos o de "cuello blanco" se sirven de todos los mecanismos extra-legales y legales del sistema tales como: las alternativas a la pena privativa de la libertad (condena condicional, conversión de

(Continuación de pie de pagina anterior).

Manual de derecho penal. Parte general. 5ª ed. Ed. Ediar. Buenos Aires, 1987. Pgs. 633 y ss. En Chile la diferencia es apuntada por: Cousiño Mc Iver, Luis. Derecho penal chileno. Parte general. Tomo I. Ed. Jurídica de Chile. Santiago, 1975. Pg. 630. Cury Urzúa, Enrique. Derecho penal. Parte general. Tomo I. Ed. Jurídica de Chile. Santiago, 1982. Pg. 299. Novoa Monreal, Eduardo. Curso de derecho penal chileno. Parte general. Tomo I. 2ª ed. Ed. Jurídica Ediar-Cono Sur Ltda. Santiago, 1985. Pg. 338.

En el Perú, la distinción ha sido conceptualizada por: San Martín Castro, César Eugenio. Las condiciones objetivas de punibilidad y su tratamiento procesal en el Perú. En: Derecho. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. No. 39. Lima, 1985. Pgs. 355 y ss. En similar sentido: Villavicencio Terreros, Felipe. Lecciones de derecho penal. Parte general. 1ª ed. Ed. Cuzco. Lima, 1990. Pg. 134. Yon Ruesta, Roger. La excepción de naturaleza de acción en el Código Procesal Peruano. 1994. Lima (A publicarse en la revista del Foro del Colegio de Abogados de Lima). Sin embargo la confusión es mayoritaria: Bramont Arias, Luis Alberto. Temas de derecho penal. Tomo 4. Ed. San Marcos. Lima, 1990. Pgs. 121 y 122. Catacora González, Manuel. Lecciones derecho procesal penal. Ed. Cuzco. Lima, 1990. Pgs. 137-152. Del Valle Randich, Luis. Derecho procesal penal -cuestiones prejudiciales, cuestiones previas, excepciones. Ed. Imprenta Liurimsa. Lima, 1966. Pg. 103. Ezainé Chávez, Amado. Diccionario de derecho penal. 8ª ed. Ed. Ediciones Jurídicas Lambayecanas. Chiclayo, 1992. Pgs. 74 y 75. García Rada, Domingo. Manual de derecho procesal penal. 6ª ed. Ed. Sesator. Lima, 1980. Pgs. 28 y 29. Mixán Mass, Florencio. Derecho procesal penal. Tomo III. Ed. Ediciones Jurídicas. Lima, 1988. Pg. 180. Pelaez Bardáles, José Antonio. Manual-diccionario del código procesal penal peruano. Ed. AFA. Lima, 1993. Pg. 46. Peña Cabrera, Raúl. obra citada. Pgs. 156, 377 y 378 (tomo I), 420, 421 y 487 (tomo II). Roy Freyre, Luis. Derecho penal peruano. Tomo II. Editoriales Unidas S.A. Lima, 1975. Pg. 198. Urquiza Pérez, José. Práctica Forense Penal. Tomo I. 2ª ed. Ed. Impresiones Urquiza. Arequipa, 1982. Pgs. 33 y 34. Urtecho Benites, Santos. La cuestión prejudicial en el proceso penal. Ed. Imprenta Universidad Nacional de Trujillo. 1978. Pg. 145. Villagaray Hurtado, Raúl. Cuestiones prejudiciales y previas en la jurisprudencia nacional. Ed. Sesator. Lima, 1981. Pgs. 88 y ss.

Como era de esperarse, esta confusión se encuentra arraigada en la jurisprudencia nacional. Véase además: Jurisprudencia penal. Procesos sumarios. Corte Superior de Justicia de Lima. Tomos I, II y III. Ed. Cuzco. Lima, 1988 y 1990.

<sup>38</sup> Véase los artículos 4 y 77 del Código de Procedimientos Penales: Este régimen se mantiene, en términos generales, en el Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N° 638: artículos 5, 9, 10, 11 y 12, 113 y 114), aunque con un mayor desarrollo.

penas, exención de pena, reserva del fallo condenatorio, principio de oportunidad, cuestiones previas y prejudiciales, excepciones, etc). El sistema parece estar ideado para mantenerlos «intocables».

La actual relación entre la intervención administrativa del INDECOPI y la persecución de la delincuencia de cuello blanco favorece este estado de impunidad. Es un «modelo para desarmar».

## **VI. ANEXO : COMO ABSOLVIO LA COMISION DE PROTECCION AL CONSUMIDOR.**

EXPEDIENTE N° 5-93-C.P.C.

Denunciante : COMISION DE PROTECCION AL CONSUMIDOR  
Denunciado : E. WONG S.A.  
Resolución N° : 6

Lima, siete de julio de 1993.

