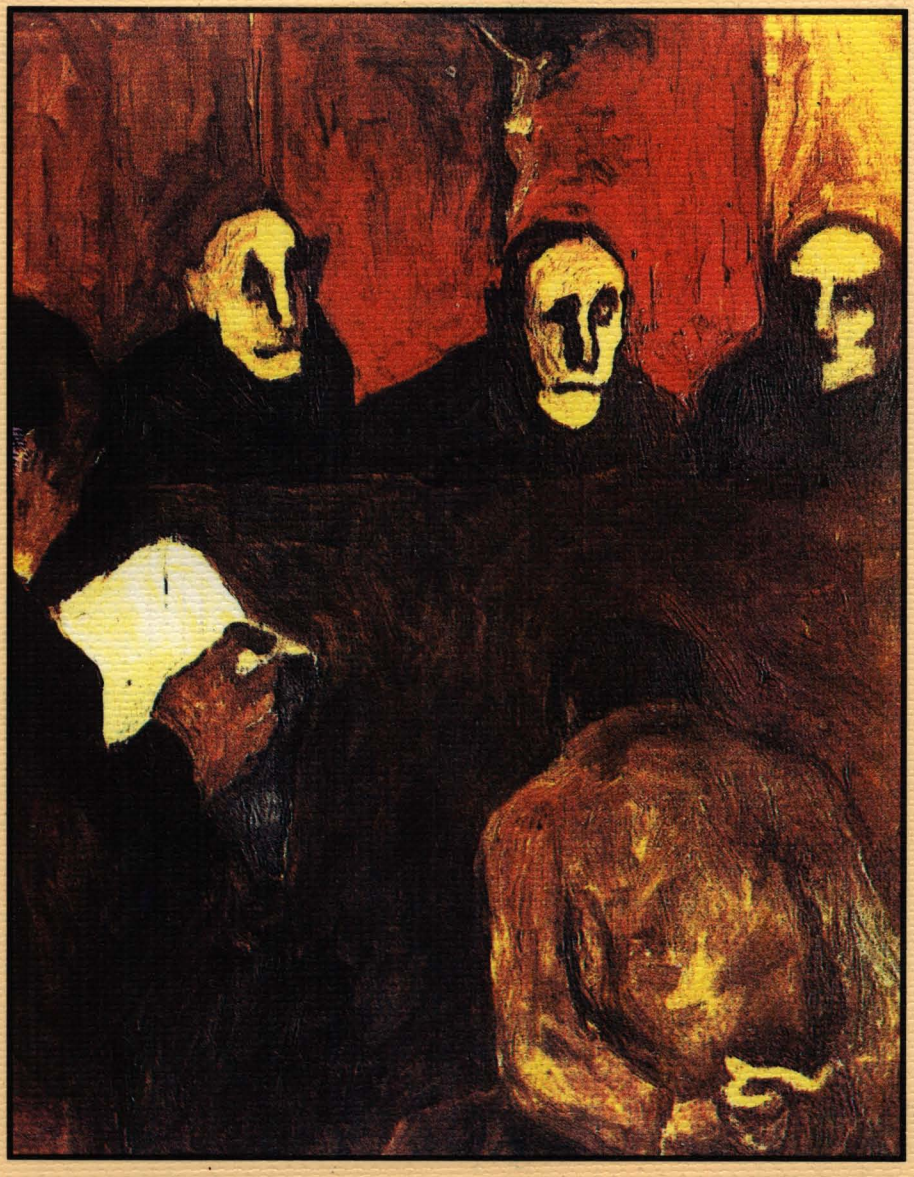
THĒMIS

Revista de Derecho



EDICION DE ANIVERSARIO

Lorenzo Zolezzi • Manuel de la Puente • Ramón Serrano • Jorge Avendaño • Fernando de Trazegnies • José María Castán • Felipe Osterling • Jack Bigio • Augusto Mario Morello Delia Revoredo • Carlos Cárdenas • César Fernández • Fernando Vidal • Roger Rodríguez Juan Monroy • Hugo Forno • Gastón Fernández • Eduardo Benavides • Alfredo Bullard Luis Pizarro • Lizardo Taboada • Francisco Avendaño • Carlos Ramos • Entrevistas a Jean Claude Javillier y Domingo García Belaúnde • Javier Mariátegui • Edgardo Mercado Eric Palacios • Enrique Felices

Segunda Epoca / 1994 / No 30



Víctor Humareda
***El Juzgado* (detalle)**
Oleo sobre tela. 60 x 80 cm

THĒMIS

Revista de Derecho

PRESENTACION

Los aniversarios de las obras colectivas pueden ser, algunas veces, mucho más significativos que los de aquellas de índole personal. Aunque no puede decirse que una obra colectiva involucre mayor dedicación y esfuerzo que un trabajo personal, su honda significación se encuentra en el efecto que se produce cuando un conjunto de personas aprende a dejar de lado cualquier diferencia, a ceder frente a las ideas de otros y a caminar en el mismo sentido. La significación de las obras colectivas para el hombre como ser social se encuentra justamente en el hecho de que, al realizarlas, afirma su propia esencia.

Quizás a algunos pueda parecer que la obra de reforma de nuestra legislación civil, que iniciaron en 1965 un grupo de destacados profesores de diversas universidades, culminó en noviembre de 1984 con la promulgación del nuevo Código Civil. Muy por el contrario, tenemos la impresión de que en noviembre de 1984 se inició una labor colectiva de mayor importancia, que aún no termina y en la que estamos comprometidas todas las personas vinculadas al Derecho en nuestro país. Desde quienes -como los jueces- tienen la enorme responsabilidad de aplicar con justicia e imaginación las normas del Código, hasta quienes se encuentran comprometidos en la diaria tarea de investigar, interpretar y recrear el Derecho positivo.

En esta tarea de creación y recreación del Código Civil, de una u otra forma, THĒMIS - Revista de Derecho *ha participado activamente. En nuestras páginas han aparecido publicadas las ideas de profesores y alumnos, de jueces y abogados, de legisladores e intérpretes. Y así, en la realización de esta labor creativa, hemos llegado -de forma casi imperceptible- a cumplir diez años y a publicar hoy nuestra edición número 30.*

Este no es, sin embargo, el único punto de contacto entre THĒMIS *y el Código Civil. Al igual que el Código -que se sigue creando día a día-,* THĒMIS *es una obra inacabada y, hasta podría decirse, inmadura. Esta inmadurez, que entendemos simplemente como la capacidad de seguir creciendo, es para nosotros una de las principales virtudes, no sólo de* THĒMIS, *sino de todas las revistas de estudiantes.*

Los diez años del Código Civil y de la segunda época de THĒMIS - Revista de Derecho, *que conmemoramos con esta edición, constituyen una ocasión propicia no sólo para reflexionar sobre el significado de ambas obras colectivas, sino también para reconocer el esfuerzo y agradecer la dedicación de todos los que han intervenido en su realización.*

A las generaciones que nos han precedido, queremos agradecer el inmenso honor que nos han dado, al permitirnos participar en el proyecto que un grupo de estudiantes ideó hace casi treinta años y otro grupo resucitó hace tan sólo diez. A las generaciones que aún no forman parte de la revista, pero que se integrarán en el futuro, queremos -al presentar nuestra edición número 30- dejarles el encargo de hacer crecer diariamente a THĒMIS.

Al encomendarles esta misión, nos parece oportuno tomar prestadas las palabras con que el doctor Fernando de Trazegnies culminó el discurso de orden que el 29 de abril pasado pronunció con ocasión de celebrarse los setenticinco años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú:

«Cada generación que asume el papel protagónico dentro de una institución, tiene una responsabilidad muy seria porque se encuentra obligada tanto con el pasado como con el futuro. Con el pasado, porque les es entregado un caudal que es producto del entusiasmo y de las fatigas y sacrificios de muchas vidas anteriores. Con el futuro, porque las generaciones que vienen nos piden siempre que rindamos cuenta de esa herencia recibida, que tenemos obligación de transmitir a los que siguen. Y el criterio de evaluación en estas rendiciones de cuentas generacionales es aquél que enseñó Cristo en la parábola de los talentos. No podemos despilfarrar lo recibido, pero tampoco basta que lo conservemos simplemente; tenemos la obligación de hacerlo crecer y entregarlo doblado».

Noviembre 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

Christian Carbajal Valenzuela
Javier De la Vega Gómez Sánchez
José Juan Haro Seijas
Patricia Inga Falcón
Miguel Angel Ronceros Neciosup

MIEMBROS

Margarita Díaz Picasso
Carlos Hamann García Belaunde
Denise Ledgard Antúnez de Mayolo
Cecilia O'Neill de la Fuente
Andrea Portaro Pancorvo
Cristina Rey Montes
Patrizio Rodríguez Terry
Juan Antonio Egüez Molina
Marina Lazarte Zabarburú
Eliana Lesem Guerra
Fernando Piérola Castro
Aldo Reggiardo Denegri
Claudia Reyes Juscamaita
Nelly Vásquez Jiménez
Gonzalo Zegarra Mulanovich

COMITE CONSULTIVO

Jorge Avendaño Valdez
Manuel De la Puente y Lavalle
Baldo Kresalja Roselló
Juan Monroy Gálvez
Carlos Cárdenas Quirós
Carlos Fernández Sessarego
Elvira Méndez Chang
Javier Neves Mujica
Fernando de Trazegnies Granda

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

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

Auspiciada por el Ministerio de Justicia: Resolución Ministerial N° 072-88-JUS del 15 de febrero de 1988

INDICE

9 **LOS DIEZ AÑOS DE LA SEGUNDA EPOCA DE** THĒMIS - Revista de Derecho
Los primeros años de THĒMIS
Entrevista a Domingo García Belaúnde
Esta casa, nuestra casa
Enrique Felices
THĒMIS 30
Paul Duclós

17 **SETENTICINCO AÑOS DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU**
Discursos de los doctores:
Lorenzo Zolezzi Ibárcena
Jorge Avendaño Valdez
Fernando de Trazegnies

29 **LOS DIEZ AÑOS DEL CODIGO CIVIL DE 1984**
El Código:
29 La codificación
Manuel De la Puente y Lavalle
Título Preliminar:
37 El artículo VI del Título Preliminar del Código Civil
Juan Monroy Gálvez
Derecho de las Personas:
49 El artículo 1 del Código Civil Peruano y su criterio sobre el comienzo de la vida humana
José María Castán Vásquez
Acto Jurídico:
57 León Barandiarán y el Código Civil de 1984
Fernando Vidal Ramírez
61 La necesidad de abandonar la concepción clásica del acto jurídico
Lizardo Taboada Córdoba
67 Algunos apuntes dogmáticos sobre el concepto de negocio jurídico
Eric Palacios Martínez
Derecho de Familia:
81 Notas sobre el Libro de Familia del Código Civil
Róger Rodríguez Iturri
97 La idea de familia en el Código Civil Peruano
Carlos Augusto Ramos Núñez
Derecho de Sucesiones:
109 Breves apuntes sobre la colación en la legislación peruana
César Fernández Arce

Derechos Reales:

117 El derecho de propiedad en la Constitución
Jorge Avendaño Valdez

123 La ejecución de la hipoteca
Francisco Avendaño Arana

Las Obligaciones:

129 La controversia sobre las obligaciones naturales
Felipe Osterling Parodi

141 Hacia la reforma del Libro VI del Código Civil
Carlos Cárdenas Quirós

149 La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú
Gastón Fernández Cruz

175 El cumplimiento de prestaciones dinerarias en el Código Civil Peruano
Eduardo Benavides

Fuentes de las Obligaciones:

185 El principio de la retroactividad de la resolución contractual
Hugo Forno Flórez

197 El contrato de arrendamiento
Jack Bigio Chrem

207 Estrategias de Derecho privado para conservar la naturaleza y luchar contra la contaminación ambiental
Fernando de Trazegnies Granda

Registros Públicos

221 Reflexiones sobre el Libro de Registros Públicos del Código Civil
Luis Pizarro Aranguren

Derecho Internacional Privado:

231 La autonomía de la voluntad y ley aplicable al contrato internacional en Latinoamérica
Delia Revoredo de Mur

243 **NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO PRIVADO**

243 La legislación antimonopólica y el mito del Muro de Berlín
Alfredo Bullard Gonzales

261 El proceso civil colectivo
Augusto Mario Morello

271 **INTERDISCIPLINARIAS**

271 La cronicidad en Psiquiatría y los derechos de los enfermos mentales en el Perú
Javier Mariátegui

279 En las puertas del siglo XXI: el rol y las tareas morales de los estudios jurídicos modernos
Edgardo Mercado Neumann

287 Flexibilización y Derecho del trabajo
Entrevista a Jean-Claude Javillier

291 El Derecho y la crisis
Ramón Serrano Suñer

295 La elección colectiva y el análisis económico de los procesos políticos
Enrique Felices Saavedra

309 Página universitaria

311 Reseñas de libros

LOS DIEZ AÑOS DE LA SEGUNDA EPOCA DE THĒMIS - Revista de Derecho

En 1965 apareció por primera vez en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, una revista jurídica editada por estudiantes. Hasta entonces, todas las publicaciones especializadas en Derecho habían sido editadas por instituciones académicas, por profesores, por profesionales. Con THĒMIS, *los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica empezaron a recorrer una nueva vía, una que les mostraba que podían ser no sólo consumidores del pensamiento legal, sino también activos productores de él. El esfuerzo era titánico, pero a pesar de las dificultades se mantuvo por un buen tiempo. Casi cinco años duró la lucha por mantener el nuevo medio de expresión. Algún tiempo después, la experiencia sufrió un receso.*

Sin embargo, la huella que dejó THĒMIS *en sus primeros años fue muy profunda. Marcó no sólo a los alumnos de la Facultad, sino que a la Facultad toda con un aire de frescura, de renovación, de juventud. Tan profunda fue la huella de* THĒMIS *que, casi veinte años después, un nuevo grupo de estudiantes decidió continuar la labor emprendida en los años sesenta, con el mismo espíritu, con la misma pasión y con un compromiso muy grande con el pasado y con el futuro de la revista. Desde que la segunda época de* THĒMIS *se inició en 1984, se han editado 30 números. Una tras otra, las ediciones se han ido sumando, incrementando el material jurídico en nuestro medio y siendo muestra palpable de la enorme capacidad que tienen los jóvenes cuando sueñan.* THĒMIS *es un sueño. Un sueño que han hecho realidad generaciones de estudiantes. Una institución en eterno cambio, un proyecto en formación, una historia.*

Las líneas que siguen corresponden a dos aproximaciones a la historia de THĒMIS - Revista de Derecho. *La primera, de Domingo García Belaunde, es el testimonio del fundador. La segunda, de Enrique Felices Saavedra y Paul Duclós Parodi, es el reflejo del sentir de la nueva generación de* THĒMIS. *Los inicios y el momento actual; los dos extremos de la historia de* THĒMIS.

LOS PRIMEROS AÑOS DE THEMIS

Entrevista a Domingo García Belaunde*
Profesor de Derecho Constitucional
Pontificia Universidad Católica del Perú
Fundador de THĒMIS

THĒMIS: *En 1965, cuando usted y un grupo de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica fundan lo que después se ha llamado «la primera época de* THĒMIS*», ¿pretendían tan sólo construir una revista de Derecho o quizá, ya en los primeros momentos, vislumbraron la idea de aquello que después se convirtió en la Asociación Jurídica* THĒMIS?

GARCIA BELAUNDE: Bueno, lo que pretendí y que luego compartí con algunos amigos de entonces, fue que los alumnos se expresasen. En la época en que se fundó THĒMIS, a mediados de los años 60, había una especie de separación entre las au-

* La entrevista fue realizada y editada por José Juan Haro Seijas, miembro del Comité Directivo de THĒMIS - Revista de Derecho.

toridades y los alumnos, muy cordial, pero una separación al fin y al cabo. Podría decirse que el ambiente era muy formal, muy distante; autoridades por un lado y alumnos por otro. La revista de la Facultad (DERECHO) era entonces un mamotreto frío, rígido y denso.

En ese contexto, la idea era canalizar la voz de los estudiantes, con la colaboración de los profesores más amigos de los estudiantes y también buscando algunas colaboraciones extranjeras. Ese fue el inicio. Y así lo hicimos, durante mucho tiempo, durante dos o tres años, hasta que al final quisimos darle una permanencia a esos esfuerzos y a nuestras reuniones de estudio, y de esa idea se originó la Asociación Jurídica THĒMIS, que constituimos en el año de 1967, por escritura pública. Entonces, la constitución de una asociación jurídica fue la consecuencia del progreso de la revista, que tenía fines muy concretos. Pero lo que pensamos en un primer momento fue simplemente crear un espacio para el alumno en una Universidad muy tradicional, muy solemne.

THĒMIS: ***¿Usted piensa que las circunstancias en las cuales nació la primera época de*** THĒMIS, ***fueron radicalmente distintas a las que rodearon el nacimiento de la segunda época de la revista, o es que tal vez nuevamente en la Facultad de Derecho no existía el espacio necesario para que los alumnos se expresaran?***

GARCIA BELAUNDE: Yo diría que la revista DERECHO, a raíz de haber dejado de aparecer THĒMIS el año 69-70, inició un proceso de fusión con nosotros, de lo cual hay testimonio escrito y oral también. Hay personas que conocen directamente esta historia, particularmente el Decano, que en esa época era el doctor Felipe Osterling...

THĒMIS: ***Incluso la revista DERECHO ha publicado hace unos años una recopilación de su Historia, en la que -como una de sus épocas principales- incluye la etapa de influencia de*** THĒMIS[1]...

GARCIA BELAUNDE: Así es, existe una historia escrita donde se presenta el acercamiento que hicimos entre ambas revistas, con la intención de integrar el elemento alumnado con el elemento profesorado, sobre la base no de la continuación de cualquiera de las dos revistas, sino sobre la base de la constitución de una nueva revista, que asumiese a ambas. El problema fundamental era que había que buscar un nuevo nombre y una nueva estructura. Eso lo tenían a su cargo los directivos de THĒMIS en aquella época, que lamentablemente por motivos que yo no recuerdo o desconozco, no llegaron a concretar el proyecto. Como nosotros, o sea Baldo Kresalja y yo -miembros del grupo fundador de THĒMIS- éramos ya profesores, nos parecía un poco delicado empujar esa cuestión, y eso se lo dejamos a la gente que estaba en actividad. Quizá por no hacer nada, al final la idea no prosperó. Así, la revista DERECHO siguió saliendo y retomó sus cauces. Pero ¿qué hizo en el camino? Se modernizó, cambió su estructura, se agilizó en su contenido e incorporó alumnos, que era justamente todo lo que habíamos pedido nosotros. Bien podría decirse que las cosas cambiaron radicalmente gracias a nosotros. THĒMIS desapareció, pero DERECHO, en su versión rediviva, en el fondo superó lo esperado.

En tal sentido, pienso que la segunda época de THĒMIS nace en condiciones más favorables, porque ya había antecedentes y un ambiente mucho más flexible, por así decirlo, en el claustro de Derecho. Nosotros tuvimos que romper con todo un ambiente muy tradicional, con tabúes. Si bien la revista en la segunda época ha superado largamente a la primera, en proyecciones, en presentación gráfica y en varias otras cosas más, el nacimiento de la primera -en sí misma- fue un desafío muy duro. Pero creo que cada época tiene sus propios méritos.

THĒMIS: ***Tenemos la impresión de que la historia de la revista DERECHO está muy ligada a la de*** THĒMIS, ***no sólo en sus inicios, sino también como referente en la actualidad. Hoy la revista DERECHO es una revista anual, ágil, muy bien llevada, pero que tiene menos producción que las tres revistas jurídicas estudiantiles de la Pontificia Universidad Católica del Perú en conjunto. ¿No siente usted que la producción de las revistas estudiantiles en este momento es mucho más importante que la de la revista DERECHO?***

GARCIA BELAUNDE: En términos generales sí, y eso se debe a que no ha habido un interés de la Facultad en dar un nuevo «empujón» a la revista DERECHO para *aggiornarla*. El gran estímulo que tuvo la revista DERECHO fue en los años en que THĒMIS salió en su «primera época», cuando nosotros planteamos una fusión que al final no se concretó. En ese momento dio un gran salto, un sal-

[1] Hacemos referencia al relato que se incluye en las primeras páginas de: RAMOS, Jorge Antonio. *Indice de la Revista DERECHO (1944-1986)*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990.

to cualitativo inmenso que significaba ir mucho más lejos de lo que había sido en sus inicios, desde que fue fundada en 1943.

Luego de eso no se hizo ningún nuevo esfuerzo y hasta ahora continúa así. A mi modo de ver, lo que ha sucedido es que la aparición de nuevas revistas estudiantiles ha significado decididamente una competencia muy fuerte con la revista oficial de la Facultad que conduce a la larga a superarla, en periodicidad, en actividad, inclusive en la actualidad de sus artículos.

Eso se debe exclusivamente a que no ha existido interés específico en ella. No es que en el aparato administrativo de la Facultad no exista gente capaz de hacer una mejor revista, de hecho estoy convencido de que la hay; el problema es que no habido una preocupación especial. Imagino que los problemas curriculares, el dictado de clases o los problemas netamente administrativos han sido más urgentes. Pero lo objetivo es que DERECHO no ha avanzado y que las revistas estudiantiles la han superado, han tenido más éxito.

THĒMIS: ***Existe la concepción de que si bien recientemente se ha multiplicado la producción de libros en el Perú, la mayor parte de la doctrina nacional se hace a través de revistas. ¿Cree usted que esto que podríamos llamar «el movimiento de las revistas estudiantiles en el Perú» -que*** THĒMIS ***inicia- ha empujado a la doctrina nacional, motivando a los profesores y a los propios estudiantes a investigar y escribir más?***

GARCIA BELAUNDE: Bueno, yo diría que es normal que las revistas condensen lo principal de la actualidad jurídica. Eso sucede en todas partes, porque a la larga el libro es una especie de precipitado de reflexiones, de investigaciones realizadas durante un tiempo más o menos extenso. Todos los grandes libros -por lo general- han aparecido primero en revistas, aunque ciertamente existen muchos artículos que se quedan en revistas y que nunca son recogidos en libros. Es normal que la revista lleve la última voz en materia de investigación jurídica y que eso sea el prolegómeno para el libro, en algunos casos; sea de que se amplíen los temas y el artículo se convierta en un libro, o sea de que los autores recopilen sus artículos y les den unidad a través del libro, que es un estilo que se usa también mucho. Eso me parece normal y demuestra que estamos a nivel de los tiempos, que las revistas jurídicas se adelanten en la investigación. También me parece que es un síntoma de que la vida de las revistas jurídicas en nuestra Universidad es realmente vigorosa.

THĒMIS: ***Siendo nuestra Facultad de tradición tan fuertemente civilista, cuando se fundó*** THĒMIS ***¿por qué no se pensó en editar una revista especializada en el Derecho Civil, y más bien se creó una revista, por así llamarla, «interdisciplinaria dentro del Derecho»?***

GARCIA BELAUNDE: Bueno, porque nosotros traíamos una formación humanista, propia de los estudiantes de Derecho en la Católica. Esta es una formación de dos años que se imparte aún en Estudios Generales Letras.

Por otra parte, la idea que teníamos en esa época era que el abogado es el hombre que tiene una cultura jurídica general. Que en la vida diaria uno se incline por el Derecho Civil, el Derecho Mercantil, el Derecho Tributario, eso no viene al caso, pues el abogado debe tener una visión de conjunto, porque a larga el Derecho es uno solo, sus categorías son las mismas en todas partes. Lo que sucede es que las especialidades se van bifurcando y entonces se van creando características según las áreas. Básicamente tenemos el Derecho Civil y todo el resto se le parece un poco, y el Derecho Penal y todo el resto se le parece un poco, a nivel de Derechos generales. Igual los procesales, que son muy parecidos entre sí.

Nunca se nos ocurrió hacer una revista especializada. En nuestra época habían revistas especializadas en materia laboral y en materia tributaria, pero ellas eran publicadas por profesionales vinculados a entidades laborales, a entidades tributarias, dedicados a ello y que se desempeñaban profesionalmente en esos campos. Era normal que un profesional, ya especializado, estuviera cerca de una revista especializada. Pero eso no era normal para un muchacho que se estaba formando en todas las ramas jurídicas.

Fuimos conscientes de que primero necesitábamos la formación general integral, y luego la vida, las circunstancias o la vocación deberían ser las que nos fueran especializando. Por eso es que nunca pensamos en una revista especializada. Así sucedió con nosotros y me imagino que lo mismo habrán pensado quienes iniciaron la segunda época.

THĒMIS: ***Cuando se funda la revista, el reto era romper con un ambiente tradicional. El reto, para quienes fundaron la segunda época era bien distinto. Sin embargo, no podemos olvidar que ya nos separan diez años del nacimiento de la segunda época, y -en consecuencia- también las circunstancias de vida en este lapso han cambiado. Esto nos obliga, tal como lo vemos, a definir claramente los nuevos desafíos a los que nos debemos en-***

frentar. Personalmente, ¿espera mucho de las revistas de estudiantes en la actualidad? ¿Cuáles son las nuevas metas que deben rebasar? ¿Qué futuro le aguarda a este tipo de publicaciones?

GARCIA BELAUNDE: Yo diría que las revistas de estudiantes en el momento actual del Perú están llamadas a tener mucho más vida y más influencia que las revistas que son órganos estables de instituciones académicas.

La revista que es órgano estable de una institución académica, como puede ser la revista publicada por una Facultad de Derecho de cualquier parte del país, en el fondo tiende a ser órgano de expresión de su actividad (de sus profesores, de sus tesis, de los hechos que se suscitan en sus claustros) y un poco de las investigaciones que se manejan dentro de ellas, dando prioridad a ciertas áreas. Yo diría que las revistas editadas por las Facultades y por las Universidades tienden un poco a cierto inevitable burocratismo, lo cual no impide que tengan algunas cosas valiosas y que almacenen material importante.

La ventaja que tienen las revistas de estudiantes es que son dirigidas por muchachos que tienen mucho más tiempo disponible, no están atados por las especialidades, están abiertos a todas las áreas, están inquietos por formarse y eso los hace lanzarse más hacia la aventura, más a la novedad, más a la actualización, más al servicio.

Los jóvenes toman esto con un criterio muy creador, muy innovador, muy gerencial -por así llamarlo, en el sentido de crear, innovar, estar al día, ser competitivos-, mientras las revistas simplemente institucionales salen de todas maneras, tienen un presupuesto fijo, dan cuenta de lo básico y tienen que salir porque tienen que salir.

Ahora, debo aclarar que esto no es una norma general. He tenido oportunidad de revisar algunas revistas europeas que son editadas por Facultades de Derecho y hay números muy buenos. Sin embargo, normalmente las revistas que son creadoras no son aquellas que son órganos de instituciones, sino aquellas que son editadas por consejos o institutos de investigación científica, organizaciones que en nuestro medio no existen.

THĒMIS: *Usted valora mucho el aporte de la juventud y de los estudiantes. ¿Por qué se pensó desde un primer momento que* THĒMIS *debía ser una revista editada exclusivamente por estudiantes?*

GARCIA BELAUNDE: Desde el primer momento la revista estuvo ligada al estudiante, porque nacimos justamente con el objetivo de ser un medio de expresión para ellos, en una Facultad muy tradicional, que en la práctica nos ignoraba.

Luego pensamos que la especificidad, que la personalidad de la revista, debía ser la de una revista editada por alumnos, porque ya existían revistas editadas por instituciones, existían revistas editadas por entidades privadas y fundaciones, existían revistas internacionales que eran editadas por grandes comités, pero no existían revistas editadas por estudiantes. Se planteó que desde el momento que dejáramos de ser estudiantes, debíamos dejar la revista. Esa fue nuestra idea: dejar la revista en nuevas manos, para que otros se encargaran de ella y la posta se fuera retomando.