VISTOS: La resolución del doce de abril del presente año y los escritos de la empresa denunciada de fechas 23 de abril, 11 y 20 de mayo del presente que corren a fojas tres, veintisiete, treintiocho y cuarentidos respectivamente, y

### **CONSIDERANDO:**

- 1) Que de acuerdo al artículo 23 de la Ley del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Decreto Ley N° 25868), la Comisión de Protección al Consumidor es la encargada de velar por el cumplimiento de la Ley de Protección al Consumidor (Decreto Legislativo N° 716) ;
- 2) Que, es misión de ésta Comisión brindar protección efectiva a los consumidores. En tal sentido, la Ley de Protección al Consumidor y demás normas aplicables deben ser interpretadas a la luz de dicho fin.
- 3) Que, si bien el artículo 7 del Decreto Legislativo N° 716 señala que los proveedores están obligados a cumplir las normas de seguridad, calidad y rotulado, estas normas sólo deben ser aplicadas por la Comisión cuando tengan como función y objetivo proteger a los consumidores;
- 4) Que, las normas de rotulado dirigidas a proteger al consumidor son aquellas que desarrollan o reglamentan el artículo 5, inciso b) del Decreto Legislativo N° 716, es decir las disposiciones cuyo cumplimiento permite suministrar al consumidor «...la información necesaria para tomar una deci-

sión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos o servicios, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios»;

5) Que, según el tenor del artículo 5.5.2 de la Norma Metrológica Nacional PE-OO9-ITINTEC, aprobada por Resolución del Consejo Directivo N° O6O-92/CDI-ITINTEC, «En todo producto importado deberá indicarse, en un lugar visible del rótulo, el país de origen del producto envasado. Cuando el producto no ha sufrido modificación en su naturaleza y ha sido envasado en el Perú, deberá indicar, además del país de origen, la frase «ENVASADO EN EL PERU»

6) Que, la exigencia del artículo 5.5.2 de la norma metrológica PE-OO9-ITINTEC, en el caso específico del azúcar, no guarda relación con la información necesaria a la que tiene derecho todo consumidor para la adquisición y consumo adecuado de un producto ya que la indicación del lugar de origen no es un elemento esencial o determinante en la decisión de adquirirla o consumirla;

7) Que, en consecuencia, en el caso de autos la Comisión no aprecia ni identifica qué perjuicio puede generarse a un consumidor por la omisión de de la información señalada en el rótulo del producto, ni la afectación de ningún derecho cuya tutela se encuentre dentro del ámbito de su competencia;

8) Que, por el contrario, la Comisión si identifica perjuicios que se pueden ocasionar al consumidor por la exigencia de la inclusión de dicha información en el rótulo del producto, tales como un incremento en el precio del producto a consecuencia del traslado que todo proveedor hace al consumidor de los costos de producción en los que tiene que incurrir, siendo uno de ellos el de rotulado, o una limitación de entrada de productos al mercado que pueden derivar en una menor cantidad de opciones a los consumidores como consecuencia de la limitación a la importación o producción de bienes que no cumplen con tal requisito, violándose en tal supuesto, de manera evidente, el derecho de los consumidores a acceder a una variedad de productos y servicios valorativamente competitivos que les permitan libremente elegir lo que deseen, derecho consagrado en el artículo 3 inciso d) del Decreto Legislativo N° 716;

9) Que, por lo tanto, la norma de rotulado mencionada tiene funciones distintas a la protección de los derechos de los consumidores y que, en

consecuencia no se encuentra dentro de los alcances de los preceptuado en el artículo 7 del Decreto Legislativo N° 716;

10) Que, adicionalmente, el artículo 2 del Decreto Legislativo No. 716 señala que la protección al consumidor se desarrolla en el marco del sistema de economía de mercado establecido en el artículo 115 de la Constitución Política, lo que implica que la intervención de la Comisión no debe en ningún supuesto afectar los mecanismos de funcionamiento del mercado, sino por el contrario garantizarlos;

11) Que, tampoco resulta de aplicación el artículo 238 del Código Penal citado en el atestado policial, cuya copia fotostática corre a fojas once, pues no se ha producido ninguna información falsa sobre la naturaleza, composición, virtudes o cualidades sustanciales de los productos o servicios anunciados capaz de producir confusión de ningún tipo en el consumidor, por lo que no es procedente el inicio

de un procedimiento penal<sup>39</sup>;

La Comisión de Protección al Consumidor, en su sesión del día siete de julio del presente año, HA RESUELTO :

- 1) Declarar INFUNDADA la acción de oficio iniciada contra E. WONG S.A. por presunta infracción a las normas de rotulado en el envasado de azúcar;
- 2) Dejar sin efecto la inmovilización del azúcar envasada materia del presente procedimiento.
- 3) Ordenar la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial «El Peruano» una vez que haya quedado consentida.

Firmas :

Dr. Hugo Morote  
Dr. Hugo Forno  
Eco. Gabriel Ortiz de Zevallos  
Dr. Alfredo Bullard

<sup>39</sup> Queremos llamar la atención sobre lo siguiente. La comisión, además de absolver administrativamente a la Empresa WONG, la absolvió de los cargos penales al declarar que no era de aplicación el artículo 238 del C.P. y que por tanto era improcedente iniciar una acción penal.

Sobre el particular existen dos detalles importantes. En primer término, no es posible absolver a una empresa de una imputación delictiva debido a que en el derecho peruano las personas jurídicas no tienen capacidad penal. Un pronunciamiento penal absolutorio sólo puede recaer sobre una persona física. En segundo lugar, para bien o para mal, la determinación del carácter penal de los hechos y la procedencia de la acción no es de competencia del INDECOPI.

## PRIMER ENCUENTRO DE REVISTAS JURIDICAS ESTUDIANTILES DEL PERU.

En fechas 24 y 25 de setiembre, se realizó en el Auditorio de la Biblioteca Central de la Universidad Católica, el Primer Encuentro de Revistas Jurídicas Peruanas editadas por estudiantes, denominado COLAPJE-Perú, dicho evento fue organizado por **THĒMIS**-Revista de Derecho en su calidad de Presidenta del Consejo Latinoamericano de Publicaciones Jurídicas dirigidas por Estudiantes (COLAPJE) y fue inaugurado por el Decano de la Facultad de Derecho de esta casa de estudios el Dr. Lorenzo Zolezzi Ibárcena.

El COLAPJE, como organismo estudiantil, es una instancia surgida del interés de las diferentes revistas jurídicas latinoamericanas por crear un órgano conjunto que promueva y difunda el derecho en todas sus áreas; y que contribuya al intercambio, cooperación e integración de las publicaciones que la componen; brindando un acceso directo a la legislación, jurisprudencia y doctrina en general de cada país latinoamericano.

El COLAPJE agrupa en estos momentos a más de 12 revistas estudiantiles de siete países de la región, habiendo tenido desde su fundación en 1988 tres Encuentros Internacionales en las ciudades de Montevideo, Lima y el último realizado en noviembre de 1993 en Panamá.

El principal objetivo de esta reunión fue la elaboración de una propuesta conjunta a ser llevada a dicho Encuentro a nivel país, buscando potenciar dicho organismo internacional, aportando directivas de acción y desarrollando los temas acordados en los anteriores encuentros. Para ello se organizó un trabajo a nivel de comisiones inter-revistas donde se trataron los temas referentes a la Reforma de Estatutos del COLAPJE, creación de un Banco de Datos, la elaboración de una Revista Conjunta y el desarrollo de Actividades Conjuntas.

Las revistas que participaron en este encuentro fueron: Derecho & Sociedad y Ius et Veritas de la Universidad Católica; *Advocatus*, *Ratio Iuris* y *Agora* de la Universidad de Lima y la revista *Adsum* de la *Universidad de San Marcos*, quienes con sus aportes y propuestas contribuyeron a elaborar las conclusiones a llevar al Tercer Encuentro Internacional.

Asimismo, este Encuentro constituyó una magnífica oportunidad para estrechar vínculos entre las Revistas Estudiantiles Jurídicas del Perú, en el esfuerzo de trazar metas comunes de trabajo e integración.

## **JAVIER PEREZ DE CUELLAR INAUGURA FORO UNIVERSITARIO EN NUESTRA UNIVERSIDAD.**

Con motivo de la inauguración del foro universitario, instancia multidisciplinaria de estudio y reflexión, acerca del rol de la ONU y la solución de los problemas internacionales contemporáneos, el ex-Secretario General de las Naciones Unidas Dr. Javier Pérez de Cuellar tuvo la oportunidad de compartir sus conocimientos y experiencia en ese campo, ante más de un centenar de estudiantes de diversas universidades limeñas. Fueron objeto de su exposición aspectos como la actual conformación de la organización, las posibilidades de América Latina en el contexto actual, los aportes y carencias de Naciones Unidas en su funcionamiento, entre otros. Finalmente, felicitó la iniciativa de los estudiantes en conformar un foro de discusión constante sobre estos temas, el cual funcionará en estrecha relación con el Centro de Informaciones de las Naciones Unidas en el Perú.

## **CURSO: TEMAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL**

Contando con la masiva participación de los alumnos de la Facultad, Thémis-Revista de Derecho organizó en el mes de setiembre un curso de tres sesiones referente a los nuevos ámbitos de aplicación de la responsabilidad civil. Este curso estuvo a cargo del Dr. Alfredo Bullard Gonzáles, reconocido catedrático de la Facultad, con estudios de Master en la Universidad de Yale, y ex-miembro de nuestra revista; quien expuso acerca de la responsabilidad por productos defectuosos, la responsabilidad por daños al medio ambiente y la responsabilidad al interior de las empresas.

## **AGORA-TRIBUNA ABIERTA: NUEVA REVISTA ESTUDIANTIL DE DERECHO**

En fecha dieciséis de setiembre, siendo apadrinada por el Dr. Fernando de Trazegnies Granda, una nueva revista de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, hizo su aparición en el ambiente jurídico nacional; contando con una excelente presentación y un alto nivel académico. THÉMIS-Revista de Derecho quiere aunarse en la felicitación de este esfuerzo y desearle el mayor de los éxitos para el futuro.

## **PROSODE REALIZA SU SEXTO PLENARIO DE ESTUDIANTES.**

El 30 de Octubre pasado, el programa PROSODE (Proyección Social en Derecho), realizó su VI Plenario de Estudiantes debatiendo sobre "La Proyección Social y la Economía de Mercado"; tema introducido por el Dr Alfredo Bullard. Este programa creado en 1991 por la Facultad de Derecho institucionalizó la Proyección Social en la formación del estudiante de la Facultad, y actualmente se viene desarrollando bajo la modalidad de un curso electivo de tres créditos comprendiendo los programas de Educación Legal (En Colegios y Centros de Orientación Juvenil), Consultorios Jurídicos (En Carmen de la Legua y en la Plaza Francia de Lima), Poder Judicial, Medios de Comunicación, Derecho Ambiental y Orientación Tributaria (Municipalidad de Pueblo Libre).