THĒMIS: *En un número de la primera época, escribió usted: «Un día no lejano, el actual Consejo de* THĒMIS *desaparecerá para dejar paso a las nuevas promociones. "Renovarse es vivir", dijo Enrique Rodó, y* THĒMIS *debe vivir»*[2]. *¿Se sintió un poco frustrado cuando ese paso no fue tan exitoso como se esperó y cuando la revista dejó de existir en su primera época?*

GARCIA BELAUNDE: Bueno, evidentemente, dedicar muchas horas de esfuerzo en una época en que todo era adverso, en que a THĒMIS no la conocía nadie, era un triunfo en el medio, porque había que mendigar papel, mendigar avisos, mendigar colaboraciones y escaparse de las clases para hacer esas gestiones, sobre todo porque en esa época las clases eran de lista obligatoria y nadie nos daba permiso para salir.

Todo este gran esfuerzo, de reunirse en las noches en nuestras propias casas, de corregir pruebas (en esa época no habían diskettes), de trabajar con los plomos de imprenta, todo ese trabajo se discontinuó e indudablemente nos dio pena. Era ver el fruto de mucho tiempo frustrado y quisimos remediarlo. No pudimos y ahí quedó el intento. Y después sucedió lo que siempre sucede en la vida: uno se embarca en otros proyectos y se va olvidando y le queda esto como una aventura juvenil de grato recuerdo y nada más. Pero, indudablemente, toda empresa que se frustra produce pena, eso no se puede negar.

THĒMIS: *Y cuando los fundadores de la segunda época se acercan a usted para proponerle*

[2] GARCIA BELAUNDE, Domingo. "El significado de THĒMIS". En: THĒMIS, Año 3, nº 6. Lima, 1967.

la idea de «resucitar» a THĒMIS, *¿en qué pensó?*

GARCIA BELAUNDE: Fue una sorpresa, por cierto. Yo no me lo esperaba. A THĒMIS lo tenía como un proyecto muy modesto, pero que había quedado grabado en la historia, en la pequeña historia. Me dio una gran sorpresa y una gran alegría que me vinieran a pedir permiso para usar el nombre, pues estaba registrado y además teníamos derecho sobre él. Me pareció una actitud muy cordial, muy honesta, muy generosa de parte de la gente joven y, como es natural, yo me reuní con todos los miembros de la primera época y les informé acerca del proyecto, comentándoles que me había permitido adelantar mi opinión favorable. Al mismo tiempo, les solicité su opinión, porque todos fuimos una hermandad de trabajo y debíamos continuar así, aun veinte años después, o más.

Posteriormente tuvimos unas reuniones sociales y de trabajo con la gente de la nueva y la antigua época, y quedó formalizado ese vínculo, de manera que cuando salió la revista fue una sorpresa gratísima, pues vimos que todo esto era realmente algo muy superior a todas nuestras expectativas. Así se los dije a los fundadores de la segunda época y aún hoy lo sigo pensando.

THĒMIS: *¿Cuál cree usted que fue, más de veinte años después, el principal mérito de* THĒMIS, *en su primera época?*

GARCIA BELAUNDE: Haber sido pionera. Nos faltó mucho, tuvimos muchas deficiencias, pero fuimos pioneros. Tuvimos todas las carencias y todos los méritos que tienen los pioneros. Sólo eso.

THĒMIS: *De la segunda época, ¿qué rescataría usted?*

GARCIA BELAUNDE: Rescato el hecho de que se reúna gente joven, alumnos, gente con entusiasmo, que está en contacto con profesores extranjeros, que hace una revista más periódica, más estable, con un adelanto importante en su extensión, con una estructura mucho más compleja en su manejo interno, y con una capacidad de reto para las cosas del día, de actualidad, del momento...

THĒMIS: *No eran ustedes veinte miembros, como ahora...*

GARCIA BELAUNDE: No, éramos menos. El proyecto al principio lo concebí yo solo y se lo confié a dos compañeros más que me ayudaron mucho: Luis Stucchi y Jaime Thorne. Después llegamos a cuatro y en el mejor de los momentos fuimos siete. Quizá contando a los exmiembros, en el último número de la primera época, hay diez personas cuando mucho.

THĒMIS: *¿No siente usted un poco que las convocatorias abiertas y los concursos de admisión de nuevos miembros que todos los ciclos hacemos son la realización de la idea cuya, expresada en la frase «un día no lejano, el Consejo de* THĒMIS *desaparecerá, para dar paso a las nuevas promociones»? ¿No siente que esta idea que usted tuvo en la primera época recién han podido cristalizarse en la segunda?*

GARCIA BELAUNDE: Así es, y superada. Porque indudablemente la renovación en la primera época, debo decirlo sin falsos escrúpulos, la hice yo a título personal. Tuve que hacerlo así; uno, porque no había otro sistema, y dos, porque tenía que recurrir a los amigos. En esa época, hubo gente que yo llamé y se negó. Había que pedir a la gente amiga que nos hiciese el favor de estar en THĒMIS. Entonces, no había otra alternativa que yo buscase y llamase a mis amigos. Todos los que estaban en la revista lo eran. Hubo muchos que no quisieron ayudar. Aunque parezca hoy día gracioso, hubo gente que no aceptó. Ustedes ya han institucionalizado el sistema de renovación. Han ido mucho más lejos.

THĒMIS: *Para finalizar, la relación entre* THĒMIS *y la Pontificia Universidad Católica del Perú es bastante estrecha, justamente porque todos sus miembros son de la Universidad Católica. Hace algún tiempo alguien propuso ampliar la convocatoria de la revista hacia gente de otras universidades. ¿Qué opina al respecto? ¿No siente que parte de lo que es* THĒMIS *lo es justamente porque sus miembros son alumnos de la Universidad Católica?*

GARCIA BELAUNDE: Bueno, ésa es una pregunta muy difícil. Yo me siento unido a la Católica por muchas razones. Mi padre y mi abuelo fueron profesores de aquí, y yo lo soy también. Entonces, yo estoy unido tres, y hasta cuatro generaciones, a la Universidad. Con todos sus defectos y sus limitaciones, me siento unido a ella.

Sostengo a título personal -y siempre lo creímos los fundadores- que THĒMIS era una revista de la Católica, pero no únicamente para la Católica: pensamos que también era una revista para los demás. Siento que si la revista amplía su marco y pone a gente que no es de la Católica, a mí, no digamos que me mortificaría porque la dirección actual es libre de tomar sus propias decisiones, pero me sorprendería.

Ahora, si THĒMIS -por ejemplo- busca corresponsales en provincias, esto sí me parece atendible, porque si la Universidad está

centrada en Lima no podemos pretender que un corresponsal de Trujillo sea de la Católica cuando allá no hay Universidad Católica. Sin embargo, el espíritu de la revista -en mi opinión- si quieren mantener lealtad a lo que siempre fue THĒMIS, a la idea de los fundadores de la primera y de la segunda época, y a la característica de la revista, es el de ser órgano de expresión de los alumnos de la Católica, volcado hacia el exterior, con la colaboración del exterior, inclusive con el título de corresponsal en provincias o en el extranjero, pero creo que nada más.

ESTA CASA, NUESTRA CASA.

Enrique Felices Saavedra
Ex-miembro del Comité
Directivo de
THĒMIS - Revista de Derecho
Diciembre 1992 - julio 1994

...with little hands,
Comes and touches you
With a thousand memories,
And asks you
Beautiful, unanswerable questions.
Carl Sandburg

Puede decirse que para quienes dejamos en algún momento la revista, diez años atrás o hace apenas unos meses, la sensación que nos produjo tal alejamiento fue similar a la que, en una circunstancia diferente, nos procuraría tener que abandonar una casa que habíamos ocupado por muy largo tiempo y que guarda para nosotros los recuerdos más memorables. Cuanto más gratos fuesen esos recuerdos, mayor sería la pena que nos causaría desocuparla y emprender una mudanza forzosa con nuestras cosas a cuestas. Es seguro, sin embargo, que con el tiempo habríamos de volver. Regresaríamos ocasionalmente para contemplarla, asomándonos desde una distancia prudente y casi con alivio, como para asegurarnos de que todavía se mantiene en pie, como hasta entonces; pero, por sobre todo, para no permitirnos olvidar que en ningún lugar se está mejor que en casa.

THĒMIS es de aquellas casas que nunca se dejan del todo. Y es que, a pesar de que como buenos inquilinos, y respetuosos, hemos consentido en entregar pacíficamente nuestras llaves al cabo de nueve ciclos, sabemos que al dejar THĒMIS estaremos perdiendo sin remedio bastante más que unas cuantas habitaciones. Desde el momento en que ingresamos a la revista, y con mayor intensidad conforme nos fuimos adentrando en ella, encontramos ante nosotros una serie de opciones que nunca hasta entonces habíamos tenido al alcance y que, como sólo aprendimos luego de algún tiempo, se hallaban definidas en gran medida por las dimensiones de nuestras propias expectativas y deseos.

THĒMIS nos ofrece un espacio, extenso y abierto, en donde podemos trabajar libremente. En este lugar soñado, no existen mayores límites que los que fija nuestra capacidad de hacer, de repensar las cosas, de recrear una y otra vez las formas en que nos llega la tradición; no hay, tampoco, más autoridad que la de los rigores que es capaz de imponer la propia voluntad, ni mayor compromiso que el acordado, tácitamente y casi en secreto, con quienes nos precedieron en esta tarea. Por eso, en THĒMIS hay un lugar para todos, sin excepción; incluso para aquellos que, agobiados por los continuos embates que les provoca una vocación incierta, encuentran en la revista el refugio inmensamente anhelado donde esperar un claro de luz que, por duro que parezca, no siempre llega.

THĒMIS nos enfrenta permanentemente a nuevas exigencias y con ello nos enseña a levantar la cubierta polvorienta que oculta a lo cotidiano lo mejor que existe en nosotros. Limpios de polvo, nos desprendemos de aquello y lo entregamos a cambio de todo lo recibido: este es el prodigio de la continuidad. Y en este camino por develar lo mejor que hay en nosotros, hemos alcanzado, casi inadvertidamente, diez años de vida continua; o treinta ediciones, si queremos verlo de otra manera, como vería un hombre cualquiera su condición de padre reflejada en la imagen de sus hijos. Se trata, sin duda, de un acontecimiento especial, pleno de significado y de profunda pertenencia; es tan importante y único de veras que a pesar de que volvamos a recorrer durante diez años el mismo trecho, y caminemos diez más encima de aquellos, jamás podremos verlo idénticamente repetido.

La ocasión que celebramos es singular y creo que, en el fondo, también tiene mucho que ver con esa empecinada urgencia por regresar a casa que sólo la distancia y el paso del tiempo son capaces de alimentar. Hoy, quienes hemos formado parte de THĒMIS - Revista de Derecho, celebramos la alegría de estar juntos nuevamente, reunidos dentro de esta casa grande como una familia de parientes dispersos que al cabo de mucho vuelve a congregarse. Estamos todos, los más viejos y los más jóvenes; están incluso aquellos que, por tan jóvenes, no han sido todavía presentados en familia. Y, sin embargo, nos sorprende descubrir que todo protocolo se ve superado por los sentimientos de una identidad común que no excluye a miembro alguno, ni siquiera a estos últimos. Jamás los conocí -podrían decir en algún momento, como revirtiendo las palabras de Car-

los Fuentes sobre una familia lejana-, pero la voz junto a mí me dice al oído, no quiénes son ellos, sino quién soy yo.

Este es también el momento adecuado para dejar mención de un agradecimiento abierto a todos aquellos que aún integran THĒMIS - Revista de Derecho; pero además -y casi como si se tratara de dar las gracias por un compromiso anticipado-, a quienes en el futuro ocuparán, bajo los augurios de esa buena ley que rige la vida de las familias longevas, los espacios libres que las sucesivas generaciones vayan dejando atrás. Como sus lectores más comprometidos, debemos expresarles nuestra gratitud por permitir que con cada nueva entrega nos contagiemos de la satisfacción y del orgullo que debe proporcionarles la seguridad de ver un trabajo bien hecho. Como antiguos miembros, también nos corresponde agradecerles; es que tal vez sin saberlo, y eso es lo más hermoso de todo, nos están concediendo con cada nuevo número la ilusión de volver a casa una vez más.

THĒMIS 30

Paul Duclós Parodi
Ex-miembro del Comité
Directivo de
THĒMIS - Revista de Derecho
Diciembre 1992 - julio 1994

I

Una vez más, hay que corregir personalmente un buen número de artículos, algunos diagramados y otros aún sin diagramar. Hay que estar atento en lo de siempre: comillas, negritas, oraciones incompletas, subrayados, más tiempo y concentración. Hay también un artículo en francés por traducir, que debe estar listo en dos días (pero dos días en verdad). La imprenta presiona a diario, porque el tiempo previsto se acerca y THĒMIS tiene que cumplir, como siempre lo hizo... El esfuerzo es el de siempre, el de sus ya 26 números editados, el que también desplegaron quienes dieron inicio a esta aventura en el año de 1984, tan lejano y a la vez tan cerca.

Mientras trabajo, pienso que el camino es conocido ya por muchos (los que estuvieron antes), aunque se vea nuevo ante mis ojos. Y sé que de alguna forma debo permanecer despierto, atento a las líneas que -cada vez más lentamente- desfilan ante mi mirada. De momento, recuerdo que debo preparar tres «cartas de publicidad» para las citas del día siguiente; esas que se cruzan con las clases (imagino, para consolarme, que siempre debió haber sido así). Durante la semana debo seguir vendiendo suscripciones en los estudios de abogados visitados tantas veces, o insistir con un autor para que nos entregue el artículo pedido, mientras se encuentra en diagramación otro. Vuelve a mi memoria el momento en que ingresé a la revista y tengo la certeza de que el trabajo de hoy es muy similar al que ayer realizaron muchos y que mañana corresponderá a otros. De alguna forma, entiendo que el trabajo es parte de un sueño colectivo inacabado, que se hace realidad diariamente, mientras seguimos soñando.

II

La historia avanza y THĒMIS llega a su entrega número 27-28, con el mismo reto de seguir creciendo y aproximándose a nuevas metas. Introducimos cambios y hay nuevas decisiones que tomar: la carátula es a colores, la diagramación es diferente. Y como sucede en cada nueva aventura, hay que afrontar el nerviosismo de un trabajo nuevo, y también la cercanía de un encuentro del Consejo Latinoamericano de Publicaciones Jurídicas Editadas por Estudiantes (COLAPJE) que será en Panamá y al que iremos a informar en calidad de presidentes, más los foros o la edición doble y mil problemas adicionales.

Se reproduce nuevamente la misma acumulación de deseos, de esfuerzo y de trabajo que se vuelca en cada generación -imprimiéndole un sello particular- y que se transmite a la siguiente. Es un proceso conocido, aunque imperceptible, que se forja sobre una tradición forjada y crea una esperanza compartida: THĒMIS.

Sé que no puedo distraerme más, porque aún no he confirmado el día de asamblea, ni he terminado de elaborar el rol que deben seguir los miembros de la revista para entrar a los salones de la Facultad a informar de un nuevo evento o seminario, o simplemente para decir que THĒMIS tiene sus puertas abiertas para aprender a trabajar en equipo, conjuntamente, y para seguir construyendo en la Facultad una tradición, que los espera...

III

Casi sin percibirlo, he abandonado la revista. Descubro que en noviembre de 1994 celebraremos los diez años de labor ininterrumpida de la segunda época y editaremos el número 30. Y aunque yo no esté (y muchos de los que estuvimos antes ya no estemos), la personalidad que surgirá de esta nueva generación y sus logros serán nuestro mayor orgullo, como siempre.

Al conmemorar el décimo aniversario de su Segunda Epoca, THĒMIS - Revista de Derecho desea agradecer a los siguientes Estudios, sin cuya colaboración y apoyo constante no hubiera sido posible realizar nuestra labor:

Balbi, Dali & Otero, Abogados
Barrios, Fuentes, Urquiaga & Dañino, Abogados
Barreda Moller, Abogados
Estudio Javier de Belaunde, Abogados
Benites, Mercado & Ugaz, Abogados
Bigio, Ramírez, Vidal, Layseca & Asociados
Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich, Abogados
Cauvi, Ferraro, Hamann, Abogados
De Trazegnies & Trelles, Abogados
Delfino, Pasco, Isola, Avendaño, Abogados
Duany, Indacochea & Kresalja, Abogados
Estudio Aurelio García-Sayán, Abogados
Estudio Calle, Abogados
Estudio De Piérola, Abogados
Estudio Fernández, Portocarrero, Pando, Canelo & Asociados
Estudio Fernando Bellido & Asociados
Estudio Ferrero, Abogados
Estudio Flint, Abogados
Estudio Florez Araoz
Estudio Grau, Abogados
Estudio Juan José Cauvi & Asociados
Estudio Luis Echecopar García
Estudio Luis Hernández Berenguel, Abogados
Estudio Luna-Victoria
Muñíz, Forsyth & Ramírez, Abogados
Estudio Olaechea
Estudio Osterling, Vega, Arias-Schreiber & Asociados
Rodrigo, Elías & Medrano, Abogados
Estudio Romero
Rubio, Leguía, Normand & Asociados
Estudio Torres y Torres Lara, Abogados
Estudio Rizo-Patrón
Rey & De los Ríos, Abogados
Rodríguez, Mariátegui & Vidal, Abogados
Estudio Tuccio
Zolezzi & Valega, Abogados

75 AÑOS DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU

El día 29 de abril de 1994 se llevó a cabo en el campus de la Pontificia Universidad Católica del Perú un acto académico en conmemoración de los setenticinco años de existencia de la Facultad de Derecho, en el que se rindió un merecido homenaje a quienes han tenido la responsabilidad de dirigir los destinos de nuestra Facultad a lo largo de su historia -nuestros Decanos-. En aquella oportunidad, hicieron uso de la palabra el doctor Lorenzo Zolezzi Ibárcena -actual Decano de nuestra Facultad-, el doctor Jorge Avendaño Valdez -quien habló en nombre de los ex-Decanos-, y el doctor Fernando de Trazegnies Granda -quien tuvo a su cargo el discurso de orden-.

Las palabras que tan destacados profesores expresaron en el acto académico del 29 de abril, y que a continuación publicamos, constituyen tan solo una apretada síntesis de la historia de nuestra Facultad y de la forma cómo se enseña el Derecho en ella. Para quienes han formado parte de nuestra Casa de Estudios, sin duda motivaran reflexiones sobre los años aquí vividos y para quienes hoy siguen aquí sus estudios, quizá sirvan para entender un poco más a nuestra institución.

Sin embargo, el contenido de los discursos no sólo está dirigido a ellos, sino a toda persona interesada en el Derecho. Más que del Derecho en la Universidad Católica, se ocupan del Derecho en nuestro país. ¿Qué es el Derecho? ¿cómo debe enseñarse? son preguntas recurrentes, y que tienen valor no sólo en esta Facultad, sino también en cualquier otra Facultad de Derecho.

En circunstancias que celebramos los diez años de vida de la segunda época de THĒMIS - Revista de Derecho, *no podíamos dejar de agradecer a la institución que, durante todo este tiempo, ha cobijado nuestra iniciativa y ha respaldado nuestros esfuerzos. Tenemos la convicción de que la publicación de los tres discursos que se incluyen a continuación constituye el mejor homenaje que podemos tributar a nuestra Facultad -en su septuagésimo quinto aniversario- como testimonio de nuestro agradecimiento y el de las generaciones que nos antecedieron.*

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL DOCTOR LORENZO ZOLEZZI IBARCENA*

Sólo recientemente se ha venido a apreciar la importancia que tiene en el sistema jurídico la capacitación que se imparte en las Facultades de Derecho.

Antiguamente, el gremio profesional tenía un rol destacado en la práctica jurídica. Las Cortes y los Colegios de Abogados controlaban estrictamente la formación profesional y otorgaban las licencias correspondientes. Los abogados debían consultar obras que no habían estudiado en la Facultad, pues ésta no se rebajaba a tratar temas que descendieran de las alturas del Derecho Romano y del Derecho Canónico. Aquellas obras eran escritas por los denominados prácticos y resultaban utilísimas para la cotidiana labor de los abogados, casi exclusivamente de defensa ante el foro.

«Hoy puede parecer extraño, nos dice Montero Aroca, pero a lo largo del siglo XVIII, el Consejo de Castilla hubo de ordenar

* El doctor Zolezzi es Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú desde 1993 hasta la fecha.

dos veces (en 1713 y en 1741) a las Universidades que en ellas se explicaran las "leyes patrias", aspirándose únicamente a que se siguiera el sistema de concordancias con el Derecho Romano».

En la actualidad, todo se concentra en las Facultades de Derecho. Ellas confieren grados académicos: el de Bachiller, el de Magister, el de Doctor, pero también dan la licencia a sus egresados para que profesen la abogacía. En ellas se analiza y se hace avanzar la ciencia jurídica, a través de las obras de doctrina, raramente escritas por quien no es un distinguido miembro del mundo académico. En ellas se imparte la enseñanza de los conceptos y las categorías, pero también se transmiten habilidades profesionales y se supervigila la práctica. En ellas se realiza investigación interdisciplinaria, algunas veces con el auxilio de métodos empíricos.

Con estos conocimientos teóricos y habilidades profesionales, poseedores de aquellos grados y títulos mencionados, nuestros egresados entran a la vida y se convierten inmediatamente en jueces y en abogados. Así patrocinan a los litigantes, defienden a los acusados, asesoran, redactan contratos y casi imperceptiblemente van haciendo girar la rueda del sistema jurídico.

El sistema jurídico y el resto de la sociedad interactúan en un proceso sin fin. Las soluciones jurídicas no se dan en el aire y así, una ley o una sentencia se explican en su entorno y a la vez tienden a modificarlo. Ya pasó la época de la fe ciega en las potencialidades de la ley para cambiar la sociedad., pero no se puede negar que producida la maduración social, la existencia o no de una ley es crucial para la modificación del comportamiento. Pensemos en el caso de la prohibición de fumar. Una ley que hubiera prohibido fumar en la década del sesenta hubiera nacido muerta. Pero después de todos estos años de avance en el conocimiento sobre los males del tabaquismo, de debates e informes que han tenido amplia cobertura periodística, se ha podido promulgar una ley que, sin emplear todavía el recurso a las sanciones que contiene, se cumple en cierto grado. Enfatizo este tema para transmitir la idea de las grandes responsabilidades que competen en el mundo de hoy a la esfera de lo jurídico y, consecuentemente, a quienes cultivan el Derecho. En materia de relación entre sistema jurídico y sociedad, el tema del día es el de la modernización de la administración de justicia. Quién puede negar que las Facultades de Derecho tienen una dosis grande de culpa respecto de lo que ocurre en el Poder Judicial y quién puede negar la potencialidad que les cabe en cuanto al aporte de vías de solución, empezando por formar mejores abogados.

Un día como hoy, hace exactamente 75 años, don Carlos Arenas y Loayza dictó la primera clase en la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú. La Facultad se creó para dar una oportunidad a los jóvenes católicos de agregar a la compleja formación técnico-jurídica, la perspectiva de las enseñanzas de la Iglesia en materia de educación superior y de ejercicio profesional. Desde entonces, nuestra Facultad ha sido muy consciente de las graves responsabilidades de las Facultades de Derecho frente a la sociedad, y que he esbozado anteriormente, como lo demuestran los documentos y los artículos publicados en su Revista Derecho, que fuera fundada en 1943, hace ya 51 años, por nuestro ex-Decano el Doctor Hugo Piaggio y por el Doctor Xavier Kiefer-Marchand, Secretario de nuestra Facultad durante mucho tiempo.

La Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú es una institución sólida. Ha coexistido con muchos regímenes políticos y las crisis que muchos de ellos desataron en el país casi no nos afectaron. Durante 75 años hemos producido abogados que han sido hombres públicos de limpia trayectoria, jueces probos e ilustrados, maestros inolvidables, autores y tratadistas de primerísima nota y muchos, muchísimos abogados que han sabido combinar un ejercicio profesional creativo con el mantenimiento de los grandes valores contenidos en la regla de Derecho.

Esta noche queremos rendir un homenaje especial a nuestros Decanos, personas absolutamente desinteresadas, pues asumieron muchas horas de trabajo con la condición ad honorem o con una remuneración simbólica, pero poseedoras de esa rara virtud que es la de ser maestros. Estos 75 años de excelencia se han debido en gran medida al esfuerzo, al talento y a la virtud de nuestros ex-Decanos. No voy a insistir en los méritos de cada uno. Todos compartieron el de ser reconocidos maestros, entregados a la Facultad a la que realzaron con su propio prestigio personal. Algunos fueron hombres públicos que supieron asumir altas responsabilidades en momentos difíciles para el Perú. Algunos fueron destacadísimos magistrados; otros, prestigiados abogados en ejercicio; y muchos, autores de imperecederas obras de doctrina.

La siguiente es la relación de nuestros ex-Decanos:

1. Carlos Arenas y Loayza
   1919 - 1934
2. Raúl Noriega Ayarza
   1934 - 1943
3. Víctor Andrés Belaunde
   1943 - 1947
4. Hugo Piaggio Lértora
   1948 - 1950
5. Luis Echecopar García
   1951 - 1953
6. Ismael Bielich Florez
   1954 - 1956
7. Domingo García Rada
   1957 - 1959
8. Raúl Ferrero Rebagliati
   1960 - 1964
9. Jorge Avendaño Valdez
   1964 - 1970
10. Felipe Osterling Parodi
    1970 - 1972
11. Roberto MacLean Ugarteche
    1972 - 1974
12. Carlos Rodríguez Pastor
    1974 - 1975
13. Fernando de Trazegnies G.
    1976 - 1987
14. Jorge Avendaño Valdez
    1987 - 1993

Nuestro ex-Decano, el Doctor Jorge Avendaño, se referirá más adelante a la gestión de cada uno de ellos. El Doctor Fernando de Trazegnies, también ex-Decano, resaltará en su discurso el ambiente intelectual que ha prevalecido en nuestra Facultad a lo largo de todos estos años. En lo que a mí respecta, tendré el honor de imponer una medalla recordatoria a los ex-Decanos presentes o a ponerla en manos de sus descendientes en el caso de los ausentes o fallecidos.

Muchas gracias.

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL DOCTOR JORGE AVENDAÑO VALDEZ*

Agradezco en primer término la distinción que se me ha hecho al pedirme que agradezca, en nombre de los ex-Decanos, el homenaje que nos rinde nuestra Facultad en esta fecha tan significativa. La fecha es doblemente significativa: para el ordenamiento jurídico nacional, dada la importante contribución de la Facultad durante tan dilatado plazo; y para quien les habla, porque mi vinculación con ella (con la Facultad), bien sea como alumno, profesor o Decano, tiene ya 42 años; es decir, más de la mitad de los 75 años de vida institucional que hoy celebramos.

Dos terceras partes de mi vida aparecen así vinculadas a esta casa de estudios. Son muchos los años que han pasado desde que salimos del antiguo local de Letras en la Plaza Francia y pasamos a Derecho en Camaná 459, altos del Instituto Riva Agüero; y al mismo tiempo parece ayer que comenzamos a involucrarnos en el nuevo mundo de los códigos y los expedientes, en una Facultad que no tenía más de 150 alumnos y 30 profesores, en la que sólo había clases por las mañanas, en la que no había cursos electivos, créditos ni semestres académicos.

Brevemente, quisiera referirme a algunos de los Decanos que me precedieron en el cargo. Cuatro de ellos fueron mis profesores. Don Hugo Piaggio Lértora en Derecho Penal y Derecho Laboral, don Raúl Ferrero Rebagliati en Derecho Constitucional y Derecho Internacional Público, don Domingo García Rada en Teoría General del Proceso y don Ismael Bielich Flores en Derecho Civil Reales.

Hugo Piaggio era un profesor conocedor y didáctico, ameno por sus ejemplos y anécdotas. Cercano amigo del Secretario de la Facultad, don Xavier Kiefer-Marchand fue muy querido por los estudiantes.

Raúl Ferrero Rebagliati fue probablemente el mejor orador que había en Derecho. Hombre muy culto, supo plantear las materias constitucionales e internacionales en términos vinculados a lo político y económico. Sus clases eran extraordinariamente interesantes, matizadas frecuentemente con una dosis de ironía.

Domingo García Rada, juez por antonomasia, nos enseñó los vericuetos del litigio y la importancia de la ciencia procesal. Hombre probo a carta cabal, dio ejemplo de integridad con su conducta intachable en la magistratura.

Ismael Bielich Flores fue mi maestro de los derechos reales y probablemente quien más influyó en mi formación académica. Su curso de Reales se ofrecía en segundo año y coincidió con el asentamiento de mi vocación por el Derecho. Bielich -quien era buen abogado, pero mejor profesor- nos deslumbró con la profundidad y claridad de sus conceptos, pero sobre todo con una honestidad intelectual a carta cabal. Su extraordinaria y natural disposición para estar siempre cerca de sus discípulos, permitió que se estableciera una estrecha relación personal que duró hasta el día de su muerte.

* El doctor Avendaño es actualmente Decano del Colegio de Abogados de Lima y miembro del Comité Consultivo de THĒMIS - Revista de Derecho. Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú por doce años: de 1964 a 1970, y de 1987 a 1993.

Hubo otros dos Decanos, que no fueron mis profesores pero a quienes conocí en diversos rumbos de la vida. Víctor Andrés Belaúnde, gran humanista y diplomático, larga y estrechamente vinculado a la Católica, con quien compartimos asiento en el antiguo Consejo Superior de la Universidad. Era un hombre deslumbrante por su cultura y oratoria, cautivador por la amplitud de sus conocimientos y la riqueza de sus anécdotas.

Luis Echecopar García fue un gran abogado, sólido en su razonamiento, medido en su argumentación, pulcro en la redacción. Tuve el honor de compartir con él algunas tareas profesionales. Falleció tempranamente y en su ley: al término de un informe oral en pleno Palacio de Justicia.

En nombre de estos seis Decanos -a los que nunca soñé representar- expreso a Ud. Señor Decano el agradecimiento por este homenaje que hoy recibimos de la Facultad. Agradezco también en nombre de los Decanos que ejercieron el cargo después de mi primer mandato. Me refiero al maestro de todos, don Carlos Rodríguez Pastor, y a mis entrañables amigos Felipe Osterling Parodi, Roberto Mac Lean Ugarteche y Fernando de Trazegnies Granda, todos ellos juristas de nota que con su paso por la Facultad le dieron lustre y prestigio.

Al cabo de 75 años creo que cabe preguntarse cuál es la nota distintiva de esta Facultad; o, si queremos ser menos modestos, qué razones o circunstancias han determinado que sea una destacada escuela de Derecho en nuestro medio.

Como se ha dicho muchas veces, la calidad de una Universidad -en este caso de una Facultad- se mide por la calidad de sus estudiantes. Es cierto que los buenos estudiantes son convocados por buenos maestros. Pero el producto final se valora según la calidad de los alumnos egresados. En esto, Derecho de la Católica puede decir con orgullo que ha contribuido generosamente al país, pues de sus aulas salieron numerosos abogados que honraron y honran las filas del foro, la magistratura, la diplomacia, la política, el periodismo, el notariado, el empresariado y la academia.

¿Cómo conciliar esta enorme variedad de campos de actividad con la formación recogida en una Facultad de Derecho? La respuesta está en la naturaleza de los estudios de Derecho. Ellos permiten una cabal comprensión de la sociedad y son además una actividad multidimensional.

En cuanto a lo primero, la formación del abogado supone el estudio de materias tan variadas como la familia, la propiedad, el comercio, la administración pública, las conductas delictivas, las transacciones internacionales, etc. Por otra parte, el Derecho tiene que ver con la normatividad, la solución de conflictos, el control de la conducta social, la organización y el planeamiento de las instituciones.

La educación legal es multidimensional porque es parte de las humanidades, es parte de las ciencias sociales, está vinculada con el mundo de los problemas prácticos, tiene que ver con el uso de los procedimientos y tiene una rica herencia literaria, filosófica e histórica.

Pero además de la calidad de sus alumnos y egresados, Derecho de la Católica puede decir con orgullo que ha sido y es un centro de selecta y auténtica formación jurídica. Acá hemos preferido la calidad al número, la formación a la información, el rigor científico del Derecho a la transitoriedad del dominio de la ley. Hemos trabajado en la formación intelectual de nuestros estudiantes, propiciando en ellos un modo o estilo de razonamiento jurídico. En esto ha jugado un papel importante la formación profunda y vasta de nuestros alumnos en Derecho Civil, de lo cual nos preocupamos en ocasiones porque ella parecía excesiva, pero finalmente hemos entendido que es causa de excelencia. A esa formación privatista se suma ahora el pujante surgimiento de las disciplinas del área constitucional, que importa reforzar el Derecho Público.

Hay pues un sello impreso en los egresados de esta escuela de Derecho, sello que es indefinible, pero paradójicamente, identificable. Sello que los profesores -ahora sí, ellos son los actores- han sabido imprimir a lo largo de siete décadas y media.

No puedo terminar estas palabras sin rememorar a un baluarte de esta casa, quien a pesar de no haber sido Decano, tuvo parecida influencia en lo que acá ocurrió durante varias décadas. Me refiero a Xavier Kiefer-Marchand, secretario de la Facultad, hombre dedicado por entero, en forma generosa y desinteresada, a la causa de la Facultad de Derecho. A él, a los profesores y a muchos otros servidores ejemplares, Derecho de la Católica les debe lo que es hoy. Por esta razón, este homenaje no se limita a los Decanos; a través de nosotros se extiende a todos los actores de esta fascinante empresa intelectual.

Muchas gracias a Usted, Señor Decano, y al Consejo de la Facultad que Usted preside, por este honroso y emocionante homenaje cuando celebramos con orgullo 75 años de vida.

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL DOCTOR FERNANDO DE TRAZEGNIES G*

75 AÑOS DE LA FACULTAD DE DERECHO

1. EL ANIVERSARIO COMO RITO

Los aniversarios son como los hitos de los kilómetros que se colocan al lado de los caminos y que indican al viajero lo mucho que ha avanzado. Las personas y las instituciones cumplen un rito conmemorativo de tiempo en tiempo, conforme van pasando esos hitos. Y, ciertamente, llegar a algunos de ellos da lugar a una celebración especial: los 25 años, los 50 años, los 75 años, los 100 años, es decir, todos aquellos caminos del tiempo que pueden ser medidos en siglos merecen una atención extraordinaria: un cuarto de siglo, tres cuartos de siglo, un siglo.

Los momentos más importantes de la vida del hombre -el nacimiento, el paso a la edad adulta, el matrimonio, la paternidad, la muerte- son enfatizados mediante ritos que al expresar el acontecimiento bajo una forma simbólica, le dan una resonancia que supera la simple comprobación racional del hecho y toca cuerdas muy profundas dentro del ser humano. El rito tiene la capacidad de no solamente poner en alerta a la fría razón sino, sobre todo, de movilizar los sentimientos y de crear una solidaridad emotiva entre las personas involucradas.

Y así como los diferentes hitos de la evolución de la vida individual se celebran con ritos, así también los grupos sociales, las sociedades, las instituciones, tienen ritos de pasaje y ritos de conmemoración. Hoy estamos celebrando uno de esos ritos y, por consiguiente, lo que importa no es lo que pueda decir yo ahora sino el sentido simbólico de estar aquí todos reunidos para recordar la iniciación de actividades de nuestra Facultad hace 75 años.

¿Pero cuál es la carga simbólica de este acto colectivo? ¿Cuál es su contenido profundo? En los aniversarios individuales, la conmemoración del paso del tiempo conlleva siempre elementos de fiesta y elementos de tristeza; porque el hombre individual es perecedero y sabe que, a medida que avanza, puede estar orgulloso del trecho recorrido, pero al mismo tiempo debe estar consciente de que se acerca a su propio fin. Al igual que ese río del que habla Neruda que durando se destruye, el hombre viviendo se consume. En cambio, las instituciones no tiene ninguna razón natural que les ponga término; durando no se destruyen, sino que se enriquecen. Una institución antigua es como un árbol que cada vez ensancha más su tronco, que cada vez echa raíces más profundas, se vuelve más frondoso, cada vez acoge a un mayor número de aves de follaje; y con el paso de los años se convierten en un símbolo de solidez, de fuerza, de vitalidad indesmayable.

2. LOS ESTUDIOS DE DERECHO EN EL ORIGEN DE LA UNIVERSIDAD CATOLICA

En un día como hoy, 29 de abril, hace 75 años, el doctor Carlos Arenas y Loayza dio la primera clase en esta Facultad de Derecho. La Universidad se había fundado dos años antes, iniciando sus actividades docentes con la Facultad de Letras. Sin embargo, la idea de crear una Facultad de Derecho estuvo desde el inicio en la mente de los fundadores de la Universidad. Aún más; puede decirse que, en los comienzos del proyecto, la enseñanza del Derecho fue la causa final -en sentido aristotélico- de esa Universidad en gestación; porque la primera intención de los fundadores fue establecer una institución académica de nivel universitario para formar abogados.

El propósito de los fundadores era crear una Academia Universitaria para enseñar Derecho desde una perspectiva cristiana. El modelo fue un curso de Leyes que daba en Chile la Congregación de los Sagrados Corazones[1]. Pero, dado que para iniciar estudios de Derecho se requería que los alumnos hubieran recibido previamente dos años de Letras, los fundadores -en su mayoría abogados- decidieron abrir primero las clases de Humanidades, donde se formaría a los estudiantes que, en el lapso de dos años, seguirían posteriormente la carrera de Jurisprudencia[2]. De esta manera, este nuevo centro de estudios de leyes podría educar a sus futuros alumnos de Derecho des-

* El doctor de Trazegnies es actualmente miembro del Tribunal de Honor de la Magistratura y del Comité Consultivo de THĒMIS - Revista de Derecho. Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú entre los años 1976 y 1987.

[1] HAMPE MARTINEZ, Teodoro. Historia de la Pontificia Universidad Católica del Perú (1917-1987). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1989. p. 20.

[2] Loc. cit.

de el principio y darles las bases de una sólida formación humanista.

Si todo hubiera marchado normalmente, es posible que no hubiera existido propiamente una Universidad Católica, sino una Escuela Católica de Jurisprudencia.

Sin embargo, como muchas veces sucede en la Historia, los reveses producen resultados admirables. El proyecto de la Academia Universitaria fue resentido por la Universidad de San Marcos como una indeseada competencia y por ello fue duramente objetado tanto por esa Universidad como por sus exalumnos en columnas periodísticas, aduciéndose que los abogados debían ser formados en las universidades y no en academias de ningún tipo. En algún diario de Lima se llegó a decir que era innecesario crear una nueva fábrica de abogados que sólo fomentaría el «burocratismo parasitario». Para evitar estas críticas, el padre Dintilhac transformó su plan originario y creó una verdadera Universidad Católica, con dos Facultades: Letras y Jurisprudencia.

Como era natural, por la razón antes señalada, la Facultad de Derecho tenía que abrirse dos años más tarde, a fin de dar tiempo a que terminaran sus años de Letras esos estudiantes iniciales. La mayor parte de esos primeros estudiantes de Letras se orientaba en realidad al Derecho. Pero, afortunadamente para la idea de Universidad, la dinámica propia de los estudios humanísticos, les dio dentro de la institución una personalidad independiente del Derecho y los constituyó como disciplinas con identidad académica propia. Sin embargo, durante muchos años la gran mayoría de los estudiantes de Letras fueron, en realidad, futuros abogados.

3. EL DERECHO COMO MODELO DE PENSAMIENTO RACIONAL

Es interesante notar que también en la Europa del S. XI, las primeras universidades se fundan para enseñar Derecho: Bolonia, la primera Universidad del mundo occidental, nace para enseñar Derecho. Y, evidentemente, esto no es una casualidad, no es un simple azar cultural: las universidades nacen con miras al Derecho porque a su vez el Derecho era visto entonces como un modelo de pensamiento riguroso.

Harold J. Berman explica que el Derecho constituye el primer prototipo de la ciencia moderna occidental. «La ciencia occidental», dice Berman, «se preocupa sobre todo de la formulación de hipótesis que puedan servir como base para ordenar los fenómenos en el mundo temporal y, por consiguiente, trabaja más bien en el mundo de las probabilidades y de las predicciones que en el de las certezas y necesidades. La ciencia de los juristas escolásticos era precisamente ese tipo de ciencia. Usaba un método dialéctico para establecer los principios generales»[3].

Los estudios jurídicos en esas universidades europeas germinales tenían, en realidad, por objeto el Derecho Romano. Sin embargo, es muy importante destacar -para comprender la naturaleza de la actividad universitaria- que ese Derecho Romano tan apreciado académicamente, no estaba vigente en el mundo medieval como Derecho positivo, no era Derecho aplicable. Más todavía, los Príncipes y gobernantes tenían una profunda antipatía por el Derecho Romano porque constituía una invasión y un recorte a su propio poder en nombre de un Imperio en vías de obsolescencia. A pesar de ello, aun cuando el Derecho enseñado en las universidades no servía para actuar en el mundo de todos los días dominado por la legislación positiva medieval, las universidades reúnen inmensas cantidades de estudiantes, que vienen de todas partes del mundo. ¿Qué quieren aprender esos estudiantes? ¿Qué quieren hacer de su vida si vienen desde tan lejos a estudiar un Derecho teórico, que no es ley vigente como tal en ninguna parte?

En realidad, esos estudiantes no venían a formarse como juristas, sino como hombres; o, quizás mejor, creían que formándose como juristas eran hombres más completos. No se estudiaba Derecho para ejercer la profesión de abogado, sino simplemente para pensar, para aprender a pensar bien: el Derecho era la expresión y el método del saber.

Creo que debemos recordar esta tradición y cultivarla. No cabe duda de que las necesidades del mundo actual exigen una profesionalización muy exigente. Pero no debemos olvidar la perspectiva teorizante, el carácter de saber que tiene el Derecho, que constituye el fundamento insoslayable de cualquier profesionalización o aplicación práctica.

El Derecho no es un conjunto de leyes, como quieren lo positivistas. Esa especie ahora tan di-

[3] BERMAN, Harold J. Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition. Harvard University Press. Cambridge, Mass., 1983. p. 151.

fundida de positivistas «pop», que no han leído a Kelsen ni a Hart, pero defienden -infantilmente- un positivismo barato, creen que el Derecho es una pirámide normativa, dentro de la cual se encierran todas las soluciones prácticas. Por tanto, el abogado no tiene sino que hurgar dentro de la pirámide para encontrar la ley adecuada al caso concreto. Para estos positivistas «pop», hay que buscar la verdad en la ley; y siempre, si se busca adecuadamente, será posible encontrar una solución única para cada situación problemática, discernible mediante un procedimiento deductivo, y que debe aplicarse inexorablemente porque es la única interpretación correcta.

Pero si entendemos el Derecho como lo hacían los juristas medievales, es decir, como modelo de un cierto tipo de pensamiento riguroso, entonces el orden jurídico no es un conjunto de leyes sino más bien un razonamiento, un método de pensar. Las normas no son sino los materiales de construcción de ese razonamiento, con las cuales se pueden hacer edificaciones bastante diferentes según el plano que se pretenda implantar. El razonamiento es tan importante para el Derecho y ocupa una posición tan central que -para decirlo con una paradoja- las mejores leyes, aplicadas con un argumento torcido, dan lugar a un «Derecho torcido»: lo importante no son, entonces, las leyes sino la manera de discutir y aplicar las leyes, las categorías jurídicas y los principios que informan el sistema.

4. ¿QUE ES EL DERECHO?

¿Qué tipo de razonamiento propone el Derecho? Ante todo, es preciso destacar que el razonamiento jurídico no trabaja en un mundo de certezas y de demostraciones sino en un mundo de probabilidades y de ambigüedades. El hombre de Derecho no pertenece al país de lo categórico, sino al de lo discutible, donde todo está hecho con materia controvertida.

En Derecho no hay verdaderas irrefutables, no hay soluciones únicas, sino simplemente perspectivas, enfoques, aproximaciones. Es por ello que se presentan situaciones que muchas veces el profano no entiende. Dos abogados pueden defender leal y honestamente dos puntos de vista contrarios. Si hubiera una verdad en el Derecho, si la solución fuera una sola, uno de esos abogados tendría que ser un ignorante (no conoce suficientemente bien el Derecho aplicable y no sabe que no tiene la razón) o, quizá peor, podría ser un pillo (porque, sabiendo que no tiene la razón y que va a perder, alienta esperanzas falsas en el cliente para seguir cobrando un honorario). Pero es que el Derecho no se mueve en el plano de lo absoluto, sino en ese plano tan humano de las cosas que son y no son, de las cosas que pudieron ser y de las que todavía pueden ser, de las cosas que son para unos de una manera y para otros de otra. No hay verdades apodícticas, ningún jurista serio puede decir que algo en Derecho es tan cierto como que dos y dos son cuatro; porque la vida humana es siempre relativa, siempre condicionada y quizá lo absoluto sólo puede ser reservado para Dios y para los sistemas meramente formales, como las matemáticas, que logran la certidumbre a partir de una esquematización de la realidad.

En materia de Derecho, toda afirmación conlleva, como decían los antiguos, *formido partis oppositae*, es decir, el temor de que pueda ser refutada la por parte contraria. Y, entonces, si aceptamos que no hay verdades irrefutables, si aceptamos que cualquiera de las dos partes puede tener razón, entonces tenemos que aprender a respetar los puntos de vista de los otros: las diferencias no son ignorancias ni infamias, son simplemente enfoques distintos. De ahí que el razonamiento jurídico sea, ante todo, una práctica de la tolerancia; aun cuando el Derecho nos es presentado por el positivismo como una técnica de la imposición, lo primero que debe aprender un jurista no es mandar al otro sino a respetar al otro.

Por cierto, tolerancia no es condescendencia, no es una actitud simpática, pero despectiva, que mira la posición del contrario desde lo alto del propio saber. Tolerancia es, ante todo, tener conciencia de que existe siempre una *partis oppositae*, que cualquiera puede tener la razón y que quizá ambas partes opuestas la tienen de una cierta forma.

Tolerancia tampoco es una debilidad intelectual, no es una claudicación de nuestros principios: tenemos que luchar por lo que creemos justo y combatir lo que creemos injusto. No se trata de caer en una suerte de indiferencia general, donde todo es aceptable. Por el contrario, el Derecho es un sistema de conflictos, donde cada persona intenta hacer triunfar su posición: la vida misma es un conflicto permanente. Pero, así como cada uno trata de que los demás reconozcan el valor de sus afirmaciones, cada uno sabe también que nunca puede tener la seguridad absoluta de estar en la verdad; y -lo que es más grave- cada uno sabe (o debe saber) que muchas veces no hay verdades sino simplemente perspectivas, cuya bondad o validez dependen de un sinnúmero de circunstancias y que pueden ser correctamente adoptadas unas u otras según el caso.

Frente a una imagen que nos ha venido siendo presentada del Derecho como una suerte de camisa de fuerza de la sociedad, que se coloca a los hombres para contener aquellas de sus locuras que afectan a los demás, frente a un orden jurídico imaginado como una gigantesca maquinaria de represión social, a cargo de un poder central que se instala arriba de todos los hombres y desciende en cascada a través de las leyes desde la Constitución hasta el último decreto, frente a una tal concepción demasiado penalista y quizá inhumana del Derecho, creo que hay que reivindicar la profunda humanidad del Derecho: el Derecho es tan humano como el amor y como la guerra.

Al igual que en el amor, el jurista pretende seducir. Si no hay verdades absolutas en Derecho, si la interpretación no nos ofrece una solución única posible, si la lógica sólo nos lleva a mostrarnos un haz de eventuales aplicaciones sin poder escoger entre ellas sobre la base exclusivamente de una deducción, entonces el jurista no puede demostrar su pretensión. Cuando defiende un juicio, cuando discute con el abogado de la parte contraria, cuando negocia, su papel no es el del geómetra que apela exclusivamente a la razón y demuestra incontestablemente la verdad propia y el error del otro. El jurista tiene que persuadir, tiene que enamorar, tiene que promover la adhesión del otro a su propia posición.

Si no nos sentimos convencidos después de una explicación matemática, es que no hemos entendido o que la explicación no es correcta y la verdad que se pretendía demostrar es una falsedad. Descartes, ilusionado con la posibilidad de describir el mundo con ayuda de las matemáticas, decía que el desacuerdo es señal de error: «Siempre que dos hombres tienen sobre una misma cosa un juicio contrario, es indudable que unos de los dos se equivoca». No queda otra alternativa: frente a una correcta demostración matemática sólo podemos reconocer nuestra ignorancia o declararnos vencidos por la fuerza de esa verdad contenida de antemano en la proposición demostrada. En cambio, en el plano del Derecho los desacuerdos abundan y no necesariamente uno de los dos se equivoca. En el plano del Derecho, nada es seguro y nada es definitivo, porque quizá el Derecho no trata de extraer un contenido que ya estaba antes ahí, en una ley inconmovible, que funciona como una premisa que contenía de antemano toda la verdad; no trata de colocarse dentro de una situación previamente definida, sino de construir un futuro común. El Derecho no mira hacia el pasado, hacia lo pensado por un legislador histórico, sino que se proyecta hacia adelante, quiere hacer cosas nuevas. La verdad jurídica no está atrás, enterrada en la ley, esperando que venga el intérprete a descubrirla. La verdad jurídica es creada por el intérprete, es construida, nace en la dialéctica de los argumentos, nace de ese coito fecundo que es la confrontación de ideas. Solamente hay verdad en el Derecho cuando estamos ante una resolución judicial firme que pone fin a una controversia o frente a un acuerdo contractual perfeccionado; y aun esas verdades son reintroducidas dentro del flujo de conflictos que constituye la vida humana y utilizadas más tarde como argumentos para construir otras verdades.

Por eso el jurista no es un empleado de mantenimiento del sistema jurídico; es ante todo y en todo momento, un creador. Claro está que dentro de su labor creativa utilizará las leyes, los contratos, las resoluciones firmes, como ladrillos para construir su propio edificio. Aún más: no puede no utilizarlos. No puede crear *contra legem* o contra el texto de un contrato o de una resolución firme. Pero, aun obligado a emplear materiales predeterminados, el resultado será siempre original porque la aplicación del Derecho a una situación concreta no se limita a comprobar un sentido preexistente en las fuentes jurídicas, sino que inserta ese sentido en un nuevo contexto y, consecuentemente, le da un sentido nuevo. Y como ese resultado involucra a varias personas -a la otra parte en el contrato, al juez, al árbitro- el hombre de Derecho tendrá, como en el amor, que asociar a todas esas personas en su proyecto, obtener su adhesión, convencerlas de la conveniencia y de la justicia de su propuesta, para que finalmente el juez o la otra parte en el contrato lo sientan como propio.

Plantear que la argumentación jurídica utiliza más la seducción que la demostración, no quiere decir que el jurista recurra a elementos efectistas y emotivos para maquillar una postura de interés dándole un aspecto superficial de verdad de razón. Obviamente, el jurista tiene que recurrir a una lógica, a un razonamiento; pero como dice Perelman, es un razonamiento persuasivo antes que demostrativo [4], porque no quiere simple-

[4] PERELMAN, Ch. y L. OLBRECHTS-TYTECA. Traité de l'Argumentation. La nouvelle rhétorique. Université Libre de Bruxelles, Bruselas, 1970.

mente explicitar algo que ya estaba ahí, sino crear una nueva situación mediante la adhesión de las partes en juego. El jurista requiere de un razonamiento muy sólido, pero a diferencia del matemático, el mundo en el que actúa y sobre el cual tiene que razonar no pertenece al campo de lo racional, sino de lo razonable. Quizá, utilizando las categorías de Pascal, podríamos decir que el jurista no debe usar la razón con «espíritu de geometría» (*esprit de géometrie*) sino con «espíritu de finura» (*esprit de finesse*), porque se enfrenta a situaciones particularmente complejas y delicadas y tiene en sus manos principios muy finos y numerosos, por lo que no es posible ni conveniente -decía Pascal- buscar una demostración como lo hacen las matemáticas[5].

Pero hemos dicho que el Derecho es también una guerra; porque el jurista tiene que pelear por sus ideas. En el fondo, el Derecho es una guerra reglamentada, es una permanente confrontación de posiciones y de intereses, es una contienda en la que cada participante quiere ganar. Los resultados son siempre inciertos: a veces se termina con una victoria, otras con una derrota; y, en un gran número de casos, se concluye con un armisticio. Sin embargo, la posición a la que se ha llegado, es inmediatamente reprocesada por la dinámica conflictiva; y toda victoria, puede convertirse en derrota, toda derrota en victoria y todo armisticio se transforma en un arma que se pone en práctica en la siguiente batalla.

Creo que es muy importante regresar a una visión del Derecho dinámica, efervescente, mezcla de amor y de guerra, conflictiva pero al mismo tiempo asociativa, creadora, imaginativa, que aliente una recreación constante de nuestras relaciones sociales. El Derecho no es -no debe intentar ser- un orden preestablecido al cual simplemente debemos ajustar nuestras conductas, con toda la carga de opresión que ello implica. No es un equilibrio estable, donde todo está en su sitio y donde el papel del jurista consiste precisamente en hacer que nada se salga de su lugar. Es más bien un equilibrio dinámico, inestable, en el que el orden se produce como resultado de un conflicto permanente, de una agitación incesante, de una interacción infatigable y creativa de Eros y Tanatos.

A partir del Renacimiento, con el desplazamiento del Derecho por las matemáticas como modelo de pensamiento científico, esa argumentación fundamentalmente dialéctica del razonamiento jurídico fue menospreciada; y se quiso convertir el Derecho -que era fundamentalmente un «arte» de la tolerancia y de la justicia- en una «ciencia» jurídica formada por verdades apodícticas que resultaban de la aplicación de una lógica abstracta. Sin embargo, cuando se pretende modelar la sociedad *more geometrico* y convertir al Derecho en un orden inexorable, donde todo problema tiene una solución silogística, donde cada cosa tiene su lugar establecido por una arquitectura rígida de normas que se enlazan a modo de proposiciones matemáticas, cuando abandonamos el campo de lo razonable para pasar al campo inflexible de lo racional, caemos en el totalitarismo.

La libertad está ausente de ese sistema; esa libertad que es capacidad de desorden, que es fuerza desorganizadora pero también es energía incesantemente creadora y recreadora de situaciones, es poder de invención, es voluntad de replantear todo, de encontrar nuevas interpretaciones, de abrir ventanas antes que de cerrarlas. Cuando el Derecho se convierte en un ordenamiento formal y abstracto, descarnado de realidad, constituido por un conjunto de leyes escritas que no son sino un esqueleto de la vida real, ¡qué lejos estamos de esa contienda de intereses que es la trama de la vida real!, ¡qué lejos de esa ebullición caótica que resulta del enfrentamiento de los hombres viviendo en común, dentro de un esfuerzo desgarrado por solidarizarse y por superarse mutuamente, dentro de un clima -inevitable, pero extraordinariamente productivo- de amor y conflicto!