## **SEMINARIO: TEMAS DE PROTECCION AL CONSUMIDOR.**

Contando con la participación de reconocidos ponentes vinculados al campo de la protección al consumidor en nuestro país, Thémis-Revista de Derecho organizó a fines del mes de noviembre un Seminario al respecto de dicho tema. Contribuyeron a ofrecer una visión integral del mismo, los doctores Hugo Morote, Hugo Forno, Alfredo Bullard y José Antonio Payet, así como la Dra. María Alejandra de las Casas, representante del CONASUP.

## **TERCER ENCUENTRO DEL CONSEJO LATINOAMERICANO DE PUBLICACIONES JURIDICAS DIRIGIDAS POR ESTUDIANTES- COLAPJE.**

(Panamá, 18 al 20 de noviembre de 1993)

Con la entusiasta participación de delegaciones y representaciones de diversos países latinoamericanos, en noviembre de este año se hizo efectiva la tercera reunión de revistas estudiantiles latinoamericanas editadas por estudiantes en la ciudad de Panamá, organizado por la Revista Novum Ius de la Universidad de Panamá.

Este encuentro sirvió de forma muy especial para

reafirmar y replantear los alcances y objetivos del Consejo en el ánimo de mantener un vínculo efectivo y duradero entre las publicaciones jurídicas de la región potenciando el intercambio permanente de información tanto institucional como académica.

El evento que contó con la participación del Rector de la Universidad de Panamá Dr. Carlos Iván Zuñiga, fue iniciado con el discurso de la Revista Presidenta del COLAPJE Thémis-Revista de Derecho a cargo del Sr. Paul Duclos, miembro del Comité Directivo de nuestra revista.

Las sesiones de trabajo fueron distribuidas en tres días de intenso debate e intercambio de ideas, que finalmente cristalizaron en diversos convenios de integración y cooperación, así como el compromiso

de cada revista participante de contribuir al fortalecimiento del Consejo, a través de la difusión y promoción del mismo.

Participaron en este encuentro la Revista Jurídica Estudiantil de Uruguay, la Revista Novum Ius de Panamá con la representación de la Revista Jurídica Hermeneútica de Costa Rica y la Revista Jurídica Penal Walter Flores Torrico de Bolivia, y Thémis-Revista de Derecho con el aporte conjunto de las Revistas Jurídicas Estudiantiles del Perú.

Finalmente, la delegación de Thémis-Revista de Derecho quiere agradecer a los compañeros de las revistas participantes del evento y en forma muy especial a los integrantes de la Revista Novum Ius por su hospitalidad y amistad a lo largo de su estadía.



*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**

*Con créditos de mediano y largo plazo*

## **COMO BANCO DE DESARROLLO DE SEGUNDO PISO**

**abrimos las puertas al desarrollo**

**Impulsando las inversiones con programas de crédito a través del  
Sistema Financiero Nacional**

El sector productivo del país cuenta ahora con programas multisectoriales, financiados hasta en 7 años, y créditos de corto plazo para capital de trabajo.

Los bancos, financieras, cajas rurales, cajas de ahorro y crédito, y otras entidades de fomento, pueden otorgarle este financiamiento con los programas de crédito de COFIDE, destinados a apoyar el desarrollo de la mediana, pequeña y micro empresa.



**COFIDE**  
**DA CREDITO A SUS**  
**IDEAS**

***Acérquese a su entidad financiera de confianza***

## **LA CAPACIDAD DE LOS CONYUGES PARA EL DESARROLLO DEL COMERCIO O LA EMPRESA**

Tesis sustentada por el señor Francisco Ismodes Mezzano para optar el título de Abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú ante los doctores Roger Rodríguez Iturri, Enrique Becerra Palomino y Emil Ruppert Yañez con mención Sobresaliente.

La tesis aborda un tema que, no obstante su importancia, no ha sido mayormente tratado en los últimos tiempos; el ejercicio del comercio por una persona casada bajo el régimen de sociedad de gananciales y las dificultades que ello representa con relación a la capacidad para disponer de los bienes dedicados al comercio y la protección del patrimonio de la sociedad conyugal contra las vicisitudes que entraña del ejercicio del comercio.

El primer capítulo nos aproxima al tema desde una perspectiva histórica, tratándose la evolución del derecho mercantil peruano a este respecto, desde las normas que establecían un trato discriminatorio protegiendo únicamente al marido, hasta la plena igualdad de derechos que se impone con la aprobación de la Constitución de 1979.

En el segundo capítulo se presenta la discusión de la derogación de las disposiciones del Código de Comercio respecto del ejercicio del comercio por la mujer casada, resuelta con la promulgación del Código Procesal Civil, pero de importancia respecto de relaciones jurídicas anteriores.

Seguidamente, el tercer capítulo se refiere a las disposiciones de la legislación mercantil y civil relativas a los bienes de los cónyuges, su disposición y afectación, delimitando el régimen legal ac-

tualmente aplicable al ejercicio del comercio por persona casada.

Finalmente, la tesis nos enfrenta al problema que presenta el desarrollo actual del derecho mercantil y de la empresa frente a las deficiencias en nuestro régimen legal respecto del patrimonio del empresario casado, esbozando una propuesta de solución que facilite la actividad mercantil del empresario casado proporcionando, al mismo tiempo, mecanismos de defensa al cónyuge no comerciante y a la familia.