El Derecho es una dialéctica entre la libertad y la organización, entre el orden y el desorden, entre lo viejo y lo nuevo. Y el abogado, el jurista, el hombre de Derecho, no es quien se limita a ponerle una camisa de fuerza a las locuras sociales, no es un guardián de prisión que cuida que cada uno esté en su celda y que todas las rejas estén firmes, no es un mero aplicador de reglamentos y de normas. Es, sobre todo, un constructor de nuevas formas de relación social, es aquél que respetando las leyes lucha por darles nuevos sentidos, por liberarse de los esquemas guardando al mismo tiempo una coherencia de conductas, un sentido del orden. Quizá el hombre de Derecho podría ser mejor definido como un perma-

[5] PASCAL, Blaise. Pensées. Sección I, párrafo 1.

nente recreador de órdenes. Pero si bien esa definición centra al jurista en la idea del orden, también es cierto que para crear un nuevo orden hay que desordenar el anterior, hay que ofrecer una nueva perspectiva de las cosas, hay que iluminar el mundo con una luz inédita. El jurista es quien, al mismo tiempo, es capaz de desordenar y de encontrar un orden dentro del desorden.

5. LA FACULTAD DE DERECHO DE UNA UNIVERSIDAD CATOLICA

Ahora bien, de ninguna manera podemos olvidar que nuestra Facultad de Derecho es católica y que pertenece a una Universidad Católica. Este carácter de la Universidad y, de la Facultad, constituye su riqueza propia y justifica su existencia. Por consiguiente, no entenderemos nada de esta institución como tal si no consideramos su catolicidad.

Sin embargo, cuando hablamos de catolicismo, ¿no hablamos de un dogma? De alguna forma, ¿no nos estamos contradiciendo con lo dicho anteriormente? ¿Quizá una Facultad de Derecho católica debería enseñar un «Derecho católico», es decir, imponer a sus alumnos una cierta perspectiva del Derecho antes que permitir ese orden desordenado o ese desorden ordenado que hemos planteado en la parte precedente de esta exposición?

Pienso que no es así; pero por eso, resulta muy importante precisar lo que entendemos por catolicidad.

Ante todo, parafraseando a Hernán Larraín[6], debemos decir que una Facultad de Derecho católica es, antes todo, una Facultad de Derecho; por consiguiente, debe responder a las más severas exigencias que se plantean a toda Facultad de Derecho. Así, una visión católica del Derecho no puede traicionar la naturaleza misma del Derecho, no puede imponer un dogma a una disciplina que es fundamentalmente antidogmática y tolerante.

Sentado este principio básico ¿que se entiende por «Universidad católica» o por «Facultad de Derecho católica»? Ciertamente, creo que no podemos empobrecer el concepto atribuyéndole solamente el sentido de que se trata de un centro de educación superior de católicos y para católicos: la Facultad de Derecho católica pretende formar abogados serios, sean o no católicos; y para ello puede recurrir a profesores serios, sean o no católicos, siempre que respeten las creencias religiosas católicas y las consecuencias que de ellas se pueden derivar para el Derecho.

Tampoco podemos decir que se trate de Facultades donde se enseña exclusivamente la doctrina católica. Muchos elementos del ordenjurídico no tienen una doctrina particularmente «católica» que los sustente: si el plazo de prescripción es de 10 años o de 30, es algo irrelevante para la doctrina católica. Es verdad que hay aspectos del Derecho que están en contacto bastante estrecho con la moral; y, por ese lado, tienen también un contacto con la enseñanza católica. Pero, aun en esos casos, la educación universitaria no puede limitarse -menos aún la de Derecho- a enseñar una sola manera de ver las cosas, aunque crea que es la verdadera. Porque Universidad es siempre diálogo, es siempre intercambio de ideas; por consiguiente, la exclusividad ideológica y la negativa dogmática a la discusión -ya se encuentre basada en una posición política, intelectual o religiosa- atenta contra el espíritu universitario, corroe sus bases mismas y transforma la institución en una escuela de adoctrinamiento.

¿Qué es, entonces, una Facultad de Derecho católica? A diferencia de lo que pudieran pensar quienes tienen cierta animadversión contra la perspectiva religiosa, no es la que enseña un dogma sino, más bien, aquella que se abre al diálogo sin límites, que se apoya en su credo para pedir que también la fe tenga derecho de participar en ese fecundo encuentro intelectual que se produce en el seno de la Universidad. Históricamente, las universidades católicas se fundaron para contrarrestar el dogmatismo laicizante de las universidades públicas; no querían cerrar la discusión y enseñar sólo lo suyo sino, por el contrario, querían abrir espacios donde la discusión fuera posible porque las corrientes laicistas habían cerrado el paso al pensamiento católico en las universidades estatales.

No se trata, entonces, de «catolizar» el Derecho a la fuerza sino de asegurar el diálogo y la presencia del espíritu católico también en la discusión jurídica. No hay un «Derecho católico», como no hay unas «Matemáticas católicas», ni una «Física católica», ni una «Astronomía católica». La catolicidad en esta materia no es un dogma, sino una atmósfera, una actitud: no es una letra, sino un espíritu que vivifica, como decía San Pablo; y puede vivificar cosas diversas y contradictorias, porque no esta-

[6] LARRAIN, Hernán. "Misión específica de la Universidad Católica". En: Universidad Católica, hoy. Consejo Episcopal Latinoamericano, Bogotá, 1967. p. 191.

mos en el dominio de la verdad religiosa sino en el seno de la materia controvertible de la relaciones humanas. En su Constitución Apostólica sobre las Universidades Católicas, Juan Pablo II ha dicho que «no hay más que una cultura: la humana, la del hombre y para el hombre». La Universidad Católica existe, pues, porque la Iglesia, «experta en humanidad» al decir del Papa, debe tener un espacio donde pueda contribuir al engrandecimiento de esa cultura humana en todos los campos del saber.

En este sentido, la Facultad de Derecho será más católica en la medida en que sea más Facultad de Derecho, es decir, en la medida que cultive la tolerancia recíproca y esa solidaridad que orienta los estudios a la preocupación por el bien común, en la medida que realice esfuerzos por devolver y acrecentar la dignidad del hombre entendida como la práctica de la libertad, en la medida en que busque la justicia entendida como el desarrollo armónico de la libertad de todos y cada uno de los hombres, y en la medida que todo ello lo haga dentro de marcos de excelencia y de rigor académicos.

6. INFLUENCIA DE NUESTRA FACULTAD EN EL MEDIO

Y es gracias a ese ideal católico de Facultad de Derecho, abierto como lo hemos expuesto, que nuestra institución ha tenido en sus 75 años de vida una influencia notable en nuestro medio: no ha vivido nunca de espaldas a la realidad peruana sino, por el contrario, profundamente comprometida con ella desde su perspectiva universitaria. No se ha dejado atrapar por las vanidades de la acción política, lo que hubiera afectado su identidad eminentemente intelectual y reflexiva. Sin embargo, ha tenido siempre la mirada puesta en el Perú y, en tanto que Facultad de Derecho, ha contribuido al engrandecimiento de nuestro país aportando numerosos magistrados, famosos abogados, parlamentarios, diplomáticos. Entre sus profesores y exalumnos se cuentan Presidentes y Vocales de la Corte Suprema, Presidentes del Senado, Primeros Ministros, así como internacionalistas de gran prestigio que han llegado a ocupar los cargos más altos en la organización política del mundo.

También la Facultad ha participado en forma protagónica, a través de sus profesores y antiguos alumnos, en la formación de las grandes leyes: varias Constituciones, el Código Civil de 1984, el reciente Código Penal, los recientes Códigos Procesal Civil y Procesal Penal, y un gran número de otras leyes de vital importancia para el país.

Un aspecto que debe ser particularmente enfatizado es la contribución de la Facultad a la renovación de la metodología de enseñanza de los estudios de Derecho en el Perú.

Hace ya veinte años, un grupo de profesores entusiastas de nuestra Facultad decidieron innovar en la forma como se enseñaba el Derecho en el Perú. El punto de partida era muy simple, pero muy sano: si el Derecho es fundamentalmente un método de razonamiento antes que un conjunto de leyes, hay que enseñar a los alumnos a razonar jurídicamente antes que exigirles que aprendan casi de memoria las normas vigentes y las interpretaciones dogmáticas que algunos tratadistas pretendían darles.

Con esa idea en la mente, la Facultad envió a profesores mayores y a profesores jóvenes a los Estados Unidos, primero para buscar ahí una orientación sobre el cambio de los métodos de enseñanza; y luego, una vez que se habían optado por ciertas líneas metodológicas, para que aprendieran a enseñar. Y es de esta manera como se adoptó a la realidad peruana el llamado «método activo» que fue ideado originalmente por Langdell en la Universidad de Harvard y que luego se extendió a todas las Escuelas de Derecho y de Administración de Empresas de los Estados Unidos.

Más allá de las divergencias o los matices, la reforma representó un fenomenal esfuerzo de reflexión sobre los estudios de Derecho; y toda reflexión es siempre estimulante.

La modernización no logró implantarse sin dificultades. Pero ahora que han pasado los años y que las exaltaciones de sus entonces defensores y de sus entonces detractores se han calmado, podemos ver serenamente que en el fondo todos buscábamos lo mismo, y que esa reforma ha dado un resultado muy positivo. No cabe duda de que la mayoría de nuestros profesores actualmente no se limita a repetir fórmulas legales o a dar someras explicaciones dogmáticas sino que analizan críticamente el orden legal vigente y ofrecen la posibilidad a los alumnos de participar en clase y de contribuir a una obra común de discusión intelectual del Derecho. Este espíritu abierto y cuestionador impregna la Facultad, enriquece las diferentes revistas que publican tanto el claustro como los estudiantes mismos y marca a nuestros alumnos con una actitud que ha abandonado la sumisión escolar para asumir plenamente su responsabilidad universitaria.

Pienso que no es incurrir en vanidad institucional decir que nuestra reforma creó un modelo que, de una manera o de otra, hoy todos los centros de estudio

de Derecho del país quisieran adoptar.

La Facultad debe este programa de modernización al entonces Decano, doctor Jorge Avendaño, quien tuvo la idea original y quien alentó su ejecución con extraordinaria fe en lo que estaba haciendo, a pesar de todas las dificultades e incomprensiones que surgieron; motivo por el cual creo que, en un día como hoy, merece un reconocimiento especial por parte de la comunidad académica.

7. HOMENAJE A NUESTROS PROFESORES

Pero yo quisiera aprovechar también esta ocasión tan particular para rendir homenaje a todos nuestros profesores, a los vivos y a los muertos, a todos lo que con su entusiasmo y sus conocimientos han hecho posible que hoy la Facultad celebre sus 75 años en el pie en que se encuentra.

Porque creo que algo que nunca será suficientemente destacado es la labor diaria, casi anónima, de estos docentes que acuden a la invitación de la Universidad para dar lo mejor de sí a las generaciones futuras, sin esperar mayor recompensa. Esta es una Facultad que ha logrado ser lo que es básicamente con trabajo *pro bono*.

Los profesores a tiempo completo ciertamente podrían invertir sus conocimientos mucho más fructíferamente desde el punto de vista económico, si trabajaran en la práctica privada. Porque todos son personas de reconocido prestigio en el medio, que podrían tener un gran éxito profesional, pero que han optado por una vocación académica. Y los profesores por horas están constituidos por un gran número de abogados muy famosos, que no vacilan en entregar una preciada parte de su ocupado tiempo para venir hasta el fundo Pando a enseñar a los alumnos. Conozco a muchos de ellos que, habiendo sido llamados para ocupar cargos de gran responsabilidad en los diferentes Gobiernos que se han sucedido en estos 75 años o habiendo sido elegidos parlamentarios, continuaron sin embargo asistiendo a sus clases a pesar de sus labores tan recargadas.

Los logros de nuestra Facultad de Derecho en estos 75 años son una muestra de la generosidad, de la solidaridad, del compromiso con el país, de todos y cada uno de los que han sido sus profesores durante este tiempo. Y es interesante destacar que la mayor parte de estos profesores son, a su vez, exalumnos de la Facultad. De esta manera, se crea una suerte de círculo productivo de entrega y de vocación académica.

8. INVOCACION A LAS NUEVAS GENERACIONES

Quiero terminar con una invocación a las nuevas generaciones, a los profesores que recién se incorporan al Claustro y a los que todavía son alumnos, pero algún día optarán también por venir a investigar y enseñar en nuestra Facultad.

Se dice habitualmente que los hombre pasan, mientras que las instituciones quedan; y es verdad. Sin embargo, las instituciones quedan sólo porque hay otros hombres que toman la posta, porque hay otros hombres que deciden seguir adelante e ir cada vez más lejos.

Cada generación que asume el papel protagónico dentro de una institución, tiene una responsabilidad muy seria porque se encuentra obligada tanto con el pasado como en el futuro. Con el pasado, porque les es entregado un caudal que es producto del entusiasmo y de las fatigas y sacrificios de muchas vidas anteriores. Con el futuro, porque las generaciones que vienen nos piden siempre que rindamos cuenta de esa herencia recibida, que tenemos obligación de transmitir a los que siguen.

Y el criterio de evaluación en estas rendiciones de cuentas generacionales es aquél que enseñó Cristo en la parábola de los talentos. No podemos despilfarrar lo recibido, pero tampoco basta que lo conservemos simplemente; tenemos la obligación de hacerlo crecer y entregarlo doblado.

LA CODIFICACION

Manuel de la Puente y Lavalle
Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú
Miembro del Comité Consultivo de
THĒMIS - Revista de Derecho

Como bien indica el autor, los diez años de vigencia del Código Civil peruano constituyen una buena ocasión para reflexionar sobre el contenido y la vigencia de sus normas, pero constituyen también el momento propicio para pensar acerca de los beneficios y perjuicios que un sistema de legislación codificada puede traer.
El sistema de la codificación se encuentra profundamente enraizado en la tradición romano-germánica, de la que es partícipe nuestro sistema jurídico. Esto sin embargo, no debe motivar una opnión dogmática favorable a ella, sino que -por el contrario- exige una posición reflexiva, que coteje las ventajas y desventajas de la codificación.
El doctor Manuel de la Puente, maestro de diversas generaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú y miembro de nuestro Comité Consultivo, realiza en el presente trabajo una profunda revisión de la história de la codificación y analiza también la opción adoptada por el legislador peruano. Sus opiniones, sin duda, pueden ser de invalorable ayuda para seguir con mayor criterio los artículos que siguen al presente.

El conmemorar el décimo aniversario del Código Civil peruano de 1984 nos proporciona una privilegiada oportunidad para cuestionar si la codificación es un sistema adecuado para la elaboración del Derecho vigente, cuya problemática constituye uno de los temas que más debates ha suscitado en la doctrina del Derecho Privado. El meollo del asunto consiste en establecer si es conveniente o no la codificación.

Pienso que para abordar este tema es preciso tomar posición respecto de si el Derecho es un arte o una ciencia. Nos dicen Colin y Capitant[1] que para resolver esta cuestión hay que recordar las diferencias existentes entre el arte y la ciencia. La ciencia es el conocimiento metódico de las leyes de la naturaleza; cada ciencia en particular **es el conocimiento de un grupo especial de estas leyes, de aquéllas que se refieren a un orden determinado de fenómenos. Un arte, por el contrario, es un conjunto de procedimientos combinados para alcanzar un resultado bello o útil.**

Esto sentado, el Derecho puede ser considerado a la vez como ciencia y como arte. Constituye una **ciencia**, rama de la ciencia general denominada **Sociología**, en tanto que la observación de los hechos, y gracias al concurso de sus ciencias auxiliares, la Historia y la Economía Política, deduce el conocimiento de las necesidades sociales, y en tanto también que en el estudio y comparación de las legislaciones positivas, busca la indicación de las aspiraciones de la conciencia jurídica universal y de los medios por los cuales ésta se realiza. El

[1] COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henry. Curso elemental de Derecho Civil. Reus, Madrid, 1952. t. I, p. 17.

Derecho es igualmente un **arte**, entendido como **política**, ya procure la combinación técnica de los procedimientos jurídicos destinados a satisfacer estas necesidades o aspiraciones (arte o política legislativa), ya aplique los preceptos formulados por la legislación existente para resolver los problemas y las dificultades concretas de la vida jurídica (arte o política jurisprudencial).

Ahora bien, ¿cómo se manifiesta o exterioriza el Derecho?

La forma de manifestación del Derecho obedece a tres sistemas. El primero es el de las **costumbres jurídicas**, elaboradas con la dirección de una casta o de la clase privilegiada de un pueblo determinado. En segundo término el sistema de la **recopilación**, que consiste en una serie de leyes dictadas en épocas distintas y recogidas atendiendo bien sea a un orden cronológico, o bien a un orden deficientemente sistemático y sin responder a una unidad orgánica. Por último, el sistema de la **codificación**, que se manifiesta a través de un cuerpo de leyes referentes a una rama especial y que representa un todo armónico y sistemático. Según Puig Peña, «esta manifestación tripartita de las normas de manifestación del Derecho sigue un orden escalonado en cuanto al desarrollo histórico y puede considerarse como una ley natural de la evolución»[2].

Dejemos de lado, para los efectos de esta exposición, el sistema consuetudinario, que rigió en todos los pueblos desde los albores de la historia, para avanzar un poco más y ubicarnos en el preámbulo inmediato de la codificación, que es el sistema de la recopilación.

Creo que para conocer este sistema debemos remontarnos, como un punto prudente de partida, al Derecho Romano. Existen en este Derecho unas legislaciones antiguas, que se concretaron en los llamados Códigos Gregoriano, Hormogeniano y Teodosiano, que eran, en realidad, recopilaciones de leyes, reglamentos y principios de Derecho, dispuesto el material legislativo y doctrinal en forma cronológica con alguna ordenación por materias.

El primer esfuerzo técnico en materia de codificación lo ha constituido el *Corpus Juris Civilis* de Justiniano. Conviene detenernos aquí un momento dada la importancia de esta obra.

Justiniano fue un emperador del Imperio Romano de Oriente que, después de haber reunido bajo su dominación la mayor parte de las antiguas posesiones romanas, decidió reunir también la legislación romana y, según sus propias palabras, «como reparásemos que todo el sendero de leyes, que desciende desde la fundación de la urbe de Roma y desde los tiempos de Rómulo, es de tal modo confuso que se extiende indefinidamente y no es comprensible por humana capacidad, fue nuestro primer cuidado comenzar por los antepasados sacratísimos príncipes, y enmendar y trasmitir a una vía luminosa sus constituciones, para que, reunidas en un código y purgadas de toda superflua repetición y de toda iniquísima discordancia, ofrezcan a todos los hombres pronta defensa de sinceridad».

A fin de llevar a cabo tan improba tarea, Justiniano encomendó al gran jurista Triboniano que organizara un equipo de investigadores, posteriormente llamados «los compiladores», para que, con gran libertad y utilizando su propio criterio «reunieran y enmendaran todo el Derecho Romano y presentaran recopilados en un Código los dispersos volúmenes de tantos autores (cosa que nadie se habría atrevido ni a esperar ni a desear)».

En un tiempo relativamente breve, del año 528 al año 533, los compiladores llevaron a cabo su gigantesca tarea de formar el *Corpus Juris Civilis* que consta de cuatro partes:

1).- Las **Instituciones**, que constituyen un tratado elemental de Derecho, pero son un Código a la vez, compuesto por Triboniano y por dos profesores de Derecho, Doroteo y Teófilo;

2).- El **Digesto o Pandectas**, que es la parte más valiosa y extensa. Contiene extractos de 39 juristas romanos, entre quienes se encuentran Ulpiano, Paulo, Papiniano, Pomponio, Gallo y Modestino. El Digesto fue compuesto por Triboniano y por una comisión (de 4 profesores, 11 abogados y 1 funcionario) que él mismo eligió por encargo del Emperador;

3).- El **Código**, que contiene constituciones imperiales desde la de Adriano hasta la de Justiniano; y,

4).- Las **Novelas**, que son leyes especiales, dictadas por Justiniano después de la terminación de su propio Código.

[2] PUIG PEÑA, Federico. Tratado de Derecho Civil español. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957. t. I, vol. I, p. 96.

Según Ennecerus[3], el *Corpus Juris Civilis* no es en modo alguno una refundición del Derecho al modo de los Códigos modernos, sino que, en sus partes capitales, el Digesto y el Código, constituyen una mera recopilación de extractos totalmente literales de los escritos de los juristas clásicos y, respectivamente, de las constituciones de los emperadores, con muchas alteraciones (interpolaciones) hechas en parte a consecuencia del progreso experimentado entre tanto por el Derecho, y en parte para evitar contradicciones dentro de la codificación.

El *Corpus Juris Civilis*, pese a estar orientado hacia la codificación y de constituir un importante paso hacia ella, se limitó a ser una recopilación, muy bien lograda, por cierto, pero a la que le faltó la unicidad metódica que caracteriza la codificación.

Después del *Corpus Juris Civilis* sigue históricamente, también en el camino hacia la codificación, el Derecho Canónico, que es el creado en la Edad Media por los órganos de la Iglesia, especialmente el Derecho del *Corpus Juris Canonici*, que comprende las cuatro colecciones siguientes:

1).- El **Decretum Gratiani**, compuesto por el monje Graciano, que primero enseñó Derecho Canónico en Bolonia.

2).- Las **Decretales** de Gregorio IX, que son una colección de las Decretales dictadas después del Decreto de Graciano y que fueron remitidas a la Universidad de Bolonia.

3).- El **Libro Sexto** de Bonifacio VIII que fue publicado mediante remisión a las Universidades de Bolonia y París; y

4).- Las llamadas **Clementinas**, que son una colección ordenada por Clemente V y que publicó su sucesor Juan XXII enviándola a las universidades de Bolonia y París.

El *Corpus Juris Canonici*, a semejanza del *Corpus Juris Civilis*, no es tampoco un Código propiamente dicho, sino una colección de reglas que se apoyan en el Derecho Romano, al cual modifica; y su recepción en los tribunales seglares ocurrió fácilmente y sin reparos, en parte porque el Derecho Canónico, en concepto más moderno, se ajustaba a las necesidades del tráfico mejor que el Romano, y en parte porque su enseñanza se difundió antes en las Universidades, especialmente en la de Bolonia.

Se ha visto anteriormente que en la labor histórica del Derecho Comparado hay tres sistemas que, cronológicamente, son el de las costumbres, el de la recopilación y el de la codificación, que se suceden históricamente, como una ley natural de la evolución. Con el Corpus Juris Civilis y el Corpus Juris Canonici se fue cumpliendo el sistema de las recopilaciones, que preparó el camino hacia el tercer sistema, que es el de la codificación propiamente dicha.

Conviene, antes de adentrarnos en este tercer sistema, conocer cuál es el verdadero significado de la codificación. Nos dice Castro y Bravo que, a diferencia de las recopilaciones que son colecciones a las cuales les falta unidad, «la codificación, en cambio, se supone una visión total del mundo, la conciencia de una serie de principios rectores, que dan unidad orgánica al ordenamiento de la sociedad. En el curso de la Historia, los legisladores se han lanzado a esta ambiciosa tarea sólo en momentos excepcionales; el siglo XIX ofrece el fenómeno de que la gran crisis de pensamiento de la época se manifiesta en una serie de movimientos codificadores, que generalizan y hasta vulgarizan la forma codificada»[4].

¿Porqué se llega en diversos países a plasmar este anhelo de la codificación?

Hacer un buen Código, organizador del convivir general de acuerdo con el sentimiento e ideal nacional, es, según el mismo autor, tarea nada fácil; pero una vez realizada, será de enorme trascendencia, tanto si nace para implantar un ideal revolucionario, como si se limita a conseguir la unidad de la legislación según los moldes ya aceptados. «Sea cualquiera la tendencia a que sirva, supone una condensación de ideas que, con ello sólo, adquieren una mayor fuerza de expansión; su carácter monumental les confiere el valor ejemplar de la obra lograda y la estabilidad de la labor difícil de rehacer; para la Nación que lo realizó es internamente un centro de seguridad jurídica, de permanencia institucional y el herramental más seguro para la unidad jurídica, y con ello, para la unión política social de su pueblo; externamente, manifiesta el poder creador de los hombres de un

[3] ENNECERUS, Ludwig. Derecho Civil (parte general). Bosch, Barcelona, 1953. vol. I, p. 14.

[4] CASTRO Y BRAVO, Federico de. Derecho Civil de España. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955. t. I, p. 194.

país y una raza, y será un medio enérgico de influencia cultural».

A la luz de estas ideas, el primer movimiento codificador, en el verdadero sentido de la palabra, lo inicia la emperatriz María Teresa de Austria en 1752 al crear una comisión compiladora a fin de dar a todos los países que formaban el Imperio Austríaco una ley uniforme en materia de Derecho Civil. La labor de esta Comisión fue reimpulsada por el emperador José II y continuada por su sucesor el emperador Leopoldo II, aprobándose el proyecto definitivo el 1 de julio de 1811 como Código vigente en todos los territorios del Imperio, menos en los de la Corona de Hungría. Este Código Civil austríaco, que, como dice Von Tuhr, vino a separar Austria de la comunidad del Derecho que hasta entonces la unía a Alemania, fue formado bajo la influencia del Derecho natural.

Aunque la codificación austríaca ocupe el primer lugar por figurar en el tiempo en una situación cronológica de gestación legislativa anterior al Código Civil francés, éste, sin embargo, es el que debe ser estudiado en primera línea por su relevancia e interés y por ser el punto de partida del movimiento moderno de la codificación.

Es de todos conocido -por la gran difusión que se le ha dado- el proceso francés de codificación, lo que hace innecesaria una descripción minuciosa de este proceso.

El Código Civil francés, posteriormente denominado Código Napoleón, tuvo la gran suerte, según Planiol, de ser **hecho en un momento preciso**, ni antes ni después. No antes, porque entonces hubiera padecido los embates del rudo ambiente revolucionario, resintiéndose entonces de los arrebatos de la pasión política. No después, porque entonces hubiera cedido a las severidades del régimen militar y al espíritu de reacción, que poco a poco y al amparo del nuevo orden napoleónico se iba desarrollando cada vez más.

Napoleón Bonaparte se identificó de tal manera con el Código Civil, que más tarde, cuando fue Emperador, lo impuso en los territorios que iba conquistando Francia. Sin embargo, hay ante todo un hecho singular y muy característico, y es que en aquellos países en que fue impuesto por las armas de Napoleón después de quedar liberados algunos de ellos, lo aceptaron íntegramente: tal es el caso de Bélgica y el Gran Ducado de Luxemburgo, lo que constituye un fenómeno singular en la Historia.

Cuentan que después de haber sido destronado, dijo Napoleón, desde su prisión en Santa Elena: «Mi verdadera gloria no está en haber ganado 40 batallas; Waterloo hará olvidar mis victorias. Pero lo que no se olvidará, lo que vivirá para siempre, es mi Código Civil». Y la realidad es que 190 años más tarde, el Código Napoleón, si bien con bastantes modificaciones, continúa vigente.

En Alemania la situación fue diferente. Como consecuencia de la recepción del Derecho Romano consumada en 1550, dice Von Tuhr, dominaba en Alemania un Estado de Derecho que era una mezcla confusa de elementos romanos y germánicos. Con las primeras tendencias de unión política surge en Alemania la aspiración de un Derecho Civil único que dio lugar a una célebre polémica entre Thibaut y Savigny.

En junio de 1814, cuando todavía no hacía tres meses de la entrada de los aliados en París, escribía Anton Friedrich Thibaut, profesor de Derecho en la Universidad de Heidelberg, el prólogo de su folleto «Sobre la necesidad de un Derecho civil general para Alemania».

Relata Stern [5] que, aceptando la idea de que Alemania no realizaría su plena unidad política ni siquiera después de haber conquistado su liberación, las ideas de Thibaut eran que en ninguna parte de Alemania se cumplían los dos requisitos de perfección formal y material que se exigen a toda legislación: todo su Derecho autóctono era un amontonamiento informe de preceptos abigarrados y contradictorios que se anulan unos a otros, que parecen destinados a separar a los alemanes entre sí y a hacer imposible que jueces y abogados conozcan a fondo el Derecho. Un Código nacional permitiría, en el aspecto científico, una visión de conjunto de todo el Derecho y, en la enseñanza académica, haría posible la exposición del Derecho práctico. Pero también cimentaría la «felicidad de los ciudadanos», para cuyas relaciones constituye una plaga la colisión de las leyes locales, debido a lo cual era necesaria la unidad de las leyes civiles.