La trascendencia del tema tratado, la confrontación del régimen legal con los problemas que nos presenta la realidad y la presentación de propuestas realistas de solución hacen de esta tesis una muy importante colaboración al desarrollo del Derecho.

Emil Ruppert Yañez

## **LIMITACIONES AL CONTENIDO SALARIAL DE LA NEGOCIACION COLECTIVA. FUNDAMENTO, REQUISITOS Y CONSTITUCIONALIDAD**

Tesis sustentada por el Sr. Javier Dolorier para optar el título de Abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú ante los doctores Carlos Blancas, Fernando García y Javier Neves, con mención Sobresaliente.

En el marco de la ejecución de programas económicos de ajuste, los gobiernos echan mano a un conjunto de medidas destinadas a controlar la inflación. Entre ellas se encuentran ciertas restricciones impuestas a la autonomía colectiva, ya sea impidiéndole totalmente la regulación de las remuneraciones o sujetándola en esta tarea al respeto de determinados topes máximos dispuestos por el

Estado.

En este escenario se produce la colisión entre el derecho de la comunidad a un nivel de vida adecuado, que se ve afectado por una inflación incontenible, y el derecho de los sujetos laborales colectivos a autorregulación de sus intereses a través de la negociación colectiva.

En qué circunstancias y con qué requisitos es posible que el estado limite la libre determinación del contenido negocial por las propias partes?. Esta interrogante es el punto de partida de la investigación realizada por Javier Dolorier, desarrollando una cuestión ampliamente debatida en la doctrina internacional.

La tesis consta de cuatro capítulos. En el primero, se estudia la negociación y el convenio colectivo, a partir del concepto de autonomía colectiva. Se pone especial énfasis en el contenido negocial y sus posibles límites. En el segundo, se analiza el papel del Estado respecto de la autonomía colectiva, incidiendo en las relaciones entre la Ley y el convenio colectivo. La cuestión de los requisitos e instrumentos para una intervención estatal sobre la autonomía colectiva, merece particular atención. En el tercero, se pasa revista a la posición del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo sobre el asunto, que ha dado lugar a una abundante jurisprudencia, sistematizada y criticada en la tesis. Por último, se compara las experiencias de Europa y Perú en la aplicación de restricciones salariales a autonomía colectiva.

El autor nos presenta en su trabajo cada uno de los elementos relevantes para la comprensión y solución de este tema. A la luz de ellos, se inclina por una fórmula que concilie los diversos intereses

en juego, ponderando sus diferentes rangos, muy próxima a la enarbolada por el citado Comité de Libertad Sindical: el Estado debe agotar los esfuerzos de llegar a una salida concertada, y sólo en caso de no lograrlo, podría imponer restricciones de modo excepcional y transitorio, que contemplen garantías para no perjudicar el nivel de ingreso de los trabajadores. Desde esta perspectiva, se cuestiona la intervención desplegada por los sucesivos gobiernos, especialmente el actual, claramente desencuadrada de esos principios.

Considero que el estudio de Javier Dolorier contiene la más completa y profunda reflexión que se produce en nuestro medio sobre este tema de gran interés. En esta perspectiva, la tesis se sitúa en la línea de los mejores trabajos realizados sobre esta cuestión en Europa, particularmente en España.

El trabajo es claro y ordenado en su exposición, estando además muy bien escrito. Estimo que se ha consultado para su elaboración toda la doctrina y legislación accesibles sobre la materia, en el plano nacional, comparado e internacional.

Javier Neves Mujica

### **LITIGIOSIDAD INDIGENA ANTE LA REAL AUDIENCIA DE LIMA, 1552-1598**

Tesis sustentada por el Sr. Renzo Honores Gonzales para optar el título de Abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú con mención Sobresaliente.

La litigiosidad, a diferencia de la litigación, en general no es un tema jurídico sino sociológico; tampoco es jurídico sino antropológico si se trata de la atribuible a los indígenas; menos parecería

interesar al abogado si reparamos en la desarrollada lejos en el tiempo, en el siglo XVI. Sin embargo, la primera afirmación que obliga este meritorio esfuerzo de Renzo Honores es que se trata de una tesis de Historia del derecho, esto es, una tesis de Derecho.

Precisamente, una de las varias noticias frescas, y quizás la mejor, que nos ofrece la tesis es la que reside en la búsqueda del autor en pos de un marco teórico que le permitiera mirar "nuevamente" al Derecho. Desprendiéndose de aquella perspectiva anacrónica que imponía leer las leyes y obras jurídicas de otros tiempo con ojos positivistas, se propone en el trabajo una concepción de lo jurídico que muestre el "derecho vivo" en la feliz expresión que introdujera en el Perú Jorge Basadre. Sobre la litigiosidad indígena en el Perú colonial existen muchos lugares comunes que la falta de investigaciones monográficas suscita en cuanto autor se arriesga sobre el tema; por eso, la obra que reseñamos debió justificarse a sí misma previamente, acudiendo a una concepción ambiciosa y atractiva: la "visión social de los legisladores".

Con ese marco, Honores propone la reconstrucción de la historia jurídica peruana estudiando la cuestión de la litigiosidad indígena del s. XVI en las reacciones que generaría ella en la administración colonial española. Lo que importa mostrar, sobre esas reacciones, era el pensamiento de los funcionarios administrativos y judiciales, patente en múltiples informes y acogido muchas veces en disposiciones de la Corona. Interesó al autor esto, pero no como una crónica periodística, sino como una forma coherente de explicar un fenómeno histórico; porque con dicha concepción justificó académicamente el recurrir a la percepción que tuvieron las autoridades españolas de

la sociedad colonial, de sus estructuras, de sus metas morales e ideológicas, de los actores sociales y del fenómeno por regular, esto es, la litigación indígena. En este sentido el reconocido fenómeno de la propensión de la Corona, patente en el gobierno del virrey Toledo, por reducir drásticamente el número de litigios entre los indios, y entre españoles e indígenas, no se justificaría en un número excesivo de causas judiciales, sino en el propósito tuitivo que tendría la Corona para con los indios, al procurar alejarlos de los abogados y procuradores venales, valiéndose de la calificación jurídica de "miserables" (dignos de protección) que ya les había dado el Rey desde los primeros años de la colonización.

Con todo, el alto índice de litigiosidad entre los indios parece que provino, a juicio de Honores, de "las presiones de la colonización sobre los recursos y población india", lo cual "era fruto de la creciente actividad económica que involucraba a la sociedad andina (contratos, censos, arrendamientos, pagos adeudados)"; a ello debe agregarse el propósito de afirmación de la autoridad real sobre el territorio colonial, manifiesto en el énfasis puesto en el rol de la justicia real para dilucidar preferencialmente derechos.

Estas cuestiones y otras, como las relativas a los tipos de litigios que se generaron, las estrategias desenvueltas y los intereses defendidos, que sirvieron precisamente para dar contenido a la visión social de los legisladores, han sido registrados para nosotros por Honores gracias al examen que realizó de los expedientes judiciales felizmente conservado en el Archivo General de la Nación, en Lima.

La tesis, como cualquier trabajo de investigación, demandó una

definición de su ámbito y, por ende, de los límites de sus proyecciones. A pesar de las advertencias del autor a este respecto, nos dejó la insatisfacción de un método de trabajo insuficientemente aprobado al haberse restringido la muestra de fuentes bajo examen; sin embargo, también nos transmitió la esperanza de que las preguntas suscitadas puedan ser respondidas en trabajo subsiguientes: ¿es la visión social solamente un marco teórico propicio para el estudio de los materiales jurídicos o es un dato histórico-jurídico asociable a la mentalidad de los juristas de la época?

Porque sea cual fuere la respuesta, lo meritorio de la tesis que comentamos reside en obligarnos a estas nuevas preguntas si queremos avanzar en el conocimiento renovado de la historia jurídica peruana. Ya nos vaticinaba Ortega y Gasset este tipo de trabajos al referir aquella motivación existencial y urgente en cada generación por reescribir para sí la historia que les da sustento. En esta avanzada se inscribe la tesis y otros trabajos precedentes, por obra de una generación de jóvenes abogados egresados de nuestra casa de estudios.

René Ortiz Caballero

**CPT**  
**Pensando en  
sus clientes  
ofrece el  
nuevo servicio  
de información  
especializada**

**1 2 3**



Horario de atención inicial  
de Lunes a Sábado  
de 08:00 h a 18:00 h.

La Compañía Peruana de Teléfonos, en concordancia con sus postulados de crecimiento, diversificación y consolidación de la calidad del servicio y con el fin de brindar todo tipo de información especializada a los clientes que soliciten atención a través del código "123", pone a disposición el nuevo **SERVICIO DE INFORMACION ESPECIALIZADA "123"**. El "123" prestará inicialmente los siguientes servicios:

**CPT MATRIZ**

Información sobre los trámites administrativos y operativos, dando a conocer tarifas de servicios telefónicos y servicios suplementarios.

**CPT CELULAR,**

Tarifas, promociones, beneficios, servicios y procedimientos.

**CPT TELEDATA,**

Servicios en general.

**CPT GUITEL,**

Promociones y servicios.

**CPT TELEQUIPOS,**

Tarifas, beneficios y servicios en general.

**INFORMACION HORARIA**

Hora local y la diferencia horaria de todos los países y ciudades del mundo en relación a Lima. Los Códigos y tarifas a nivel nacional e internacional.

**INFORMACION SOBRE EL CAMBIO DE VALOR DIARIO DEL DOLAR Y ACCIONES CPT**

Cronograma de entrega de acciones y lugares donde se pueden recoger las acciones.

**INFORMACION DE FARMACIAS**

Se proporcionarán números telefónicos y direcciones de farmacias que brindan atención en horarios especiales de lunes a domingo y de atención 24 horas.

Desde hace 105 años, la CPT trabaja para el futuro, basándose en un presente de alta tecnología.



Empresa Privada de Telecomunicaciones.

## INVIRTIENDO EN EL PERU. Guía legal de negocios.

Beatriz Boza (editora). 1993. 332 pág.



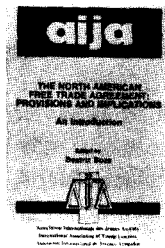
De aparición reciente en nuestro medio y previamente en los Estados Unidos, el libro bajo comentario ha recibido una acogida inusual para una publicación que trata sobre el Perú. Y creemos que ahí, precisamente, radica el mérito del mismo:

«Doing Business...» ofrece al inversionista una herramienta de trabajo con la que, hasta hoy, no contaba.