«Yo opino, dice Thibaut, que nuestro Derecho Civil necesita una rápida transformación y que los alemanes no podrán ser felices en sus relaciones civiles más que cuando todos los gobiernos ale-

[5] STERN, Jacques, La codificación. Aguilar, Madrid, 1970. p. XXIII.

manes traten de poner en vigor, uniendo sus fuerzas, un Código promulgado para toda Alemania, sustraído al arbitrio de los gobiernos singulares».

La obra de Thibaut no logró su propósito, ni podía lograrlo, habida cuenta del estado de las relaciones jurídicas (científicas y prácticas) y de los asuntos políticos de una Alemania debilitada por la guerra y desgarrada por tensiones internas. Pero lo que logró Thibaut, como nadie antes que él, fue despertar el interés general por la cuestión de un Código alemán común, cuya significación nacional y práctica percibió y subrayó correctamente, y exponer ordenadamente todos los argumentos alegados en favor de la unidad del Derecho Civil; hasta entonces, no se había llevado a cabo una ordenación tan completa de los mismos, siendo la misma la que, en lo esencial, se ha utilizado sin variación alguna en la historia de la codificación.

Estimulado por la obra de Thibaut, Friedrich Karl von Savigny expuso por primera vez las ideas que forman la Teoría de la Escuela Histórica, en una obra circunstancial titulada «De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho».

Dice Stern que antes de entrar más detenidamente en el contenido de la obra de Savigny, piénsese en las palabras de Rudolf von Ihering, el más grande de sus discípulos y más tarde poderoso impugnador: «La importancia duradera de esa obra está en el aparato de ideas generales que Savigny consideró necesario poner en movimiento contra su adversario: una teoría sobre la naturaleza histórica del Derecho, unida a un esquema de los momentos principales de la historia de su desarrollo y contrapuesta, como concepción "histórica", a la concepción racionalista dominante hasta entonces».

El hilo de las ideas de Savigny se desarrolla en el sentido de que la doble perspectiva histórica y sistemática, indispensable para un jurista, es rara en el siglo XVIII, no existiendo en forma de libro una buena exposición del «Sistema de Derecho romano-alemán»; la literatura jurídica alemana no ha mantenido el ritmo de la formación literaria general. A esta época, que en realidad deja entrever huellas de un espíritu vivo en la ciencia del Derecho, hay que negarle, a partir de entonces, capacidad para la creación de un buen código. Tanto más cuanto le falta dominio de la materia, así como también del lenguaje propio de la ley.

Savigny resume su posición frente a los partidarios de un código, diciendo:

«En el fin, estamos de acuerdo: queremos una base de un Derecho seguro, seguro contra la injerencia de la arbitrariedad y los designios injustos; queremos la misma comunidad de la Nación y la concentración de sus esfuerzos científicos en el mismo objeto. Para este fin, ellos piden un Código, el cual sólo traería la deseada unidad para la mitad de Alemania, y la otra mitad quedaría, en cambio, aún más separada que antes. Yo considero que el medio más apropiado está en una ciencia del Derecho orgánica progresiva, que puede ser común a toda la Nación».

«También estamos de acuerdo en cuanto a la manera de enjuiciar la situación actual, porque ambos reconocemos que es defectuosa. Pero ellos ven la causa del mal en las fuentes del Derecho y creen que su remedio está en un código, y yo encuentro la causa de este mal más bien en nosotros mismos y precisamente por esto creo que no estamos llamados a hacer un código».

Ante la sorpresa de muchos, el planteamiento de Thibaut, si bien retrasado por algún tiempo debido a las objeciones de Savigny, acabó por triunfar, dada la gran necesidad de una unificación jurídica alemana. La primera comisión para la confección de un Código Civil que abarcara todo el Imperio Alemán se constituyó en 1874, la cual preparó el primer Proyecto de Código Civil, que fue publicado en 1888. En 1895 se publicó un segundo Proyecto, debido singularmente a las magníficas aportaciones de Winscheid y Goldschmidt, que fue sometido al Parlamento y aprobado por fin en junio de 1886, entrando a regir el 1 de enero de 1900.

Parecería que ante la presencia de estos dos colosos, el Código francés y el Código alemán, no cabía la elaboración de un tercer gran Código. Sin embargo, la idea de codificar el Derecho Privado entre las naciones aliadas en la primera guerra mundial -comenzando por el Derecho de las Obligaciones- surgió de una conferencia dictada en 1918, en la Universidad de la Soborna por el jurista italiano Vittorio Scialoja. El acto de la Soborna fue presidido por el jurista francés Larnaude, decano de la Facultad de Derecho de París, y éste acogió con entusiasmo la idea expuesta por Scialoja. El acuerdo entre los dos juristas facilitó la creación de una comisión mixta franco-italiana, integrada por dos comités: el de Francia, presidido por Larnaude y en el que figuraban hombres de prestigio mundial en la ciencia jurídica, tales como Lyon-Caen, Capitant, Colin, Demogue, Geny, Josserrand, Ripert, Pillet y otros; y el de Italia, presidido por Scialoja e integrado por hombres no menos prestigiosos como Anziolotti, Ascoli, Chi-

roni, Diena, Polacco y Vivante. Diez años duró el trabajo de la comisión mixta y su resultado fue la redacción de un verdadero Código de las Obligaciones destinado a reemplazar las disposiciones que consagran a esa materia los Códigos Civiles de Italia y Francia.

Pese a las grandes virtudes del Proyecto preparado, no logró plasmarse legislativamente, debido a la incomprensión y a las polémicas políticas de las delegaciones nacionales. Francia se encontraba en la vigilia de la experiencia del frente popular, mientras que Italia se preparaba a entrar en la órbita de la influencia alemana.

En efecto, al advenimiento del régimen fascista, se sintió en Italia la necesidad de sustituir el Código Civil de 1865, impulsada, además, por el deseo de volcar, al mismo tiempo, sobre la nueva ley las ideas que constituían la base del pensamiento político de Mussolini.

Esto determinó que, al fracasar el Proyecto de Código común de las Obligaciones, los italianos reanudaran los trabajos de reforma del Código Civil de 1865 iniciados en 1923, que se iban realizando con parsimonia y concienzuda lentitud. Merced al trabajo de los más ilustres juristas y a los aportes hechos por los organismos más capacitados en el área del Derecho, se empezaron a publicar por partes, a partir de 1938, los distintos libros, para facilitar el estudio de la nueva obra por las comisiones. Esta dispersión quedó cerrada el 16 de marzo de 1942, en que se publicó el Código Civil italiano como texto definido y de conjunto.

No es este el lugar apropiado para hacer una crítica sobre los méritos y deméritos de los Códigos Civiles de Francia, Alemania e Italia. Sin embargo, el desarrollo que se acaba de hacer sirve para poner de manifiesto que Europa continental se ha orientado decididamente por el camino de la codificación, con excelentes resultados plasmados principalmente por sus tres mejores Códigos: el francés, el alemán y el italiano. Sin embargo no han dejado de formularse críticas adversas a esta orientación.

En términos parecidos a la polémica entre Thibaut y Savigny, nos relata Puig Brutau[6] que se produjo otra en Estados Unidos a finales del siglo XIX entre los abogados norteamericanos David Field y James Carter. El primero era favorable a la codificación basada en las consideraciones siguientes: la codificación logrará que incluso los profanos puedan conocer el Derecho; con ella el ordenamiento jurídico se convertirá en un conjunto sistemático y proporcionará una base más firme para la predicción del resultado de un litigio; es preferible tener un código imperfecto que no tenerlo de ninguna clase, pues ninguna nación que ha llegado a codificar ha vuelto al sistema anterior; un código puede ser rectificado y mejorado a medida que se conozcan sus imperfecciones.

James Carter, a quien se ha calificado de nieto intelectual de Savigny, por haber sido discípulo de Cushing, discípulo a su vez de Savigny, escribió en 1884 un opúsculo llamado «El proyecto de codificación de nuestro *Common Law*» en el que se pronuncia en contra de la posición de Field, con los siguientes argumentos: aunque se promulgue un código, los jueces no dejaran de crear Derecho ante la necesidad de dictar soluciones justas para soluciones nuevas o imprevistas; un código no sería más accesible a los profanos que el Derecho resultante de los casos; si los preceptos del Código fuesen muy generales no permitirían conocer el resultado de un litigio con la seguridad que se pretende, y si, por el contrario, su redacción fuese muy concreta, daría resultados injustos ante situaciones nuevas; un Código impediría el desarrollo del Derecho y sus efectos sólo podrían corregirse cuando ya hubiese producido resultados inconvenientes.

Roscoe Pound dice que Carter tenía razón en la medida en que el Derecho norteamericano del siglo XIX carecía de la madurez necesaria para ser codificado, del mismo modo que pudo tener razón Savigny al estimar lo mismo en relación a la Alemania de su tiempo. Pero ninguno de los dos estaba en lo cierto al entender que la legislación no es el medio más adecuado para crear Derecho, aunque tampoco cabe desconocer lo difícil que resulta conseguir que los órganos políticos presten atención a las necesidades del Derecho Privado.

Puig Peña[7] analiza los principales argumentos en contra de la codificación, formulando los correspondientes comentarios.

La **paralización del desarrollo jurídico** ha sido el punto más movido del debate. La fijación del De-

[6] PUIG BRUTAU, José. Introducción al Derecho Civil. Bosch, Barcelona, 1980. p. 77.

[7] PUIG PEÑA, Federico. Op. cit. p. 103.

recho en un cuerpo articulado de leyes, dicen los opositores a la codificación, tenía forzosamente que cortar la evolución jurídica, impidiendo el desarrollo del progreso y obstaculizando su devenir. Casi se ciegan las fuentes, sobre todo la costumbre, y la misma doctrina se transforma de constructiva en simplemente interpretativa. Pero los tiempos se encargaron de desmentir este punto de vista. En efecto, si es cierto que en un principio se produce, al promulgarse un código, una crisis del impulso creador, conforme, en cambio va aquél viviendo en el tiempo, las cosas varían profundamente. Aquella temida paralización del desarrollo es sólo provisional y sumamente transitoria: con la misma evolución social, surgen otra vez los estudios doctrinarios, las construcciones jurídicas de los Tribunales y aún ciertas costumbres que dan vida distinta a una legislación.

El segundo argumento de los impugnadores es la **provocación de la omnipotencia del legislador**. Tampoco este argumento resiste una crítica serena, pues ello hubiera sido cierto si con los códigos el legislador hubiera vuelto las espaldas a la realidad social y hubiera impuesto sus mandatos desconociendo el fondo jurídico del pueblo, alejando, por tanto, a éste de su intervención en el progreso y evolución de su mundo jurídico. Pero la realidad es que el codificador siempre ha partido, quiérase o no, de la conciencia jurídica popular y ha recogido en sus instituciones aquellas líneas fundamentales propias de la estructura jurídica de la conciencia colectiva. Los casos aislados que se han dado en la historia de la codificación, de la incorporación total de cuerpos legislativos extraños, han fracasado generalmente.

Finalmente, el tercer argumento es la **antinomia que generalmente se produce una vez dictado el Código, entre la ley promulgada y el Derecho vivido**. Algo de ello se produce ciertamente con la codificación, pero no con esos caracteres tan rigoristas señalados. En primer lugar, los codificadores se preocupan, al promulgar las leyes, de que las fórmulas que dictan tengan la flexibilidad suficiente para poder amparar relaciones jurídicas nuevas que el poder creador de la mente humana puedan concebir. Pero aún en el último extremo y ante fórmulas estrictas de concepción rigurosa, siempre cabe la posibilidad de una interpretación extensiva o analógica en su caso.

El mismo autor nos proporciona los siguientes argumentos en favor de la codificación.

a) **El favorecimiento de la unidad política**. El efecto unificador del Código es producto del simplicismo de las leyes codificadas, que produce involuntariamente una expansión de su Derecho que manifiesta por vía indirecta el acercamiento entre los connacionales.

b) **Provoca la renovación de los cimientos jurídicos**. El codificar significa aprovechar una coyuntura histórica para examinar la vieja disciplina de las instituciones jurídicas para encajarla con un nuevo sentido, arte y orientación, deducido de las enseñanzas de la práctica, los aportes de la doctrina y los ejemplos de la legislación comparada.

c) **Contribuye a la estabilidad del Derecho**. Las leyes sueltas, aun si se quiere las compiladas, se prestan más a su posible sustitución por el legislador. En cambio, un código es más difícil de destruir sustituyéndolo por otro. La obra legislativa de la codificación es lenta, difícil, requiere una previa labor de comisiones, estudios, petición de informes, crítica, etc., todo lo cual contribuye a la dificultad de sustitución.

d) **Facilita el conocimiento y aplicación de las normas**. Una justicia buena y eficaz requiere que existan pocas leyes, que éstas sean claras y concisas y que estén a la mano del juzgador. No puede en esta cuestión establecerse siquiera comparación con los regímenes legislativos anteriores a la fase codificadora.

e) **Permite elaborar los principios generales que han de servir de base para adaptar el Derecho a la vida**. Por debajo de las normas legislativas concretas corren los principios generales informadores del sistema que vienen a actuar como una infraestructura de todo el organismo. Pues bien, establecidos clara y concretamente estos principios generales, se puede desarticular alguna pieza sustituyéndola por otra, cuando al rozar aquélla con la vida ha demostrado su ineficacia. Muchos, en efecto, han sido los Códigos que han sufrido modificación en sus preceptos y la obra legislativa en general no se ha resentido, porque los nuevos preceptos han respondido a los principios generales que gobiernan el sistema.

El balance entre las ventajas y los inconvenientes de la codificación es favorable a ésta.

Es verdad, y hay que convenir en ello, que la codificación representa una concepción estática de lo dinámico. El Derecho no es -o no es sólo- la norma codificada, sino su vivencia por la sociedad y, por tanto, el Derecho real y vivo es dinámico como la propia sociedad. Ahora bien, la codificación de las instituciones civiles representa un momento preciso y determinado en la vida de las mismas -precisamente aquél en que el legislador

sanciona la vigencia del Código-. De esto derivan las consecuencias que pueden ser negativas: de una parte, la codificación paraliza en algún modo la evolución -la vida real de las instituciones jurídicas-; por otra parte, origina una dualidad entre el Código Civil, de un lado, y la realidad jurídica, de otro.

Sin embargo, pese a esta incuestionable desventaja, la codificación, aunque no debe entenderse que con ella se llega a un resultado perfecto y definitivo, permite comprobar con más facilidad cuál es el Derecho vigente; ofrece más claridad y concisión en las reglas y proporciona mayor seguridad jurídica. Un hecho significativo es que ningún país que ha entrado en la órbita de la codificación sale después de ella, lo que pone de manifiesto que la codificación se adecua al sentir de los pueblos. Por lo demás, la codificación ha representado y representa hoy la **nacionalización del Derecho Civil, y esto en un doble aspecto: hacia el interior de cada Estado**, unificando en línea máxima sus instituciones civiles, que se generalizan a todos los ciudadanos del Estado nacional, asegurando su igualdad ante la ley; hacia el exterior, respondiendo a la exigencia de la soberanía nacional, concretada al respecto en el poder legislativo del Estado.

Al lado del sistema continental europeo del *Civil Law*, el mundo anglosajón se ha caracterizado por la ausencia de Código -aunque no de leyes-, siquiera su Derecho Civil venga representado fundamentalmente por el *Common Law*, que es Derecho en principio consuetudinario, basado en el precedente jurisprudencial, complementado por la *equity* y el *statute law* (leyes especiales), gozando ambos de primacía jerárquica sobre el *Common Law*.

No obstante, el progresivo desarrollo del *Statute Law*, respondiendo a las exigencias de la sociedad industrial y, sobre todo, de la idea social en el Derecho Privado moderno, amplía cada vez más el campo del Derecho Civil legislado en estas naciones, buscando una aproximación con los países occidentales, lo que se manifiesta en los Estados Unidos a través de la reciente codificación de su Derecho Mercantil -Código Lewellyn o *Uniform Commercial Code*-, que, redactado con carácter general, debía ser aceptado voluntariamente por cada Estado. Efectivamente, lo han admitido en su totalidad, con la única excepción de Louisiana. Empero, casi todo el Derecho Civil es competencia de cada Estado, que sin perjuicio de peculiaridades coincide fundamentalmente en todos ellos: así, en la Teoría General de las Obligaciones, Contratos, Propiedad, Familia y Sucesiones.

A su vez, en el Derecho continental europeo se ha producido también una aproximación al sistema anglosajón, que se manifiesta en el reconocimiento de una mayor libertad al Juez en la aplicación de la norma legislativa, la sustitución de la Escuela de la Exégesis por la Escuela de la Libre Investigación Jurídica y la moderna defensa de las metamorfosis económicas y sociales del Derecho Civil de hoy.

He tratado, con esta exposición, de dar una visión general del problema de la codificación por considerar que debemos estar conscientes de las ventajas y defectos del sistema que, por convicción y por tradición, hemos adoptado. Hemos visto que no es un sistema perfecto, pero es necesario reconocer que ninguno puede ufanarse de serlo.

Una de las maneras, la mejor quizá, de paliar los efectos negativos del estatismo (inmovilidad de lo estático) del Derecho que produce la codificación, es actualizar periódicamente los códigos mediante el cambio de aquellas normas que han devenido inadecuadas, bien sea por defectos intrínsecos o bien por la cambiante realidad de la vida, que siempre aventaja al Derecho.

Al respecto, la Ley de Bases del 11 de mayo de 1888, que autoriza al gobierno español para publicar un Código Civil con arreglo a las condiciones y bases establecidas en dicha Ley, dispone en su Base 27 que se establecerán, con el carácter de disposiciones adicionales, las bases orgánicas necesarias para que en períodos de diez años formule la Comisión de Códigos y eleve al Gobierno, las reformas que convenga introducir como resultados definitivamente adquiridos por la experiencia en la aplicación del Código, por los progresos realizados en otros países, que sean utilizables en España y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Es indudable que el Código Civil peruano de 1984, pese a sus incuestionables méritos, adolece ya de las consecuencias del estatismo del Derecho causado por los cambios ocurridos durante los diez años transcurridos desde su entrada en vigencia. Pienso que, siguiendo el pensamiento de la Ley de Bases española, éste es el momento propicio para adecuar sus disposiciones a las situaciones producidas por dichos cambios.

EL ARTICULO VI DEL TITULO PRELIMINAR DEL CODIGO CIVIL PERUANO DE 1984

Juan Monroy Gálvez
Profesor de Derecho Procesal Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú
Universidad de Lima

«El derecho progresa con el pueblo, se perfecciona con él, y por último perece cuando el pueblo ha perdido su carácter.»

Federico Carlos Savigny

"De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho", p. 48.

El doctor Juan Monroy Gálvez, preocupado por la función social de las instituciones jurídicas, realiza un análisis detallado de los antecedentes, la utilidad y la coherencia del artículo VI del Título Preliminar del Código Civil. El autor señala el carácter obsoleto de la concepción del artículo, propia de la etapa precientífica del Derecho Procesal, y lo inadecuado de incluir dentro del Código Civil una norma de este tipo. Culmina su exposición con un juicio sereno, pero justificado: la absoluta prescindencia del artículo en cuestión dentro del sistema jurídico nacional.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE LA INVESTIGACION

El Título Preliminar de un ordenamiento jurídico, suele ser el pórtico en donde se cobijan los postulados filosóficos e ideológicos que han orientado el pensamiento de los legisladores, es decir, de los gestores de tal producto jurídico. Para expresarlo en términos más explícitos, es el lugar en donde podemos encontrar **por qué y para qué** los legisladores han optado por una determinada norma o sistema, dentro del elenco que tenían para escoger.

En el caso de un ordenamiento civil, su título preliminar, entonces, debe postular la concepción que los legisladores tienen sobre cuáles son las relaciones sociales privadas que deben fortalecerse y también las que deben proscribirse dentro de la concepción de un determinado sistema social. Ahora bien, todo lo expresado es una consideración teórica, lo que **debe** ocurrir cuando se elabora un Título Preliminar, pero no necesariamente **es** lo que siempre pasa.

En el caso del Título Preliminar del Código Civil patrio, desconocemos la existencia de investigaciones que -superando el tradicional análisis exegético-, hayan apreciado si éste responde a la vi-

sión globalizadora que hemos considerado como adecuada. Sin embargo, nos atreveríamos a decir que, en tal perspectiva, el trabajo legislativo no ha sido el más afortunado. Así, a manera de ejemplo, advertimos que algunas de las normas [1] tienen una connotación procesal, absolutamente impertinente dentro de la estructura del Código. Es también el caso del artículo X[2].

EL ARTICULO VI DEL TITULO PRELIMINAR DEL CODIGO CIVIL NACIONAL

Una verdad indiscutible -aunque sus efectos a veces se tergiversan- es aquella que afirma que la característica más distintiva del proceso es su rasgo **instrumental**. Esto significa que el proceso es un medio para hacer efectivo los derechos materiales reconocidos en el sistema jurídico. En el caso del proceso civil, éste es un instrumento que permite lograr el cumplimiento de las normas civiles y, por extensión, también de las normas comerciales y de algunas otras disciplinas.

Ahora bien, es necesario identificar el criterio para establecer en qué casos nos encontramos ante una **norma material** y cuándo ante una **norma procesal**. Una aproximación tradicional al tema es considerar que la diferencia es sistemática, vale decir, que las normas materiales están en los códigos que tienen tal calidad y las procesales en los otros. Este criterio, curiosamente, es errado a pesar de ser una expresión tautológica; es común encontrar normas procesales dentro de ordenamientos de derecho material y viceversa.

Asumir este criterio sistemático, por lo demás, es tan absurdo como calificar de sustantivo al derecho material en oposición al carácter adjetivo del derecho procesal, a partir de la consideración que el segundo sólo es la expresión circunstancial del primero. Ambos son trascendentes, tienen contenido, estructura y sistemas explicativos de su contenido. Siendo así, el hecho que la norma procesal le otorgue material, es decir, que la haga realizable, no reduce su importancia ni tampoco su autonomía.

El tema descrito es relevante para el presente trabajo, en tanto es esencial identificar la naturaleza de la norma en estudio. ¿Se trata de una norma procesal o material? En las conclusiones de este trabajo, proveeremos al lector de una respuesta que será provisional y precaria, dado que la definitiva correrá a cargo de cada quien.

Otro tema trascendente es la utilidad de la norma. Vivimos una época -en el plano jurídico- signada por la necesidad de adecuar el Derecho a los raudos e incontrolables cambios que la ciencia y la tecnología producen en la realidad. El Derecho es cada vez menos el recuento histórico de las teorías más destacadas que, dígase de paso, han sido propuestas y desarrolladas para otras sociedades. Hacer Derecho en el Perú ya no debe consistir en conocer tesis foráneas para luego aplicarlas mecánicamente a nuestra sociedad, so pretexto de «hacerla progresar».

El reto del jurista nacional es ser el puente que conecta el Derecho -una superestructura formada por un amasijo de información expresada en distintos idiomas y referida a distintas sociedades- con las exigencias de su sociedad, con sus carencias, sus frustraciones, sus anhelos. Ya se ha perdido bastante tiempo en perseguir las sombras de las ideas jurídicas, ha llegado el momento de desentrañar sus vísceras y descubrir en ellas los postulados necesarios para proveer a nuestra sociedad de un Derecho ordenado, coherente, realista y, sobre todo, socialmente útil.

El reconocimiento de la autonomía científica del Derecho Procesal es un hecho históricamente reciente, tal vez no haya cumplido un siglo. No es exagerado afirmar que en el caso nacional, se trata de un acontecimiento que, a la fecha, es más intuido que conocido por la mayoría de los juristas nativos. La reciente vigencia del Código Procesal Civil [3], ha determinado una suerte de reacomodo

[1] "Artículo VI.- Para ejercer o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral.
El interés moral autoriza la acción sólo cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley.
Artículo VII.- Los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda.
Artículo VIII.- Los jueces no pueden dejar de administrar por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano."

[2] "Artículo X.- La Corte Suprema de Justicia, el Tribunal de Garantías Constitucionales y el Fiscal de la Nación están obligados a dar cuenta al Congreso de los vacíos o defectos de la legislación.
Tienen la misma obligación los jueces y fiscales respecto de sus correspondientes superiores."

[3] Si bien el Decreto Legislativo Nº 768 fue promulgado en febrero de 1992, el Código Procesal Civil entró en vigencia el 28 de julio de 1993.

en los estudios jurídicos, apreciándose un auge de los estudios procesales, antes despreciados porque sólo consistía en un severo esfuerzo memorístico por fijar en la mente algunas formalidades cuya exigencia era determinante para «el ejercicio o defensa de los derechos sustantivos».

Este tema viene a colación porque -adelantando conclusión-, nos parece que la norma en estudio, es un ejemplo palmario de negación de la calidad científica de la materia procesal por parte del jurista nacional. Como resulta evidente, una forma de restarle calidad científica a los estudios procesales, consiste en ingresar a sus «fueros» con más audacia que prudencia.

Las líneas que siguen sólo pretenden convertirse en una contribución -mínima, es cierto- a los esfuerzos que la civilística nacional viene haciendo para reformar el Código Civil patrio, tan pródigo en méritos como voluptuoso en el número de normas procesales incorporadas[4].

Por lo demás, ya es tiempo que los estudios jurídicos sean interdisciplinarios. Ha llegado el momento de romper con las aduanas mentales que controlan accesos a la información jurídica, barreras sostenidas en base a taxonomías creadas para ordenar las ideas, pero equívocamente entendidas como medios para cercenar la aventura intelectual.

En definitiva, el presente trabajo, bien puede ser sólo un pretexto para proclamar que el proceso no es más el hermano desvalido de otras disciplinas jurídicas. Afirmamos que el proceso ha dejado de depender de otras disciplinas para expresarse o estudiarse. Tiene categorías, métodos, estructuras y sistemas; ergo, es una ciencia. Precisamente cuando se le desconoce tal calidad, se elaboran normas como el artículo en estudio.

Antecedentes del Artículo VI

Podríamos remontarnos a normas del siglo pasado, las que, aún cuando fuese indiciariamente, desarrollan la temática contenida en la norma en estudio. Sin embargo, en atención a la brevedad del presente trabajo, sólo haremos alusión a las que constituyen su antecedente directo.

El Código Civil de Brasil de 1916 tiene dos artículos[5] que son de particular importancia para nuestra investigación. En sus génesis, los proyectos de estos artículos tuvieron otra numeración, aun cuando su racionalidad es la misma. Así, el artículo 174 del Proyecto es importante porque de él se advierte el uso incorrecto -en estricto precientífico- del concepto acción. Siendo un tema que desarrollaremos a continuación, sólo importa precisar ahora que el germen de la distorsión lo identificamos en la norma citada.

El artículo 175 del mismo Proyecto, salvo mínimos detalles de traducción, constituye el antecedente directo del artículo IV[6] del Título Preliminar del Código Civil de 1936, el que a su vez es el precedente inmediato de la norma en estudio. Siendo así, va a resultar de considerable importancia conocer su génesis, y luego, a partir de tal información, saber si fueron las mismas razones las que motivaron al legislador nacional a proponer su incorporación casi literal al código patrio.

Las Razones de Bevilaqua

En su obra de comento a la gestación del Código Civil de Brasil, Bevilaqua[7] desarrolla su concepto de acción expresando lo siguiente:

«*A acçao, modo de efectividade de Direito, é um elemento essencial de seu conceito. Subjetivamente o Direito é um interesse que a lei protege. O interesse é a par-*

[4] El profesor Lorenzo Zolezzi Ibárcena cita 473 artículos con contenido procesal en el Código Civil (ZOLEZZI IBARCENA, Lorenzo. "Disposiciones de contenido procesal". En: *Para Leer el Código Civil II*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1985. p. 15).

[5] "Artículo 174. Todo direito reconhecido é provido de una acçao que lhe garante o exercicio" (Todo derecho reconocido tiene una acción que le garantiza su ejercicio).
Artículo 175. Para propór uma acçao em juizo, assim como para contestala, é necessario ter nella interesse legítimo, seja economico ou de orden moral. (Para proponer una acción en juicio, así como para contestarla, es necesario tener interés legítimo, sea económico o de orden moral).
O interesse moral só autoriza a acçao quando se referir directamente ao autor ou á sua familia." (El interés moral sólo autoriza la acción cuando se refiere directamente al actor o a su familia).

[6] "IV. Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral. El interés moral sólo autoriza la acción cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley.

[7] BEVILAQUA, Clovis. Código Civil Brasileño: trabajos relativos a su elaboración. Imprensa Nacional, Río de Janeiro, 1917 y 1918. vol. I y II.

te nuclear, a protecçao legal, o tegumento com que a sociedade reconhece a consonancia entre o egoismo do individuo e as necessidades da co-existencia humana». (La acción, como modo de efectividad del Derecho, es un elemento esencial de su concepto. Subjetivamente, el Derecho es un interés que la ley protege. El interés es una parte nuclear, la protección legal, el revestimiento con que la sociedad reconoce la relación entre el egoísmo del individuo y las necesidades de la coexistencia humana)[8].

La opinión de Bevilaqua es trascendente, porque no se trata únicamente del comentarista del Código Civil de Brasil, sino que es también uno de sus autores, incluso por la defensa que hace de los artículos del Proyecto, bien podría tratarse de su proponente. De la cita se advierte que el jurista brasileño asume el concepto clásico de acción vigente en la etapa previa a los estudios científicos del Derecho Procesal. Así, considera que la acción está **incorporada** *al derecho. Respecto del interés,* considera que es el elemento central del derecho, por otro lado, manifiesta que es la manera como se expresa en la sociedad la relación entre el individualismo y las exigencias de una vida en sociedad. Adviértase que su referencia es al interés como parte central del derecho, como elemento requerido de protección.

En el volumen II de su obra, Bevilaqua presenta algunos aportes que alcanzaron distintas personas e instituciones comentando el Proyecto de Código Civil de su patria. Son de singular importancia, respecto del artículo 175 del Proyecto, el que pasó a tener el N° 185, las críticas presentadas por la Comisión de la Facultad Libre de Derecho de Río de Janeiro. Reproducimos los cuestionamientos que, como se advertirá, son tan lacónicos como contundentes:

«*Artículo 185- E materia puramente processual, sobre que aos Estados compete legislar.* (Es materia puramente procesal, sobre la que a los Estados les compete legislar).

Demais, é livre o direito de propor a acçao. Só a sentenca decidirá si o autor tem nela interesse legitimo, seja economico ou de ordem moral.» (Además, es libre el derecho de proponer una acción. Sólo la sentencia decidirá si el autor tuvo interés legítimo, sea económico o de orden moral)[9].

En primer lugar, la Comisión recuerda que el tema contenido en el artículo es procesal -«puramente» dice- por tanto, deducimos que está afirmando su excentricidad en el Código Civil .

En segundo lugar, y ésta es la crítica trascendente, *la Comisión asume de manera categórica la tesis* del derecho de acción como **derecho abstracto**, es decir, un derecho absolutamente desprovisto de contenido, tanto que puede ser intentado sin necesidad de que quien lo hace, sea titular de un *derecho material, siendo también innecesario* que este derecho se encuentre afectado.

Asimismo, al analizar los requisitos planteados por el artículo al ejercicio del derecho de acción, concluyen -en nuestra opinión con toda razón- que la existencia de interés legítimo en el actor sólo será advertida en la sentencia y no en el inicio del proceso.

Bevilaqua contesta las objeciones en la misma obra[10], insistiendo en su concepción monista del derecho y de la acción, ésta como elemento integrado a aquél. Además considera indispensable citar -y eso es lo que dice hace el artículo- lo que denomina «condiciones subjetivas esenciales para que la acción pueda ser propuesta». El considera que esas condiciones son el interés para obrar y la cualidad para obrar, las que están presentes la primera en el artículo 174, y la segunda en el 175.

Afirma también que el defecto de los críticos es

[8] BEVILAQUA, Clovis. *Op. cit.* vol. I, p. 26.

[9] BEVILAQUA, Clovis. *Op. cit.* vol. II, p. 35.

[10] "*Primeira accusaçao: é materia puramente processual. Para mostrar o equivoco dos criticos, basta considerar que o direito e a acçao se apresentam aos olhos do jurista como dous momentos da mesma idea, dous aspectos do mesmo phenomeno, e que, si o direito é o interesse que a lei protege, para reintegrar o direito violado é necessario que esse interesse realmente exista.* (Primera acusación: es materia puramente procesal. Para demostrar el equívoco de los críticos, basta considerar que el derecho y la acción se presentan a los ojos del jurista como dos momentos de una misma idea, dos aspectos de un mismo fenómeno, por lo que, si el derecho es el interés que la ley protege, para reintegrar el derecho violado es necesario que ese interés realmente exista).
Tendo o projecto, no articulo 184, declarado que todo direito é previdio de acçao, era indispesavel completar o pensamento, estabelecendo as condiçoes subjetivas essenciaes para que a acçao pudesse ser proposta. (Teniendo el proyecto, en el artículo 184, declarado que todo derecho está provisto de acción, era indispensable completar el pensamiento, estableciendo las condiciones subjetivas esenciales para que la acción pudiese ser propuesta).
(Continúa en la siguiente página)

que no han advertido que el tema no es puramente procesal, sino que se encuentra en la frontera entre éste y el Derecho material. Finalmente considera que si bien todo es opinable, le parece una aberración considerar que la acción sea pasible de ser usada, se tenga o no interés.

Como resulta evidente, la tesis de Bevilaqua no logra sostenerse a pesar de los bríos del proponente. En efecto, tal como reclama la Comisión, se trata -en el mejor de los casos- de una norma de contenido procesal, con efecto procesal y para ser tenida en cuenta en un proceso, ergo, una norma procesal. Si bien en el tema de la legitimidad para obrar suele decirse que ésta tiene aristas materiales y procesales, el contexto genérico de lo que él da en llamar «condiciones subjetivas», integra en su conjunto lo que en doctrina suele denominarse condiciones de la acción, un tema absolutamente procesal.

Finalmente, es comprensible que Bevilaqua haya asumido con tanta contundencia la teoría concreta de la acción -sólo demanda quien tiene derecho-, dado que fue la predominante en su época. Sin embargo, desde Carnelutti en adelante, hoy asoma como posición pacífica en la doctrina el carácter abstracto del derecho de acción, es decir, que cualquiera puede demandar -ejercer su derecho de acción-, sin que el elemento subjetivo referido a la legitimidad de su interés sea obstáculo para tal acto.

A la fecha, las normas del Código Civil de Brasil han quedado prácticamente con la estructura original del Proyecto, habiendo cambiado sólo de numeración[11].

Análisis de la Norma

En primer lugar, en la línea de las propuestas descritas al inicio del presente trabajo, **afirmamos que la norma investigada es una norma procesal**. Lo es porque su uso por el ciudadano sólo es factible de concretarse **dentro del proceso o para el proceso**. La norma procesal enseña qué se puede hacer o no dentro de una relación procesal y de qué manera. Por oposición, consideramos que las normas materiales se caracterizan porque contienen una propuesta de comportamiento social, es decir, postulan una conducta determinada en el espectro de las relaciones sociales. Si bien esta postulación es regularmente por gratificación, puede ser también por sanción. Es decir, la norma

Essas condicoes ou requisitos do exercicio da acçao, segundo os mais conceituados jurisperitos sao: o interesse de agir, que o projecto consagra no artículo 185; a qualidade para agir (artículo 181) e a capacidade de estar em juizo, que corresponde á capacidade de ser sujeito nas relaçoes de direito. (Esas condiciones o requisitos del ejercicio de la acción, según los más calificados juristas son: el interés para obrar, que el proyecto consagra en el artículo 185; la cualidad para obrar (artículo 1810 es la capacidad de estar en juicio, que corresponde a la capacidad de ser sujeto en las relaciones de derecho).
Evidentemente, só ao direito material, e entre nós só ao direito nacional e nao ao regional, cabe fixar as condiçoes dessa capacidade porque direito sem acçao é un conceito falho, é uma aspiraçao, um desejo desprovido de condiçoes de realizabilidade. (Evidentemente, sólo al derecho material, y entre nosotros sólo al derecho nacional y no al regional, cabe fijar las condiciones de esa capacidad porque derecho sin acción es un concepto errado, es una aspiración, un deseo desprovisto de condiciones de realizabilidad).
O engano dos censores procede do facto de verem o assumpto desenvolvido em compendios de processo, nao tendo advertido que assim é, porque o assumpto está situado justamente na fronteira do direito material, offerecendo o ponto de conexao entre elle e o processo, e nao tendo observado que tambem os civilistas expoem a materia, como é facil ver em Windscheid, Chironi, Gianturco, etc. (La equivocación de los críticos se origina en el hecho de ver un asunto desarrollado en ámbitos procesales, sin tener en cuenta que el asunto está situado justamente en la frontera del derecho material, siendo el punto de conexión entre éste y el proceso, sin observar también que los civilistas tratan esta materia, como es fácil ver en Windscheid, Chironi, Gianturco, etc.,.).
Emfim, é uma opiniao. O que, porém, se me afigura uma verdadeira aberraçao dos principios assentes na doctrina é affirmase que o direito de propor a acçao é livre a todos, tenham ou nao interesse que é a sentenca que decide si o autor tem ou nao interesse. A sentenca nao pode decidir si autor tem interesse em propor a accao, declara em um conflicto de interesses juridicos, si realmente existe e a quem pertence o direito sobre que se questiona. Pela estranha doutrina do parecer, poderia o primeiro individuo, a quem tal idea passasse pela cabeça, accionar Mevio pelo que este devesse a Ticio, propor o divorcio de dous conjuges, porque lhe parece que se acham nas condiçoes requeridas pelo artículo 82 do decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890. (En fin, es una opinión. Lo que, por ejemplo, considero es una verdadera aberración de los principios reconocidos en la doctrina, es afirmar que el derecho de proponer una acción es libre para todos, tengan o no interés, y que es la sentencia la que decide si el actor tiene o no interés. La sentencia no puede decidir si el actor tiene interés en proponer una acción; ésta declara en un conflicto de intereses jurídicos, si realmente existe y a quién pertenece el derecho sobre el cual se discute. Por la extraña doctrina al parecer, podría el primer individuo, a quien tal idea pasase por la cabeza, accionar Mevio por lo que éste debiese a Ticio, proponer el divorcio de dos cónyuges, porque le parece que se dan las condiciones requeridas por el artículo 82 del decreto n. 181 del 24 de enero de 1890).
"*O absurdo é patente*" (El absurdo es patente). BEVILAQUA, Clovis. Op. cit. pp. 616-617.

[11] "Artículo 75.- *A todo o direito corresponde uma acçao, que o asegura.*" (A todo derecho le corresponde una acción que le asegura).
"Artículo 76.- *Para propor, ou contestar uma acçao, é necessário ter legitimo interesse económico, ou moral. (Para proponer o contestar una acción, es necesario* tener legítimo interés económico, o moral).
Parágrafo único. *O interesse moral só autoriza a acçao quanto toque directamente ao autor, ou á sua família.*" (Parágrafo único: el in-

propone una conducta como lo más adecuada o la condena como inicua, pero siempre en el espectro de las relaciones sociales.

En segundo lugar, afirmamos que su ubicación en el Código Civil es una excentricidad, a la fecha absolutamente inútil. Ahora bien, si es una norma procesal, entonces resulta indispensable analizar las categorías procesales utilizadas en el artículo para descubrir su espíritu.

Análisis conceptual de la Norma en estudio

Es imprescindible definir algunas categorías procesales a efectos de intentar descubrir la racionalidad de la norma estudiada. Sobre todo, una vez admitida su naturaleza de norma procesal. Los conceptos a desarrollarse son: **acción, demanda, pretensión e interés.**

Acción

Al margen de la diversidad de teorías explicativas de la naturaleza jurídica del derecho de acción, complejidad que ha determinado expresiones célebres por parte de procesalistas de la talla de Alcalá-Zamora [12] y Mercader [13], podemos afirmar que acción desde la óptica procesal, es el derecho público, subjetivo, autónomo y abstracto, por el cual todo sujeto de derecho se encuentra apto para solicitar tutela jurídica al Estado.

Se afirma su rasgo subjetivo, atendiendo a que es un elemento naturalmente presente en todo sujeto de derechos, por el solo hecho de serlo. Su carácter **público** tiene que ver con el hecho de que el pedido de tutela jurídica está dirigido al Estado. Es decir, contra lo que suele decirse -con extrema ligereza por lo demás-, el sujeto pasivo del derecho de acción es el Estado, es a él a quien se le exige tutela y no al demandado. En consecuencia, decir: «**...interpuse acción contra fulano**», es un uso defectuoso del concepto acción.

El derecho de acción es además **autónomo**, porque tiene existencia sin necesidad de que quien haga uso de él, es decir quien demande, sea realmente titular de un derecho material agraviado o afectado. Incluso el conflicto de intereses que se pide al juez que solucione, podría ser un hecho inventado; sin embargo, tal situación no es óbice para que se pueda ejercer el derecho de acción. En consecuencia, el derecho de acción es absolutamente independiente del derecho material o de la realidad del conflicto de intereses que se propone.

Finalmente, el derecho de acción es **abstracto**. Esto es, se encuentra desprovisto de contenido material. Es decir, el derecho de acción sólo tiene como contenido la exigencia de tutela jurídica al Estado, sólo eso hay en su interior.

Durante las dos primeras etapas históricas del proceso en el Derecho Romano -la *legis actionem* y el procedimiento formulario-, el inicio de éste, más específicamente el emplazamiento del demandado, producía una situación procesal conocida con el nombre de *litis contestatio*. Uno de los rasgos de este momento o etapa procesal, es que se producía una conversión del derecho material que se reclamaba; éste -desde tal momento- pasaba a convertirse en un derecho procesal, en un *actio*. Este es el llamado **efecto novatorio** de la *litis contestatio*.

Este efecto novatorio era tan determinante que, si durante el proceso el demandante equivocaba alguna formalidad y por ello perdía el proceso, perdía también, y de manera definitiva, el derecho material que ya se había convertido en *actio* por efecto de la *litis contestatio*. Precisamente este efecto novatorio es el que determinó que los procesos -en donde la acción contenía también el derecho material discutido- tomaran el nombre del derecho material. Es decir, el sustantivo **acción**, pasó a tener como adjetivo el **derecho material** que se discutía. Así, se decía **acción reivindicatoria, acción posesoria, acción sucesoria**, etc.

Dos mil años después, cuando la *litis contestatio* y su efecto novatorio forman parte de la protohistoria del Derecho Procesal, todavía se legisla -en sociedades donde la ciencia procesal no ha fructificado- diciendo acción reivindicatoria, acción pauliana, acción resarcitoria. En el caso nacional, incluso la novísima Constitución vigente, al referirse a los procesos de justicia constitucional, denomina **acción** a los procesos de Habeas Corpus,

[12] "[...] la jurisdicción se sabe qué es, pero no se sabe dónde está; el proceso se sabe dónde está, pero no se sabe qué es; la acción no se sabe qué va ni dónde está". ALCALA-ZAMORA y CASTILLO, Niceto; cita de CARLI, Carlo. *Derecho Procesal*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965. p. 151).

[13] "Es una verdadera estantigua mal pergeñada en las páginas narrativas de la historia del Derecho, que pasa como una sombra huidiza tras de la que se arrastran los más diversos predicados". MERCADER, Amilcar. *La acción. Su naturaleza dentro del orden jurídico*. Depalma, Buenos Aires, 1944. p. 167.

Amparo y Habeas Data. Incluso hace referencia a la acción de inconstitucionalidad, también redundando cita a la acción popular y, finalmente, nombra a la acción de incumplimiento.

Por cierto, podría alegarse la existencia de una tradición jurídica en el uso errado del concepto, pero ésta sería una alegación más bien perjudicial para quien la formula, pues los desarrollos científicos sirven para abrir nuevas aventuras del pensamiento, también para perpetuar lo bueno pero, sin duda, son útiles también para erradicar lo defectuoso.

Uno de los juristas más autorizados del pensamiento constitucional latinoamericano, Héctor Fix Zamudio, se refiere a este uso errado del concepto acción de la siguiente manera:

«[...] la acción es puramente abstracta y única en todos los campos de enjuiciamiento, pues lo que le da contenido concreto es precisamente la pretensión.

41. Por tanto, sólo por motivos didácticos se habla de acción civil, penal, administrativa o constitucional, e inclusive de acciones concretas en cada una de estas ramas procesales, pues lo que realmente existe es el derecho de acción abstracto, genérico, unitario; es decir, un derecho subjetivo público frente a los tribunales, paralelo al derecho de petición, que se concreta por las pretensiones, éstas sí, civiles, penales, administrativas o constitucionales, de los que ejercitan ese mismo derecho único de acción.

Estimamos que desde un ángulo estricto no se puede admitir que exista o se configure una acción de amparo, sino que se trata de la acción genérica que se concreta o individualiza, cuando se pretende que el juez de amparo otorgue la protección de la justicia federal, al alegarse violación de los derechos del quejoso.»[14]

DEMANDA

Si bien este concepto no aparece citado en la norma en estudio, es importante por su calidad de nexo entre el concepto **acción** antes desarrollado y el concepto pretensión que se explica a continuación.

La demanda es la declaración de voluntad a través de la cual un sujeto de derechos, en ejercicio de su derecho de acción, plantea dos exigencias a dos sujetos de derecho distintos. Por un lado, exige al Estado le otorgue tutela jurídica, en tanto éste es sujeto pasivo del derecho de acción. Por otro, exige a un sujeto de derecho que someta su interés sobre un determinado bien jurídico, al interés que él tiene respecto del mismo bien. Esta última exigencia la vamos a desarrollar a continuación, por ahora sólo importa precisar que recibe el nombre de **pretensión**.

La expresión material de estas exigencias, dirigida a un órgano jurisdiccional específico, constituye la demanda, que dicho sea de paso, es el primer acto procesal que se presenta en un proceso, sin perjuicio de aquellos casos excepcionales en donde se adelanta la actuación de un medio probatorio o una medida cautelar.

La demanda, entonces, es la expresión concreta del derecho de acción, y es también el instrumento que contiene la pretensión dirigida al emplazado.

PRETENSION

El verbo **pretender** tiene como sinónimo al verbo **reclamar**. La pretensión es la manifestación de voluntad por la que una persona exige algo a otra. Esta pretensión es material cuando el requerimiento ocurre fuera del proceso, regularmente antes de su inicio. Es pretensión procesal, en cambio, cuando su exigencia se viabiliza a través del ejercicio del derecho de acción, es decir, cuando está contenida en una demanda.

En estricto, lo que ocurre en realidad es que suele haber menos bienes de los necesarios para satisfacer las necesidades humanas. Por esa razón, muchas veces, cuando un sujeto de derechos tiene interés sobre un bien, puede ocurrir que otro sujeto tenga también interés sobre el mismo bien, siendo insuficiente éste para satisfacer a ambos. En tal situación, si una de las personas quiere hacer efectivo su interés sobre el bien, pero es resistido por otro, se produce un conflicto de intereses. La pretensión no es otra cosa que el acto de exigencia de subordinación de un interés ajeno al interés propio, para expresarlo en términos apreciados por Carnelutti.

A manera de ejemplo: una persona arrienda su

[14] "El Juicio de Amparo y el Derecho Procesal". En: *La Justicia*, nº 585. México D.F., enero de 1979. p. 27. (Esta cita llegó al autor gracias a la colaboración del destacado profesor y amigo Samuel Abad Yupanqui).

casa. El plazo del contrato ha vencido, sin embargo, el arrendatario no le devuelve ésta, a pesar de sus constantes pedidos. Ante la intransigencia advertida, el propietario de la casa se dirige donde un abogado. Este le aconseja iniciar un proceso de desalojo contra el arrendatario incumplido. Para que tal proceso se concrete, será necesario que el propietario **ejerza su derecho de acción**. Para tal efecto, éste deberá firmar el escrito preparado por el abogado, el cual contiene la **demanda**. Esta tiene dos pretensiones, una pública dirigida al Estado solicitándole tutela jurídica, y otra privada dirigida contra el arrendatario para que la devuelva la posesión de su casa.

INTERES

De manera genérica, **interés** viene a ser la intencionalidad valorativa que un sujeto orienta hacia un determinado bien. Cuando esta valoración o estimación subjetiva está referida al entorno jurídico de un bien, estamos ingresando con dicho concepto al campo del Derecho.

El distinguido profesor nacional Marcial Rubio [15], en un prolijo estudio sobre el uso del concepto de interés individualizable -que lo considera distinto al interés público, social y nacional- en el Código Civil, encontró por lo menos cuatro expresiones distintas de éste: legítimo interés, interés legítimo y actual, interés e interés propio.

En su opinión, cada cual responde a una acepción distinta, esto es, a un propósito diferente del legislador. Nosotros no compartimos tan autorizada apreciación; consideramos más bien que el legislador ha utilizado arbitrariamente las variantes.

Una prueba de nuestro aserto es la segunda acepción, **el interés legítimo y actual**. Esta es utilizada una sola vez [16]; sin embargo, bien se sabe que uno de los elementos del interés jurídico es su **actualidad**, el que estará presente -o debe estarlo- todas las veces en que se use correctamente el concepto **interés** en su acepción jurídica. Por tanto, su presencia no es individualizadora de una acepción distinta.

Otra prueba es el concepto de **interés propio**, que también es utilizado en una sola oportunidad [17]. En nuestra opinión, la calidad de **propio** es natural al concepto de interés en su acepción jurídica, como lo es que sea actual. En la norma en mención se utiliza la palabra **propio**, única y exclusivamente para evitar se piense que se trata del interés del tercero por el que podría estar actuando el estipulante. Es decir, se redunda únicamente para evitar una confusión.

Finalmente, el profesor Rubio considera que el concepto **legítimo interés** «[...] parece referirse a aquellos intereses que son jurídicamente exigibles a su arbitrio por el interesado» [18]. Una vez más discrepamos con nuestro querido profesor. En primer lugar, en sede de proceso civil, todos los derechos y las pretensiones que de ellos emanan, sólo son exigibles en sede jurisdiccional por **arbitrio del interesado**, es decir, por decisión libérrima de éste. Más bien es excepcional que en sede civil pueda demandar quien no tiene interés y voluntad para hacerlo. Por tanto, el arbitrio del interesado es la generalidad y no la singularidad. Este tema está relacionado con una de la líneas vectoriales del proceso civil, el llamado está relacionado con una de la líneas vectoriales del proceso civil, el llamado **Principio de la demanda privada**, según el cual, en material civil los procesos comienzan siempre a iniciativa de parte (*Nemo iudex sine actore* o «No hay juez sin actor»).

Por otro lado, no nos parece que los intereses sean los exigibles en un proceso, éstos son los elementos impulsores que conducen a un titular de derechos a defender a estos últimos en sede judicial, sea planteando pretensiones o defendiéndose de las que le son opuestas.

Otra opinión sobre el uso del concepto **interés** en el artículo estudiado, es la del Maestro del Derecho Civil nacional, el doctor José León Barandia-

[15] RUBIO CORREA, Marcial. *Título Preliminar. Para Leer el Código Civil III*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1986. p. 117.

[16] "Artículo 275.- La acción de nulidad debe ser interpuesta por el Ministerio Público y puede ser intentada por cuantos tengan en ella un interés legítimo y actual.
Si la nulidad es manifiesta, el juez la declara de oficio. Sin embargo, disuelto el matrimonio, el Ministerio Público no puede intentar ni proseguir la nulidad ni el juez declararla de oficio."

[17] "Artículo 1457.- Por el contrato en favor de tercero, el promitente se obliga frente al estipulante a cumplir una prestación en beneficio de tercera persona.
El estipulante debe tener interés propio en la celebración del contrato."

[18] RUBIO CORREA, Marcial. *Op. cit.* p. 119.

rán[19]. Para él, el concepto **interés legítimo** significa que éste se encuentra basado en una norma (Derecho objetivo) de la cual emana el derecho subjetivo del litigante. Siendo así, podría afirmarse que el destacado Maestro equipara el concepto de **legítimo interés** con el concepto de **interés legal**. Sobre esta identificación hacemos referencia en las siguientes líneas.

Creemos que el interés jurídico toma por lo menos dos formas: **el interés material y el interés procesal**. El primero es aquella estimación valorizada a la que nos referimos antes, consistente en la aprehensión que tiene un sujeto sobre un bien que considera se encuentra jurídicamente dentro del ámbito de su titularidad. Así, tengo interés en poseer mi casa porque es mía.

En cambio el **interés procesal**, llamado comúnmente «interés para obrar», es el estado de necesidad de tutela jurídica en el que se encuentra un sujeto de derechos, en un determinado momento. Este interés se caracteriza por ser insustituible o irremplazable, actual o inminente, egoísta y abstracto. Nos explicamos.

Es insustituible o irremplazable porque se presenta cuando el sujeto de derechos tiene un conflicto de intereses, respecto del cual no tiene otra manera de resolverlo que no sea acudiendo a los órganosjurisdiccionales a solicitar tutela jurisdiccional. Es actual o inminente, porque esa necesidad de tutela no puede ser prematura ni extemporánea, tiene que ser vigente y urgente para el momento.

Finalmente es egoísta, en el sentido que la necesidad de tutela sólo puede ser exigida por quien realmente es o se considera titular del derecho respecto del cual se ha producido el conflicto. Ninguna cercanía familiar o de cualquier naturaleza, autoriza a persona distinta a intentar la defensa judicial de un interés procesal ajeno. Más bien, en los casos excepcionales en que esta situación se permite, el ordenamiento procesal debe admitirlo expresamente. Así lo hace el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil del Perú[20].

Otro rasgo distintivo del interés procesal es su **abstracción**. Sin embargo, siendo una característica de singular trascendencia para nuestro análisis, lo desarrollaremos más adelante.

Buscando apoyo en la doctrina, encontramos que Devis Echandía se refiere de esta manera al interés para obrar:

«La nación de interés para obrar se refiere al motivo jurídico particular que induce al demandante a reclamar la intervención del órgano jurisdiccional del Estado, a fin de que mediante sentencia resuelva sobre las pretensiones invocadas en la demanda; al demandado, a contradecir esas pretensiones si no se halla conforme con ellas; y a los terceros, a que intervengan luego en el juicio a coadyuvar las pretensiones de aquél o de éste.»[21]

ANALISIS DE LA NORMA DESDE LA OPTICA DE LAS CATEGORIAS PROCESALES DESCRITAS

Tratándose de una norma procesal, como ya se anotó, el análisis de la norma exige se haga éste desde su óptica matriz: el Derecho Procesal. Veamos qué se encuentra.

Análisis I. La norma dice textualmente: «**Para iniciar o contestar una acción...**». Sin embargo, en atención a lo antes desarrollado, el derecho de acción **no se inicia**, dado que es simplemente el derecho subjetivo que titula al sujeto jurídico para solicitar al Estado tutela jurisdiccional. Más bien, es el derecho de acción el que faculta a un sujeto a iniciar un proceso, a través de la interposición de una **demanda**. De tal suerte que, en ánimo de perfeccionar la norma, podría decirse que lo que se inicia o contesta sería la **demanda**.