«Invirtiendo en el Perú» está compuesto por artículos de autores peruanos -la mayor parte de ellos miembros del cuerpo docente de nuestra Facultad- que examinan el nuevo panorama legal que ofrece nuestra legislación y que hace del Perú, en palabras de su editora, «una interesante y viable oportunidad para invertir en Latinoamérica».

La editora responsable de esta obra y, además, su principal promotora, es la Dra. Beatriz Boza Dibós. Ella, quien ha sido docente en nuestra Facultad, miembro del Comité Directivo de **THEMIS-Revista de Derecho** y que actualmente se desempeña como abogada en la ciudad de Nueva York, llevó a cabo una labor de edición digna del mayor reconocimiento: Desde que los artículos fueron solicitados a sus autores hasta la fecha de publicación del libro en su versión en inglés, no medió más de cuatro meses. Si se tiene en cuenta que en ese lapso se sucedieron las tareas de revisión, corrección, traducción, reenvío, así como todo el proceso relativo a la impresión del texto, podremos entender el innegable mérito del mismo.

La presente no es, sin embargo, la única experiencia editorial de la Dra. Boza. Hace unos meses, la ahora Presidenta de la Comisión de Asuntos Latinoamericanos del Colegio de Abogados de Nueva York, editó un libro bajo el título «The North American Free Trade Agreement: Provisions and Implications. An Introduction», que contenía diversos artículos relativos a la creación de este nuevo mercado común del norte.



Una especial mención por la aparición de «Invirtiendo en el Perú» merece PromPeru por haber financiado la edición del libro en inglés y por haberlo hecho, también, con la edición del mismo que pronto circulará, en castellano, en nuestro medio.

Aun cuando el libro aquí reseñado ha sido originalmente publicado en inglés, creemos que su difusión resulta del todo necesaria en nuestro medio. «Doing Business...» no sólo representa una excelente compilación de artículos pulcramente trabajados sino, por sobre todo, una herramienta de la mayor importancia y utilidad para cualquier inversionista, sea éste nacional o extranjero.

## **EN NOMBRE DE LA PAZ COMUNAL** **Un análisis de la Justicia de Paz en el Perú.**

**HANS-JURGEN BRANDT**

Primera Edición. Fundación Friedrich Naumann.  
1990  
524 pp.

Así se titula el novedoso estudio realizado por el juez y vocal de la Corte Provincial de Berlín Dr. Hans-Jurgen Brandt, entre 1983 y 1988 mientras se desempeñaba como coordinador de la Fundación. Este particular enfoque de la administración de justicia del Perú, descansa en el análisis de una de las instituciones judiciales mas invisibles: La Justicia de Paz no Letrada.



En sus siete capítulos el autor se propone diagnosticar su funcionamiento y la lógica de su actuación, con el fin de reflejar un parámetro comparativo de modelo alternativo de la administración de justicia. Desarrollando los perfiles de expectativas y aceptación de la población, los tipos de conflictos que se tramitan ante la justicia de paz, sus objetivos, secuencias y problemas; arribando finalmente a conclusiones que se trastocan en propuestas concretas para ella, y por extensión al conjunto de la administración de justicia.

La metodología empleada incluyó entrevistas a más de doscientos jueces de paz, la revisión de seis mil setecientos expedientes y encuestas a la población usuaria.

Creemos que a pesar del cambio de las condiciones sociales, económicas y políticas del tiempo de la investigación, la validez de los resultados, conclusiones y recomendaciones se mantienen aún vigentes, constituyendo un serio e importante aporte al entendimiento y mejora de la Administración de Justicia, en general.

## **LA AMAZONIA EN LA NORMA OFICIAL PERUANA:1821-1990**

**FRANCISCO BALLON**

CIPA. Centro de Investigación y Promoción Amazónica.  
1991. Cuatro tomos.

El Centro de Investigación y Promoción Amazónica, asociación civil creada en 1978 con el objetivo de organizar programas y estudios en favor de la población indígena de la Amazonía peruana; nos presenta un importantísima compilación sobre la acción normativa y administrativa -que comprende a más de dieciocho mil dispositivos legales consignados- tendientes a regir el potencial amazónico. Este trabajo ha sido realizado por el abogado Francisco Ballón Aguirre, socio fundador de la institución e investigador sobre temas de derecho consuetudinario indígena, etnias y derecho alternativo. Este esfuerzo que condensa más de diez años de paciente investigación abarca resoluciones ministeriales, leyes y decretos emitidos a lo largo de la vida republicana de nuestro país.



La clasificación se realiza a través de una distribución cronológica-temática lo que permite al lector identificar las preocupaciones políticas dominantes a través de las distintas etapas y gobiernos sin descuidar el rápido acceso a la información deseada.

De esta forma, el autor y el CIPA logran subsanar el escaso trabajo de investigación jurídica sobre esta área de importancia central para la vida y desarrollo nacional.

## **PUBLICACIONES INTERNACIONALES:**

**ALTERINI, ATILIO ANIBAL. LA INSEGURIDAD JURIDICA.** Abeledo-Perrot S.A.. 1era. Edición. Bs.As, 1993. 191 pág.

Se trata de un análisis técnico a propósito de la falta de certidumbre del Derecho vigente, su inestabilidad y su sostenido clima de impunidad; y de cómo ello genera renuencia en quienes invierten en la economía. El postulado de la seguridad jurídica es tratado, así, como un presupuesto ineludible para el progreso económico.



El libro aborda, también, el desprestigio al que se encuentra sometido el resguardo final de los derechos individuales, encomendado a jueces en quienes la mayoría no tiene depositada su confianza.

**ALTERINI, ATILIO ANIBAL y LOPEZ CABANA, ROBERTO M. Derecho de Daños y otros estudios. La Ley S.A. 1era. Edición. Bs.As., 1992. 397 pág.**

El libro recoge una serie de trabajos -treinta, aproximadamente- que giran, fundamentalmente, en torno al moderno Derecho de Daños. Entre los artículos que aparecen compilados, resaltan los siguientes: Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual: De la dualidad a la unidad; Responsabilidad Profesional: El experto frente al profano; Responsabilidad Civil de los medios masivos de comunicación; entre otros.

Aparecen en el libro, además, artículos de otros autores de renombre como Isidoro H. Goldenberg y Gabriel Stiglitz.

**DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, LUIS. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo I. Introducción. Teoría del Contrato. Editorial Civitas. Cuarta Edición. Madrid, 1993. 489 pág. Tomo II. Las Relaciones Obligatorias. Editorial Civitas. Cuarta Edición. Madrid, 1993. 895 pág.**

Esta cuarta edición de la muy difundida obra del profesor Diez Picazo y Ponce de León, introduce modificaciones importantes a las antiguas versiones de la misma. Dentro de las novedades que esta edición incluye, resalta de manera especial el aumento en el número de tomos que comprenden la obra. Los dos tomos que formaban las anteriores ediciones son hoy tres (el tomo adicional está dedicado a los derechos reales) y, es muy probable, que finalmente sean cuatro los que completen la edición.

Sin lugar a dudas, una obra de consulta obligatoria que, esperemos, pronto se encuentre circulando en nuestro medio.

**IGLESIAS, JUAN. Derecho Romano. Historia e Instituciones. Editorial Ariel S.A. Undécima Edición, revisada. Madrid, 1993. 663 pág.**

Se trata de una obra del más autorizado nivel. Juan Iglesias es, hoy en día y en opinión de los entendidos, la voz más importante de los romanistas de habla castellana.

El voluminoso ejemplar que reseñamos representa un profundo estudio de la sociedad romana y una advertencia del autor respecto de la comparación de aquélla con los tiempos actuales: Un derecho romano referido a sus fieles dictados normativos carece de sitio en el mundo actual. La sociedad romana -escuela de maravillas para algunos- no puede ser juzgada, en opinión de Iglesias, con el mismo rasero que la actual.

Escrito en un lenguaje muy propio del autor, el libro constituye un obra especialmente pedagógica y un verdadero clásico de la literatura romanista.

**THĒMIS - Revista de Derecho agradece a todas las personas e instituciones que de una u otra manera colaboraron con nosotros y sin cuyo apoyo no hubiese sido posible la publicación del presente número, en particular a:**

**Benites, Mercado & Ugaz, Abogados  
Estudio Barrios, Fuentes, Urquiaga & Dañino, Abogados  
Estudio Bellido  
Estudio Javier de Belaúnde, Abogados  
Estudio Luis Echeopar García  
Estudio Luna Victoria  
Estudio Olaechea  
Estudio Rodrigo, Elías & Medrano, Abogados  
Fernando Rizo-Patrón, Abogados  
Ferrero & Deustua, Abogados**

**Lorenzo Zolezzi, Carlos Cárdenas, Hugo Forno, Gastón Fernández Cruz,  
César Benites, Roger Yon, César landa, Hernán Lanzara, Ricardo León.**

**Asimismo, agradecemos a las siguientes personas:**

**Cecilia Cilloniz, Beatriz Landauro, Giovana Rodriguez, Claudia Larragán, Carmen Rosa Carrillo, Carla Patrón, Filiberto Tarazona, Rafael Picasso, Néstor Chacón, Katia Rivera, Armando Lazarte, Gilberto Luy, Ernesto Osma, Mary Galván, Norma Rodríguez, Ana Luisa Velarde, Gilberto Lui, Daniel Reyes, Andrea Portaro, Enrique Portaro, Oscar Picón, Carmen Valenzuela, José Delmar, Familia Duclos Parodi, Familia De La Vega Gómez Sánchez Milena Fratelli, Elena Romero, Javier Mori, Cecilia Flores, Mariela Guzmán y Rosa Contreras .**

**La presente edición de THĒMIS - Revista de Derecho se inició con la colaboración del ex-Comité Directivo Luis Abramovich y de los ex-miembros Guillermo Puelles, Pedro Ramírez y Ramón Vidurizaga; y, concluyó con la colaboración de los miembros Patricia Inga, Aldo Reggiardo, Miguel Ronceros y Nelly Vásquez.**

**Todos aquellos interesados en colaborar con THĒMIS - Revista de Derecho mediante sugerencias, comentarios o la publicación de artículos y/o investigaciones, podrán acercarse a nuestra oficina en el segundo piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú o enviarlos a la casilla postal 110711, Lima 11.**

**Los trabajos deberán entregarse en 2 ejemplares en formato A-4, a doble espacio, además de una copia en diskette (Word Perfect o Microsoft Word).**

**THĒMIS - Revista de Derecho agradece todo envío, no comprometiéndose a su publicación.**