Sin embargo, aún esa sería una afirmación inexacta. Siendo la demanda la manifestación procesal y concreta del derecho de acción, en estricto se encuentra dirigida al Estado, dado que es él a quien se le solicita tutela jurídica. Por tanto, si bien en principio sería admisible la frase **iniciar una de-**

[19] "El interés, lógicamente ha de ser legítimo, es decir que se base en una relación o situación prevista en la norma de la cual deriva el derecho subjetivo, o sea, que se está pensando en que el derecho subjetivo es sólo un elemento de composición de la norma, en cuanto ésta importa el derecho objetivo. Se puede hacer la distinción defacultad y norma, pero no se puede disociarlos completamente, pues siempre hay la *facultas agendi* procedente de una norma jurídica". LEON BARANDIARAN, José. "Exposición de Motivos y Comentario al Título Preliminar". En: REVOREDO MARSANO, Delia. *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, Lima, 1985. t. IV, p. 28.

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

[21] DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Temis, Bogotá, 1966. t. I, p. 470.

manda, ésta resulta inexacta porque lo que se inicia es un proceso. Por otro lado, aquella que se refiere a **contestar una demanda**, también sería errada, dado que en estricto lo que se contesta -entendido este concepto como sinónimo de contradecir- es **la pretensión**, vale decir, aquella manifestación de voluntad por la que quien ejerce su derecho de acción, exige que el demandado resigne su interés al de él, respecto del objeto del conflicto.

En consecuencia, la frase «**Para iniciar o contestar una acción [...]**», reivindica el uso del concepto **acción** desarrollado en el período antiguo del Derecho Romano. Tal recuperación del concepto no es, bajo ningún punto de vista, un mérito, simplemente es la confirmación que el legislador del Código Civil de 1984 ignoró -involuntariamente o intencionalmente- toda información científica sobre el proceso, durante la elaboración del citado ordenamiento.

Análisis II. La frase «**[...] es necesario tener legítimo interés económico o moral**», que completa la estudiada en el párrafo anterior, utiliza el concepto **interés** de manera totalmente ajena a la acepción procesal; nos referimos a que lo hace de manera distinta al concepto que hemos desarrollado de **interés procesal**. Siendo el artículo investigado, como tantas veces se ha dicho, una norma procesal, este desencuentro con la acepción indicada profundiza la divergencia de la norma con su utilidad.

Si el uso del concepto **interés** en el artículo no es procesal, entonces, en atención a lo antes desarrollado, corresponde a su **acepción material**. Siendo así, tiene que ver con la estimación que el sujeto tiene respecto de la pretensión discutida en el proceso. Llevado a ejemplo, es el interés que tiene el demandante de un proceso de desalojo en recuperar la posesión del predio.

Ahora bien, la exigencia que ese interés sea **legítimo**, puede ser entendido de dos formas. Por un lado, que tenga apoyo o sustento en el ordenamiento jurídico, y por otro, que tenga fundabilidad, es decir, amparo o razón en el mismo sistema. Adviértase que estamos optando por entender el concepto **legítimo**, sea como aquello que es **legal**, o como aquello que tiene **legitimidad**, respectivamente.

Si fuese lo primero, sería una afirmación absolutamente tautológica. De hecho sólo se puede discutir en un proceso judicial un conflicto de intereses con relevancia jurídica, es decir, un conflicto que tenga la calidad de **caso justiciable**, en tanto la pretensión propuesta tiene como fundamento un derecho, es decir, un interés reconocido en el sistema jurídico. Entonces, si **interés legítimo** significa **interés legal**, la frase es ociosa.

Si fuese lo segundo, se trataría de una afirmación equivocada. Si para interponer una demanda o exigir judicialmente una **pretensión** -que es como estamos entendiendo el concepto **acción**- es necesario tener la razón, entonces sólo podrían demandar aquellos que van a ganar un proceso, con toda la dificultad que significa tener la certeza que van a ser triunfadores de un proceso, desde antes de iniciarlo.

Siguiendo esta segunda alternativa, lo más cuestionable es que según ella para contestar una acción (pretensión) también es necesario tener razón. Si esto es así, es decir, si sólo puede demandar quien tiene la razón y sólo puede contestar quien también la tiene, se estaría produciendo una contradicción tan insalvable que podría determinar la negación del proceso, dado que teóricamente es imposible que una situación como la planteada se pueda presentar. Al margen también de otra imposibilidad práctica: la de poder asegurar, al inicio del proceso, quién tiene la razón. En conclusión, si **interés legítimo** equivale a **interés legitimado**, la frase es absurda.

Otra teoría, que parece hacer suya el profesor Rubio [22], es la de considerar que el legítimo interés del artículo en estudio se refiere a la legitimación para actuar en un proceso. La llamada **legitimidad para obrar** es una institución del proceso que junto con el **interés procesal** ya descrito, constituyen los requisitos para que el órgano jurisdiccional pueda expedir un pronunciamiento válido sobre el fondo en un proceso.

Se vería seriamente afectada la estructura del presente trabajo si desarrollamos en detalle la **legitimidad para obrar**, sin embargo a riesgo de decir generalidades alcanzamos algunas ideas sobre ésta. La legitimidad para obrar, es básicamente un concepto lógico de relación. Esta consiste en lo si-

[22] "Es decir, se pretende reforzar la legitimación activa directa e inmediata en el asunto, lo que además queda claro de los diversos incisos del artículo 274 (que establece las causales de nulidad), en los que se tiende también a restringir dicha legitimación a un grupo reducido o a personas individuales con un interés muy preciso en el asunto". RUBIO CORREA, Marcial. *Op. cit.* p. 118.

guiente: cuando se inicia un proceso, lo que el demandante intenta es establecer una relación con el juez, y sobre todo, con el demandado, esto es, el sujeto pasivo de su pretensión. Pues bien, dicha relación procesal debe proponerse correctamente, de lo contrario, nunca se podrá expedir un pronunciamiento válido sobre el fondo.

Precisamente para cumplir con establecer correctamente la relación procesal, deben participar de ésta las mismas personas que conforman la relación material. Esta relación material -que es anterior al proceso- está conformada por las personas que participan del conflicto de intereses que ha motivado el inicio del proceso. Cumplir con hacer participar a los protagonistas de la relación material en la relación procesal es hacer efectiva la legitimidad para obrar.

Adviértase que no siempre esta legitimidad tiene un apoyo en la norma positiva. Muchas veces depende de la necesidad de hacer efectivos los llamados principios del proceso, es decir, las líneas vectoriales esenciales a la naturaleza jurídica de un proceso, reglas sin las cuáles no sería posible referirse a una relación procesal.

Volviendo a nuestro tema, lo que resulta trascendente para éste es que se trata de una institución autónoma, **absolutamente distinta** al interés procesal o interés para obrar.

Afirmar que el artículo VI lo que hace es titular a quien puede actuar en un proceso, implica confundir el interés para obrar con la legitimidad para obrar. En conclusión, aun admitiendo la hipótesis absurda de que la norma estudiada diga lo que no dice, lo hace mal.

No entramos en el comentario del segundo párrafo del artículo en estudio, porque es un complemento que no agrega ni modifica nada de lo expuesto, a lo más redunda en el uso defectuoso del concepto **acción**.

A MANERA DE CONCLUSION

Siendo inminente -a diez años de su vigencia- una reforma del Código Civil, lo desarrollado sólo pretende ser un primitivo -y tal vez por eso vehemente- punto de partida a reflexiones más serias y profundas sobre un aspecto jurídico de considerable trascendencia para el Derecho patrio: la relación entre el **Derecho Civil y el Derecho Procesal Civil**.

Los vientos frescos que empiezan a soplar en el Derecho nacional, anuncian que los dogmas están en debate. La sociedad le exige al investigador que reparta sus ojos y sus intereses entre la teoría y la práctica, es decir, le grita que introduzca la realidad en su escritorio. Quien reclame hoy día una verdad jurídica como definitiva, debe haber probado su afirmación en la exigencia o fragua de dos valores que se complementan: la justicia y la eficacia, uno sólo ya no alcanza.

Volviendo al tema analizado, enumeramos algunas conclusiones, reiterando su carácter de provisionales y sólo indiciarias de las que el lector pueda extraer.

1. El artículo VI del Título Preliminar del Código Civil de 1984 es una norma de naturaleza procesal.

2. A pesar de la afirmación anterior, los conceptos utilizados en la norma no corresponden a una concepción científica del proceso.

3. La norma podría consistir en una afirmación redundante del interés jurídico que provoca el inicio de un proceso.

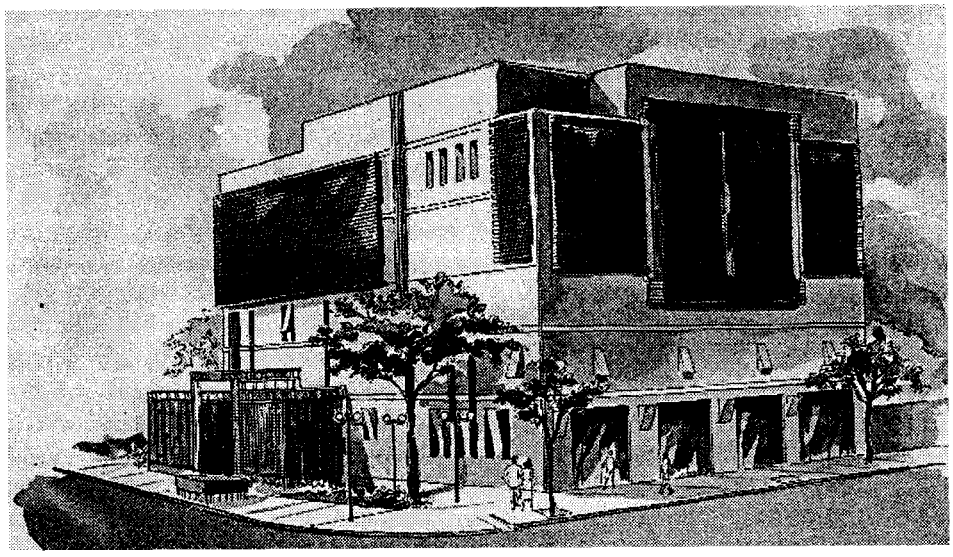
4. En una interpretación distinta a la anterior, la norma puede conducir a una contradicción insalvable, desde que exigiría situaciones materiales inviables para participar en un proceso, como por ejemplo que el demandado sólo pueda contradecir la pretensión, si tiene la razón.

5. La norma, desde la consideración del interés material como presupuesto para intervenir en un proceso, es absolutamente innecesaria.

6. Desde una óptica procesal -admitiendo como realizados los cambios propuestos en las categorías mal empleadas-, la norma seguiría siendo absolutamente inútil, desde que hoy el Código Procesal Civil regula los criterios o requisitos para intervenir en un proceso, sea como parte o tercero legitimado.

7. Finalmente, el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil del Perú de 1984 es una norma defectuosa y prescindible en nuestro sistema jurídico.

ESTE VOLCAN YA ENTRO EN ACTIVIDAD.



La Pontificia Universidad Católica está accionando su Centro. Y la fuerte actividad irradia cultura a toda la comunidad.
Un Centro que, desde las 9 de la mañana hasta altas horas de la noche, interesa, informa y entretiene, todos los días del año, a estudiantes, profesionales, trabajadores y amas de casa.

Sólo en los dos primeros meses, el Centro ha albergado a grandes personalidades del arte y la cultura en: 5 Exposiciones, 1 Obra de teatro, 31 Conferencias, 12 Cursos, 2 Recitales de poesía, 10 Conciertos, 4 Seminarios, 4 Presentaciones de libros, 1 Festival de Cine.

Ven a tu Centro Cultural PUC.
Comprobarás que su actividad, sacude.

CENTRO CULTURAL
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
EL ARTE ES FACULTAD DE TODOS.

Camino Real 1075, San Isidro Telf. 421-627

CUARZO

EL ARTICULO 1 DEL CODIGO CIVIL PERUANO Y SU CRITERIO SOBRE EL COMIENZO DE LA VIDA HUMANA *

José María Castán Vásquez
Académico numerario
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
España

El Código civil de 1984 ha recibido gran cantidad de elogios por su denominado carácter humanista y personalista. Ciertamente, son variados los artículos que -en el Libro del Derecho de las Personas- dan muestra de la amplia protección que las normas del Código civil han optado por asignar a la persona humana. Algunas de esas normas, como el derecho a la voz y su protección, fueron introducidas por primera vez en el mundo en un Código Civil. Otras normas, como la que el doctor Castán Vásquez comenta en el presente artículo, reflejan un profundo conocimiento del legislador acerca de las fuentes del Derecho Romano y una actualizada información médica.

Son hasta tres los aspectos centrales del artículo 1 de nuestro Código Civil: en primer lugar, la indicación en cuanto a que el ser humano es sujeto de derechos desde su nacimiento; en segundo lugar, la concesión de derechos patrimoniales al «nasciturus», a condición de que nazca vivo; y, por último, la declaración -fundamental para el autor del presente trabajo- de que la vida humana se inicia con la concepción. En estos puntos se incide a lo largo del artículo, a la vez que se realiza un interesante repaso sobre los antecedentes de la protección que se otorgó al que está por nacer en el Derecho Romano, y se estudia sucintamente las disposiciones que sobre la materia contienen los más importantes Códigos Civiles de Iberoamérica.

SUMARIO: I. Delimitación del tema.- II. La protección al *nasciturus* en el Derecho Romano.- III. El comienzo de la existencia humana en la corriente ibérica de pensamiento jurídico.- IV. El enlace del Código Civil peruano con la corriente ibérica.- V. Conclusión.

I. DELIMITACION DEL TEMA

El Código Civil peruano de 1984 se abre con una norma -la del artículo 1- que se refiere al «principio de la persona y de la vida humana» y reconoce a la persona la condición de «sujeto de derecho» desde su nacimiento.

La formulación de este precepto en el umbral mismo de un cuerpo legal de tan alto rango dentro del ordenamiento jurídico peruano, reviste una importancia que no ha pasado desapercibida a los juristas del Perú y que ha atraido también la atención de los de otras naciones, singularmente de aquellos que sienten preocupación por la defensa de la persona humana en el Derecho Civil.

Esa noble preocupación está, por cierto, muy extendida entre los civilistas de varios países. En el mío, España, la han profesado autores de primera fila y bien conocidos en el Perú. El profesor Antonio Hernández Gil, por ejemplo, en un libro de juventud (convertido ya en un clásico), donde exponía su concepto del Derecho Civil, centraba es-

* Agradecemos al autor por haber tenido la gentileza de elaborar el presente artículo con ocasión de esta edición y al Doctor Carlos Cárdenas Quirós -miembro del Comité Consultivo de nuestra revista- por la invalorable ayuda que nos prestó al solicitar personalmente el artículo al doctor Castán y luego alcanzárnoslo para su publicación.

ta grande y vieja rama del Derecho en la persona[1]. El profesor Luis Díez-Picazo, por su parte y en igual línea, afirmaba años más tarde, también en un trabajo de juventud, que la persona es el «centro del sistema» del Derecho Civil, señalando la defensa de aquélla como «la primera realidad jurídica»[2]. Y más recientemente, Ilva Hoyos indagaba el concepto de la persona humana a través de una extensa monografía en la que la persona se constituye el núcleo central del estudio[3]. Tal es, por lo demás, la línea de numerosos civilistas y filósofos del Derecho españoles.

En el Perú es también perceptible la inquietud por la persona, entre otros, de civilistas actuales como los profesores Fernández Sessarego, que ha dedicado a la protección jurídica de aquélla un reciente libro[4], y Cárdenas Quirós, que viene estudiando rigurosamente los diversos supuestos modernos de daño a la persona motivado por los avances de la ciencia y la tecnología[5].

Las presentes notas no aspiran, por supuesto, a enfocar en su conjunto la extensa problemática jurídica de la persona; se centran meramente en un tema concreto en el que el Código Civil peruano ofrece especial interés dentro del Derecho Comparado: la protección al concebido. Y dentro de este tema, extenso también, se ciñen a un punto concreto e inicial: la determinación jurídica del comienzo de la vida humana. Al abordarlo, partiré de las ideas romanas sobre la cuestión -tal como han sido precisadas en estudios recientes de la Romanística-, para señalar en seguida la recepción de aquellas ideas en el Derecho histórico español e indagar brevemente su ulterior transmisión a los códigos civiles iberoamericanos del siglo pasado y al peruano de 1984, cotejando por último esa corriente ibérica con las precisiones científicas que médicos y genetistas contemporáneos nos ofrecen hoy.

Sirvan estas notas -que se sitúan esencialmente en la línea de algunos breves estudios anteriores[6]- como modesto homenaje de un español al Perú, en los días en que los juristas peruanos realizan con rigor ejemplar trabajos prelegislativos encaminados a posibles reformas del Código de 1984 con ocasión del décimo aniversario de su promulgación; trabajos que hacen realidad en el Perú lo que en España estuvo previsto por el legislador de 1889 y no se consiguió: la revisión decenal del Código Civil.

II. LA PROTECCION AL NASCITURUS EN EL DERECHO ROMANO

No nos ha legado el Derecho Romano definiciones categóricas sobre el concebido o sobre la persona humana. Ello no puede sorprender si se recuerda que los juristas romanos se resistían en general a definir, conscientes de los peligros que implica *omnes definitio in iure civilis* y formularon pocas definiciones. Un texto famoso de Javoleo expresa bien aquella resistencia; cierto es que este texto ha atraído en nuestro tiempo una particular atención de varios romanistas, que discrepan en orden a sus posibles interpretaciones y a su alcance -el profesor Iglesias Redondo ha resumido bien la polémica[7]-, pero, en todo caso, la ausencia de definiciones terminantes se advierte en la regulación que las fuentes dan a numerosas instituciones.

En el concreto tema del *nasciturus* no podría afirmarse que el Derecho Romano haya ignorado la realidad de la vida intrauterina ni que haya negado al concebido algunos derechos. Por el contrario, las fuentes nos ofrecen diversos textos que parten de aquella realidad y afrontan, al menos en parte, la problemática jurídica que de ella se deriva.

Texto significativo y bien conocido es, en primer lugar, aquel de Juliano en el Digesto a cuyo tenor «los que están en el vientre, en casi todo el Dere-

[1] Vid. HERNANDEZ GIL, Antonio. *El Concepto del Derecho Civil*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943. Especialmente pp. 173-180.

[2] Vid. DIEZ-PICAZO, Luis. *El sentido histórico del Derecho Civil*. Reus, Madrid, 1959, pp. 51 ss.

[3] Vid. HOYOS CASTAÑEDA, Ilva M. *El concepto jurídico de persona*. Universidad de Navarra, Pamplona, 1989.

[4] Vid. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Protección jurídica de la persona*. Universidad de Lima, 1992.

[5] Vid. CARDENAS QUIROS, Carlos. *Estudios de Derecho Privado*. Ediciones Jurídicas, Lima, 1994, t. I, pp. 23-130.

[6] Me he ocupado del tema en Comunicación expuesta en las Jornadas de Derecho Civil convocadas por la Universidad Externado de Colombia y celebradas en Bogotá en 1987, y más recientemente en el estudio La tradición jurídica sobre el comienzo de la vida humana (Lección inaugural del Curso académico 1994-1995 en la Universidad San Pablo CEU de Madrid), 1994.

[7] Vid. IGLESIAS REDONDO, Juan. *La técnica de los juristas romanos*. Universidad Complutense, Madrid, 1987. pp. 63-83.

cho Civil se tienen por nacidos»[8]. Aparte de este texto, los que integran el Título 4 del libro 25 tratan, con cierta prolijidad, «del reconocimiento de la mujer que dice que está preñada y cómo se ha de guardar lo que pare»[9], incluyendo un pasaje que dice que «lo que está en el vientre, antes de que nazca es parte de la madre, o de sus entrañas»[10]. Por otro lado, un pasaje de Palpiano incluido entre normas de Derecho Hereditario en el libro 35 del Digesto, afirma: «En cuanto a lo que está en el vientre de las siervas, no se admite ninguna distinción de tiempo; y con razón; porque lo que aún no ha nacido no se dice que ya es hombre»[11]. Y otro importante texto, éste incluido entre las reglas que el Digesto ofrece en el Título 16 de su último Libro para aclarar las significaciones de las palabras dudosas, expresa que «se ha de entender que existía al tiempo de la muerte el que estaba en el vientre de la madre»[12].

A la vista de los textos -y de las interpretaciones dadas a ellos a lo largo del tiempo- surgen dudas acerca de la consideración jurídica otorgada al *nasciturus* y acerca de su igualdad con la persona ya nacida. El problema ha sido objeto de un estudio del profesor Pierangelo Catalano[13]. El ilustre romanista entiende que «según los *Digesta* de Justiniano, la igualdad del concebido y del nacido es un principio de carácter general, salvadas las excepciones de algunas "partes" del *ius*.» A su juicio, este principio general, que está «claramente afirmado» en el texto de D.1,5,26, antes recogido aquí, encuentra su correspondencia terminológica en el último Libro con el texto de D.50,16,153, también recogido más arriba. Es oportuno aclarar, a juicio del profesor de la Universidad de Roma, que el principio de la igualdad no es consecuencia de una ficción, esto es, de una construcción imperativa, sino, más bien, de la constatación de una realidad por parte del intérprete[14].

Tal constatación parece comprender el reconocimiento de la **existencia** del que está en el vientre materno, o como dicen las fuentes, del *qui in utero est*[15].

¿Por qué, entonces, se ha llegado a negar en algún sector doctrinal que el Derecho Romano reconozca la «existencia» del *nasciturus* y lo equipare al ya nacido? También a este hecho da explicación el profesor Catalano: «las modernas abstracciones conceptuales -señala- son utilizadas en el plano normativo para trastocar el principio de la igualdad claramente afirmado en el Derecho Romano justinianeo»; frecuentemente, «la introducción de los conceptos abstractos de "persona", "personalidad", "sujeto de derecho", "capacidad jurídica" ha conducido al trastocamiento de los principios y normas: se ha pasado, por así decirlo, de la igualdad ontológica a la excepcional igualación. El itinerario jurisprudencial se presenta claramente en la teoría de la ficción de Savigny: la regla *nasciturus habetur pro nato* sería una simple ficción y, en consecuencia, sólo aplicable a algunas limitadas relaciones jurídicas». Los pasajes fundamentales, para quienes eso acepten, serían el de Palpiano antes reproducido y el de Ulpiano en D.25,4,4,1, recogido también más arriba, que parecen negar la consideración de persona al concebido. Pero estos pasajes, según Catalano señala, contienen unas precisiones que «hay que considerarlas únicamente como excepciones, convenientemente

[8] Qui in utero sunt in toto paene iure civile intelliguntur in rerum natura esse (D.1,5,26). Recojo la traducción de FONSECA, R. de. En: El Digesto del Emperador Justiniano. Madrid, 1874, t. I, p. 48. La de Hernández-Tejero, más reciente, dice: "los que están en las entrañas de la madre se reputan por el Derecho Civil, casi en todo, como si hubiesen nacido". (HERNANDEZ TEJERO, F. *Textos jurídicos latinos*. Madrid, 1966, p. 24).

[9] De inspiciendo ventre custodiendoque partu; también en la traducción de R. de Fonseca.

[10] Molieris portio est vel viscerum (D.25,4,1,&1); traducción también de FONSECA, R. *Op. cit.* t. II, p. 185.

[11] Circa ventrem ancillae nulla temporis admissa distinctio est; nec immerito, quia partus numdum editus homo non recte fuisse dicitur (D.35,2,9&1). La alusión a "distinción de tiempo" se relaciona con el párrafo anterior del mismo texto, que afirma: "En quanto a la ley Falcidia se determinó, que los frutos percibidos después que estaban maduros al tiempo de la muerte, aumenten la estimación de la herencia, como parte del fundo, que parece que en aquel tiempo tenía más estimación" (traducción también de FONSECA, R. de. *Op. cit.* t. II, p. 625.)

[12] Intelligendus est mortis tempore fuisse, qui in utero relictus est (D.50,16,153); también traducción de FONSECA, R. de. *Op. cit.* t. III, p. 822.

[13] CATALANO, Pierangelo. "Los concebidos entre el Derecho Romano y el Derecho latinoamericano (A propósito del artículo 1 del Código Civil peruano de 1984)". En: Volumen Colectivo. *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*. Cultural Cusco, Lima, 1986. pp. 229-234.

[14] Vid. CATALANO, Pierangelo. *Op. cit.* p. 232.

[15] CATALANO, Pierangelo. *Op. cit.* pp. 230, 232.

motivadas, respecto a los principios fijados en el primero y en el último libro de los *Digesta*». En la misma línea y en un artículo publicado este año en «*L'Osservatore romano*», Catalano expone el «puesto de los concebidos» en la familia romana[16].

Hay, pues, como vemos, dos posibles interpretaciones de las fuentes romanas, y partiendo de ellas se han producido sendas corrientes de pensamiento jurídico: «la primera, con una fuerte inspiración justinianea, que caracteriza gran parte del área ibérica; la segunda, de origen pandectístico-germánico» [17]. Por mi parte, aceptando como punto de partida esa dualidad, me limitaré aquí y ahora a contemplar la primera de aquellas corrientes.

III. EL COMIENZO DE LA EXISTENCIA HUMANA EN LA CORRIENTE IBERICA DE PENSAMIENTO JURIDICO

La romanización de España fue hecho de obvia trascendencia histórica, que había de afectar muy positivamente, en primer lugar, a la propia Roma; en segundo lugar, a Hispania, que recibiría de Roma el cristianismo, el Derecho, la cultura griega, subsistentes, y, en tercer lugar, afectó también positivamente -e inesperablemente- al inmenso continente americano que, siglos más tarde, a partir del Descubrimiento, habría de recibir a través de España el tesoro espiritual occidental que España había recibido a su vez de Roma.

En el plano jurídico, monumento legislativo cumbre de la España medieval fue, según es notorio, la obra de Alfonso X el Sabio: las VII Partidas. Y esa obra supone una solemne y extensa recepción del Derecho Romano justinianeo, cuyos textos latinos son traducidos a la lengua romance de Castilla. En las Partidas, pues, hay que buscar la concreta recepción de las normas romanas referentes al *nasciturus*. Y podemos hallarla entre las leyes de la Partida Cuarta sobre todo.

Como quiera que cada una de las siete Partidas posee algunas características propias, conviene acaso recordar la que la Cuarta presenta. Dicha Cuarta Partida «*fabla de los desposorios, e de los casamientos*» y a través de sus veintisiete títulos regula no sólo el Derecho Matrimonial, sino la filiación, la adopción, la patria potestad y algunas materias ya ajenas al Derecho de Familia, entre ellas la Libertad y la Amistas. Pues bien: toda esta Partida, como las dos siguientes, que tratan también de instituciones de Derecho Privado, está construida sobre los textos del Derecho Romano y, como observa el profesor García Garrido, se sigue a los glosadores, se cita indiscriminadamente los textos jurídicos del Digesto y las constituciones del Código, predominando la tendencia a destacar las reglas y a generalizar los casos[18].

Los textos de la Partida Cuarta que se refieren al *nasciturus* están contenidos en las leyes 3ª, 4ª y 5ª del Título 23. Especial interés ofrece para nuestro tema, entre esas leyes, la 3ª, que trata de «*en que estado, e de que condicion, es la criatura, mientras que sea en el vientre de su madre*», y comienza con esta afirmación: «*Demientra que estouiere la criatura en el vientre de su madre, toda cosa que se faga, o se diga, a pro della aprouechase ende, bien assi como si fuesse nascida; mas lo que fuesse dicho, o fecho a daño de su persona, o de sus cosas, non le empesce*»[19].

La recepción en las Partidas de los textos romanos sobre el *nasciturus* tenía que ser trascendental para la difusión y la perpetuación del principio de igualdad entre el concebido y el nacido. Alcanzaron las partidas mayor vigencia y difusión en los territorios americanos que en la propia España (donde el Derecho castellano hubo de coexistir con los Derechos forales), y a través de ellas el Derecho Romano justinianeo fue recibido en la América española, dejando su huella para siempre. Por otra parte, en las partidas se apoyó esencialmente durante siglos (hasta bien entrado el XIX) la literatura jurídica española. Y esa literatura, difundida también por América a lo largo de mucho tiempo -desde el Descubrimiento hasta la Emancipación y aún después de ésta- sería otro importante vehículo para la consolidación romana en el subcontinente americano. En orden concretamente a la acogida del principio romano sobre el concebido, veamos sin pretensiones de exhaus-

[16] Vid. CATALANO, Pierangelo. *Op. cit.* p. 233, y "La famiglia sorgente della storia". En: *L'Osservatore Romano*. Roma, 9 de junio de 1994.

[17] CATALANO, Pierangelo. *Op. cit.* p. 231.

[18] Vid. GARCIA GARRIDO, M.J. "Tradición legal y tradición jurisprudencial en las codificaciones españolas de inspiración romanista". En: Volumen colectivo. *Cultura ibérica e Diritto romano* (A cura di Sandro Schipani). Società Sassarese per le Scienze Giuridiche, Sassari, 1983. p. 191.

[19] Part. 4,233.

tividad algunas muestras de ella en algunos libros jurídicos españoles que gozaron de extensa difusión en América.

Uno de ellos fue la Ilustración del *Derecho real de España* del valenciano Juan Sala [20]. Pues bien: al tratar del estado de las personas, Sala afirma que «según el natural estado de los hombres, unos son nacidos, otros por nacer o concebidos en el vientre de sus madres» [21], y después recoge el texto de Partidas 4,23,3, que responde al concepto romano de la existencia de *qui in utero est*. Fueron por cierto los continuadores de la obra de Sala quienes, curiosamente, suprimieron en posteriores ediciones la alusión al concebido del principio romano-castellano.

Libro asimismo de gran aceptación fue el famoso Diccionario jurídico de don Joaquín Escriche, y también a través de él se mantiene en el tema del concebido la tradición conceptual en el área ibérica, afirmándose que «según el estado natural se dividen las personas: 1°, en nacidas y concebidas o **existentes** en el vientre de la madre» [22]. Se reitera, pues, la afirmación de que el concebido **existe** en el vientre materno, en la línea de la mejor corriente de origen romano.

La pérdida de la tradición romana y castellana se advierte en la doctrina española de Derecho Civil de la segunda mitad del siglo XIX, en la que cabe encontrar la asunción de teorías alemanas y el empleo de conceptos abstractos. Así, Gómez de la Serna y Montalbán, al tratar del nacimiento y referirse al concebido, se acogen a la teoría de la ficción y niegan que el feto tenga una existencia propia [23]. Y, por los mismos años Benito Gutiérrez escribe que «la legislación romana salvó, mediante una ficción legal, la esperanza de derechos de un individuo antes de venir al mundo» [24].

Un similar alejamiento de la tradición se fue produciendo durante el largo camino que en el XIX hubieron de recorrer los trabajos preparatorios del Código Civil español. El importante Proyecto de 1851, al definir en su artículo 107 al nacido, omitió cualquier alusión al concebido, limitándose a preceptuar que «para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, nace con figura humana y vive cuarenta y ocho horas naturales». El autor del Proyecto, García Goyena, en sus célebres *Concordancias*, al comentar el artículo 107 trata el tema de la «viabilidad» e intenta aclarar el sentido de las palabras «desprendido enteramente del seno materno», afirmando en este punto que «hasta que esto suceda, no se tiene, ni puede tenerse por nacido» [25]. En otros lugares de su obra, García Goyena menciona al «póstumo» y al «vientre», habla del «derecho de la viuda, o mejor dicho el del vientre» [26], y elude el empleo del término «concebido».

Sin llegar en este breve recorrido histórico al Código Civil español, que es posterior a las grandes codificaciones americanas, paso ya a estudiar, brevemente también, la recepción en éstas de la tradición romana y castellana sobre el *nasciturus* y el comienzo de la existencia humana.

Conviene indagar en primer término la posición del Código Civil chileno, tanto por su temprana fecha como por su trascendencia dentro del contexto de las legislaciones civiles de América e incluso por su vocación de código único para el continente [27]. ¿Qué criterio adopta, frente al problema del concebido, este cuerpo legal?

[20] Vid. SALA, Juan. *Ilustración del Derecho real de España*. Valencia, Imprenta de Joseph de Orga, 1803. t. I, p. 4 (Prefacio).

[21] SALA, Juan. *Op. cit.* t. I, p. 8.

[22] ESCRICHE, Joaquín. Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense. París, 1881. p. 266. En esta misma edición, Escriche apunta, a través de la voz persona, una distinción entre "persona" y "hombre" (*Ibidem*. p. 502)

[23] "Hasta que el nacimiento se verifica -exponen- no se reputa que el feto tiene una existencia propia, sino por el contrario, que forma parte de la madre; mas por una ficción de Derecho se considera a los concebidos como nacidos, siempre que se trate de su utilidad" (GOMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBAN, J.M. *Elementos de Derecho Civil y Penal de España precedidos de una reseña histórica*. Madrid, 1874. t. I, p. 325.)

[24] "Hemos dicho -añade poco después- que era una ficción, pero mejor sería llamar una presunción fundada, la que considera nacido al póstumo, siempre que se trate de su utilidad, la regla del Derecho Romano, que revela una previsión admirable, dice así [...]" (invoca "fragm. 7, Dig. I, 5") (GUTIERREZ, Benito. *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, 3ª ed. Madrid, 1871. t.I, pp. 164-166)

[25] GARCIA GOYENA, F. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Madrid, 1852. t. I, p. 123.

[26] Vid. GARCIA GOYENA, F. *Op. cit.* comentarios a los artículos 786 y 789 del Proyecto.

[27] A esa vocación me he referido en mi trabajo "El Código Civil de Andrés Bello y la unidad del sistema jurídico iberoamericano". En: *Anuario de Derecho Civil*. Enero-marzo 1982.

Acerca del principio de la existencia, el artículo 74 señala «la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre»; aquí las Notas de Bello nos descubren que para esta norma consultó, sin seguirla nítidamente, la *Novísima Recopilación* y también por ellas sabemos que tuvo a la vista en este capítulo la obra de García Goyena, al que califica de «sabio jurisconsulto»[28].

Creo, salvo mejor opinión, que las normas aludidas no permiten ver una clara adscripción del Código chileno a la tradición romana de paridad entre el concebido y el nacido. Empero, en punto al concebido, el Código chileno busca en definitiva una protección que se extiende hasta la tutela testamentaria y ha permitido que en su área se haya llegado a hablar de la adoptabilidad del *nasciturus*, tema éste de viva actualidad en Derecho Comparado y que el profesor Fernando Hinestrosa trató en la ponencia aportada al encuentro sobre adopción celebrado no hace mucho en Sassari (Italia).

Otra de las grandes codificaciones americanas es la brasileña y en ella nos ofrece normas de alto interés para nuestro tema el proyecto de Código Civil -el célebre *Esboço*- redactado por Augusto Texeira de Freitas[29]. El valor particular para el tema del comienzo de la existencia, es grande. El *Esboço*, en efecto, dedica sus artículos 53 a 61 a «las personas por nacer». La primera de estas normas ofrece una clara definición: «Son *personas por nacer* las que no habiendo aún nacido están concebidas ya en el seno materno». Las restantes normas regulan la representación y protección de tales personas. Su existencia desde el momento de la concepción está, así, solemnemente reconocida. Pero el Proyecto va más lejos en esta línea de protección a las personas por nacer: les concede los beneficios de la patria potestad desde el momento mismo de la concepción. En efecto, el artículo 1509 dispone que «desde la concepción de los hijos legítimos comienzan los derechos y obligaciones entre ellos y sus padres, en cuanto a sus personas y a sus bienes» (y un derecho de los padres es, en el Proyecto, la «patria potestad»); el mismo precepto, en su segundo apartado, prohibe «convenir que comiencen en otra época». Esta norma es uno de los puntos originales que el *Esboço* ofrece en materia de patria potestad, y se inspira, como las otras normas referentes al *nasciturus*, en un noble deseo de protegerlo, que responde sin duda al modo de pensar de Freitas, quien -como ha puesto de relieve su biógrafo Meira- era fervoroso católico y defensor de la persona y la libertad[30]. El interés de esto crece si se recuerda la influencia que el proyecto brasileño tuvo, en éste como en otros puntos, sobre el Código Civil argentino.

Don Dalmacio Vélez Sársfield, autor del Código argentino, abrió el Título de la patria potestad con la afirmación de que «la patria potestad es el conjunto de los derechos que las leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos legítimos, en las personas y bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad y no estén emancipados» (artículo 264). El legislador argentino tomó, pues, de Freitas la idea, con el mismo noble propósito y la misma limitación lamentable a los hijos legítimos. Y es de destacar que esta atribución de la patria potestad «desde la concepción» subsiste hoy en el texto de aquella norma, pese a las modificaciones que el mismo ha sufrido: la respetó, en efecto la Ley de reforma N° 10.903, y la ha respetado también la Ley N° 23.264, sancionada el 25 de setiembre de 1985, que tan importantes reformas ha hecho en el régimen de la patria potestad.

Por otro lado, un Título entero del Libro I se dedica a tratar «de las personas de existencia visible» y otro a tratar de «las personas por nacer», considerando como tales a «las que no habiendo nacido, están concebidas en el seno materno» (artículo 63); en el Título siguiente se trata «de la existencia de las personas antes del nacimiento». La declaración del artículo 70 es muy expresiva: «Desde la concepción en el seno materno, comienza la existencia de las personas [...]». Clara está así la idea de Vélez de que el *nasciturus* es persona desde la concepción. Vélez, como Freitas, sigue la tradición romana justinianea.

IV. EL ENLACE DEL CODIGO CIVIL PERUANO CON LA CORRIENTE IBERICA

El Código Civil del Perú de 1936 afirmaba en su artículo 1: «El nacimiento determina la personalidad. Al que está por nacer se le reputa nacido pa-

[28] Vid. la edición BELLO, Andrés. *Código Civil de la República de Chile* (Texto concordado con los distintos proyectos de Bello). Ministerio de Educación de Venezuela, Caracas, 1954. t. I, p. 76.

[29] Vid. SCHIPANI, Sergio. "Dal Diritto romano alla Codificazioni latinoamericane". En: *Diritto romano. Codificazioni e sistema giuridico latinoamericano*. Giuffré, Milán, 1981.

[30] Vid. MEIRA, S. *Texeira de Freitas o jurisconsulto do Impero*. Olympo, Rio de Janeiro, 1979. p. 248.

ra todo lo que le favorezca a condición de que nazca vivo». La norma se inspiraba en el Código de 1852[31]. Su reforma era previsible desde que comenzaron los trabajos prelegislativos para la redacción de un Código Civil que sustituyera al de 1936, sustitución que por cierto estaba ya prevista desde años antes por el ilustre civilista peruano José León Barandiarán en su prólogo a la edición española de 1962 del Código Civil del Perú[32]. Y el propósito de un cambio considerable en el enfoque del tema del concebido se advierte, en efecto, en los trabajos preparatorios del Código actual.

Así, la propuesta formulada el 7 de febrero de 1984 ante la Comisión Revisora por el doctor Carlos Fernández Sessarego, prestigioso civilista y filósofo del Derecho, ex-ministro de Justicia e impulsor de la tarea codificadora, sugería incorporar al nuevo Código las afirmaciones de que «la persona humana es sujeto de derecho», y «la vida humana comienza con la concepción». El Proyecto de 1984 de la Comisión Revisora acogió tales afirmaciones en su artículo 1[33].

Ya en esa línea, la redacción definitiva del artículo 1 del Código, bien conocida, proclamó en un primer párrafo que «la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento», y añadió en un segundo párrafo: «La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorezca. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo».

El interés del nuevo texto ha sido reconocido por la doctrina. Fuera del Perú, el profesor Catalano, en estudios que ya cité, ha señalado el entronque de aquella norma con la tradición romana e ibérica sobre el concebido. En el Perú, Fernando Vidal Ramírez ha puesto de relieve el sentido humanista del nuevo Código con estas palabras: «En el ordenamiento del Derecho de las Personas, el Código pone énfasis en una concepción humanista, recogiendo preceptos de la Constitución Política de 1979 y también de los Tratados sobre Derechos Humanos. Así, como el Código de 1936, declara que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento, pero introduce un enunciado básico y fundamental, en cuanto que la vida humana comienza con la concepción, y, recogiendo el precepto constitucional en cuanto que el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, le atribuye también derechos patrimoniales a condición de que nazca vivo (art. 1)»[34].

Cabe ciertamente elogiar en el concreto punto del comienzo de la vida humana, único que aquí he tocado, la posición del Código Civil peruano que, por otra parte, y según voy a señalar brevemente para concluir estas notas, coincide no sólo con una larga tradición jurídica, sino con el dictamen actual de la Medicina y la Genética.

V. CONCLUSION

Quisiera, al concluir, observar que existe una coincidencia sustancial entre la tradición romana y la ciencia actual. La realidad de la existencia humana de aquel que *in utero est* resulta hoy innegable. Ya en 1948 la Asamblea General de la Asociación Médica Mundial adoptó en Ginebra esta fórmula de juramento: «Mantendré el respeto absoluto de la vida humana desde la concepción [...]»[35]. Y recientemente, un prestigioso genetista español, el profesor Lacadena, ha escrito. «En cuanto a la cuestión de **cuándo comienza la vida** ningún científico dudaría en responder que en el momento de la fecundación, puesto que de dos realidades distintas -el óvulo y el espermatozoide- surge una nueva realidad -el cigoto con los dos pronúcleos- que tiene su propia potencialidad y autonomía genéticas, ya que, aunque dependa de la madre para subsistir, su desarrollo se va a realizar de acuerdo con su propio programa genético»[36]. En esta misma línea se han manifestado también muy recientemente otras personalidades de la Medicina, como el doctor Alcalá-Santaella (en conferencia pronunciada en la Universidad San

[31] Vid. VIDAL RAMIREZ, Fernando. "Nota preliminar". En: *Edición oficial del Código Civil*. Ministerio de Justicia - WG, Lima, 1994. p. 21.

[32] Vid. LEON BARANDIARAN, José. "Estudio preliminar". En: *Código Civil del Perú*. Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1962. p. 20.

[33] Textos recogidos en: REVOREDO DE DEBAKEY. *Código Civil*. Lima, 1988. t. I, p. 10.

[34] VIDAL RAMIREZ, Fernando. "Nota preliminar". *Op cit*. p. 45.

[35] Texto recogido en la obra colectiva, dirigida por GAFO, J. *Nuevas técnicas de reproducción humana*. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1986. p. 149.

[36] LACADENA, J.R. "Una lectura genética de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el aborto". En: *Jano. Medicina y Humanidades*, 17-28 de noviembre de 1985. p. 1559.

Pablo dentro del Ciclo sobre la Familia desarrollado en el presente curso), o del Derecho como Soto Nieto y José Luis Alvarez (en artículos del «ABC»).

El reconocimiento de la vida humana desde el momento de la concepción tiene obvias consecuencias para la protección jurídica del concebido. Desde el plano del Derecho natural, el profesor Antonio Fernández-Galiano observaba hace pocos años, en dictamen emitido para el *Bureau International Catholique de L'Enfance*, que «el feto es, en lenguaje metafísico, sustancia humana y que ello obliga en pura lógica a atribuirle derechos naturales, en cuanto los mismos proceden de la naturaleza humana, que ya es poseída por ese ser». No es momento de enumerar los múltiples derechos concretos, por otra parte bien conocidos, que las legislaciones civiles positivas deben garantizar -y, en mayor o menor medida, garantizan- al *nasciturus*.

Me atrevo a pensar que tales legislaciones deben, en términos generales, atenerse a la mejor tradición justinianea, realizando así el entronque con el Derecho Romano del que nos ha hablado el profesor Iglesias Santos [37], y mantener una línea protectora de la vida humana que coincide con el Derecho natural y con las conclusiones científicas actuales. Un prestigioso jurista argentino, el profesor Enrique Carlos Banchio, se lamentaba recientemente de que «la tutela jurídica de la dignidad e inviolabilidad de la persona humana no ha alcanzado aún un grado de desenvolvimiento satisfactorio en las legislaciones contemporáneas» [38]. Grato es comprobar que la peruana ha acertado a seguir, en el artículo 1 del Código Civil de 1984, una noble y avanzada orientación humanista, que esencialmente responde al intento de contribuir a la protección jurídica de la persona desde el Derecho Civil.

[37] IGLESIAS, Juan. *Roma: madre del Derecho*. pp. 486, 488.

[38] BANCHIO, Enrique Carlos. *El Derecho Civil ante las nuevas exigencias en la tutela jurídica de la persona*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba - Argentina, 1992, p. 251.

LEON BARANDIARAN Y EL CODIGO CIVIL DE 1984

Fernando Vidal Ramírez
Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú
Universidad de Lima

La celebración de los 10 años de vigencia del Código Civil no podía dejar de rendir homenaje a la persona y a la obra del Dr. José León Barandiarán, considerado el más grande jurista peruano de nuestra historia. El presente artículo es una remembranza de su vida y obra, ligada como siempre al Derecho, y de su influencia en los planteamientos finalmente plasmados en el actual Código Civil, fundamentalmente en el libro de Acto Jurídico, materia que dominaba con excelencia.

El gran mentor de la reforma del Código Civil de 1936 y de la elaboración del Código Civil de 1984 fue, sin lugar a dudas, el maestro José León Barandiarán. El proceso de la reforma, que se inició con el Decreto Supremo N° 95 del 1 de marzo de 1965, contó desde el primer momento con la presencia infatigable de León Barandiarán, quien había sido el más calificado exégeta del Código de 1936.

León Barandiarán, que había nacido en los albores del siglo, se inició en la docencia jurídica en San Marcos, en 1928, en cuya Facultad de Derecho -entonces Facultad de Jurisprudencia, en la que se había formado como estudiante- comenzó a dictar el curso de Derecho Civil-Obligaciones hasta 1935, en que marchó becado a Alemania y en donde permaneció hasta 1937. Años antes, en 1922, cuando León Barandiarán aún era estudiante, se planteó la reforma del Código de 1852, que culminó el 14 de noviembre de 1936 con la vigencia del Código Civil que lo derogó, cuando León Barandiarán se encontraba estudiando en Alemania.

A su retorno de Alemania, León Barandiarán retornó también a la cátedra universitaria, ejerciéndola desde entonces intensa y permanentemente en San Marcos e intermitentemente en la Pontificia Universidad Católica y otras universidades del país, discurriendo por todas las asignaturas del Derecho Civil y otras disciplinas jurídicas. En San Marcos llegó a ser Decano de la Facultad de Derecho y Rector de la Universidad, dejando el ejercicio regular de la docencia cuando hubo de jubilarse y pasar a ser Profesor Emérito. Puede decirse de León Barandiarán que fue un enseñador, pues discurrió su vida enseñando desde la cátedra, el libro, su ejercicio profesional y su vi-

da misma, lo que se trasunta en la formación de largas y variadas pléyades de profesionales del Derecho, lo que le valió la calificación de Maestro de Maestros y que, sin proponérselo, en su entorno se haya formado la Escuela Peruana de Derecho Civil.

Fue con el desprendimiento y la generosidad tan propia de quien había consagrado su vida a la enseñanza que León Barandiarán, también sin proponérselo, se constituyera en el mentor de la reforma del Código Civil de 1936 y en el inspirador del Código de 1984.

León Barandiarán ha dejado un vasto legado escrito, (del que es su obra cimera sus *Comentarios al Código Civil peruano*), llegando a cubrir con éste el Título Preliminar, el Libro Primero del Derecho de las Personas y el Libro Quinto del Derecho de las Obligaciones, materias que se complementarían posteriormente con su *Curso Elemental de Derecho Civil* y sus *Contratos en el Derecho Civil peruano*, pues un desafortunado contrato con EDIAR de Buenos Aires lo llevaría a suspender la edición de sus Comentarios. Todos estos estudios, incluyendo algunos ensayos y su exégesis del Código de 1936 en materia de Sucesiones, esto es, lo más importante de la obra civilística de León Barandiarán, se viene reeditando, como obras completas, bajo el epígrafe de *Tratado de Derecho Civil*, por feliz iniciativa de una empresa editorial, que la pone al alcance de las nuevas generaciones.

El maestro León Barandiarán puso siempre en evidencia una especial predilección por el Acto Jurídico. Así lo demuestra el hecho de que su Tesis de Bachiller en Derecho versara sobre *El Error en los Actos Jurídicos*, en 1925, y que desde que se iniciara en la docencia en San Marcos, en 1928, estuviera siempre el Acto Jurídico entre las disciplinas por las que regentó cátedra. Así lo demuestra, también, su difundido *Manual del Acto Jurídico* publicado en 1950; que el primer tomo de los *Comentarios al Código Civil peruano*, editado en Buenos Aires por EDIAR en 1954, lo dedicara al Acto Jurídico, y que, en 1983, conjugara en su *Curso del Acto Jurídico* el proyecto que vendría a ser después el Libro II del Código de 1984. Por eso, planteada la reforma del Código de 1936, el maestro León Barandiarán fue el ponente del Libro del Acto Jurídico y el inspirador de su tratamiento legislativo en el Código Civil que derogó al de 1936.

Como se sabe, la teoría del Acto Jurídico fue ignorada por el Código de 1852 y recién fue incorporada a nuestro Derecho con el Código de 1936, aunque sin explicarse más allá de lo que aparece en las actas de la Comisión Reformadora del Código de 1852 y de la Exposición de Motivos del Proyecto del Código de 1936 escrita por Manuel Augusto Olaechea, su ponente, pero que no dejó la obra coherente e integral que su reconocida versación hubiera también convertido en una obra clásica de la literatura jurídica nacional. Sin embargo, de lo que dejó Olaechea se tiene el testimonio de que las fuentes fundamentales para la incorporación de la teoría del Acto Jurídico a nuestra codificación civil fueron las obras de Vélez Sarsfield y de Bevilaqua, pues la noción que no llegó a plasmarse, pero que se incorporó implícitamente al Código de 1936, era la inspirada por el artículo 944 del Código argentino, pese a que se optara por el tecnicismo de la fórmula del artículo 82 del Código brasileño.

León Barandiarán, con sus Comentarios, que comenzaron a aparecer en 1938, se convirtió en el constructor teórico definitorio del Acto Jurídico para nuestra codificación civil y para nuestro Derecho Privado. Después de conceptuar el hecho jurídico y explicarlo, en su sentido amplio, como toda causa capaz de generar un efecto de Derecho, concluyó en que el Acto Jurídico es el hecho jurídico voluntario, lícito, con manifestación de voluntad y efectos queridos por el sujeto. Destacó que la palabra «acto» era indicativa de una determinación de voluntad y que pese a la opinión de Enneccerus en el sentido de que el Acto Jurídico debía comprender el hecho voluntario, tanto el lícito como el ilícito, consideró que tal parecer era inaceptable dentro de la sistemática del Código de 1936 que asignaba el carácter de licitud al Acto Jurídico. El Acto Jurídico venía a ser, pues, el hecho jurídico de carácter voluntario y lícito, cuyo efecto es querido directamente por el sujeto y en el cual existe una declaración de voluntad. Advirtió León Barandiarán que en el Derecho alemán se distinguía el Negocio Jurídico del Acto Jurídico, y que éste es toda declaración de voluntad con idoneidad para crear efectos jurídicos lícitos o no, y que el negocio respecta sólo al hecho lícito, pero sostuvo que en el concepto incorporado al Código de 1936, el Acto Jurídico era un hecho voluntario y lícito. Agregó que dentro de la categoría del Acto Jurídico no sólo había de comprender la relación que crea o extingue un derecho, según la concepción de Savigny, sino también toda relación que además de trasmitirlo y modificarlo, lo conserva. Por ello, en cuanto a la eficacia del Acto Jurídico, León Barandiarán señaló que actuaba en toda relación jurídica generadora de derechos y deberes, de cualquier naturaleza, patrimoniales o no patrimoniales.

Esta construcción teórica del Acto Jurídico quedó arraigada en nuestra codificación civil, pues es la

que ha sido mantenida en el Código de 1984 y, como lo advirtió León Barandiarán, podía ser distinguible o no del Negocio Jurídico. De este modo, en consecuencia con la noción del Acto Jurídico que inspiró al Código de 1936 -que, en sentido lato comprende los actos negociales y los no negociales y, en sentido estricto coincide sólo con los negociales- planteada la reforma el maestro volvió a tomar partido por el *nomem iuris* de Acto Jurídico, ratificando esta posición con la ponencia que presentó, sustentó y condujo a su plasmación legislativa.

En materia de Acto Jurídico, el Código de 1984 tiene por fuente y antecedente al Código de 1936, que ha tenido, como ya lo hemos puntualizado, a su más calificado exégeta en León Barandiarán, cuyas ideas medulares están contenidas en el tomo dedicado al Acto Jurídico de sus Comentarios (hoy el Tomo II de sus obras completas), y de ahí se han irradiado a las normas de nuestro Código Civil vigente desde el 14 de noviembre de 1984. De la ausencia de una noción en el Código de 1936, que León Barandiarán se encargó de construir, el Código en vigor ha adoptado la que contiene su artículo 140 que, sin pleonasmos, recoge la del artículo 944 del Código argentino, concibiendo al Acto Jurídico como una manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

A partir de la noción del artículo 140, es mucho lo que debe el Código de 1984 a León Barandiarán. Sus ideas, desarrolladas en sus Comentarios a la Sección Primera del Libro Quinto del Código de 1936, donde fue instalada la teoría del Acto Jurídico, perviven, habiéndose mejorado, en el mismo artículo 140, el tecnicismo del artículo 1075 del Código anterior, adoptado del artículo 82 del Código brasileño. Así, en cuanto a la manifestación de voluntad, señaló que ningún acto podía tener el carácter de voluntario sin un hecho exterior en que la voluntad se manifestara, pues el Derecho no es Psicología, no es investigación agnóstica en el campo de la consciencia, sino que mira hacia el lado externo, hacia la conducta exteriorizada y que por eso era necesario detenerse en la manifestación de voluntad en cuanto generadora del Acto Jurídico. Y, por lo mismo, el maestro dejó sentado un parecer contrario a la manifestación presumida por la ley, que admitía el artículo 1076 del Código de 1936, calificándola de manifestación ficticia y negando su existencia como generadora de una voluntad capaz de dar creación a un Acto Jurídico, lo que ha sido receptado por el artículo 141 del Código de 1984 que no reconoce más manifestaciones de voluntad que la expresa y la tácita y, ésta, siempre que exista de manera indubitable y se ponga en evidencia por actitudes o circunstancias de comportamiento. Lo mismo ocurre con el tratamiento del silencio, en torno al cual el artículo 142 recepta las ideas del maestro.

Es mucho, pues, lo que podría escribirse sobre la influencia del querido e inolvidable maestro en la formulación del articulado del vigente Código. A él se debe el haber desvinculado y diferenciado el objeto de la finalidad como requisitos de validez, así como la precisión sobre la forma que se constituye también en requisito de validez.

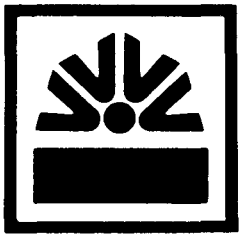
Si bien León Barandiarán utilizó el método exegético en sus Comentarios, adicionó a cada capítulo «cuestiones complementarias» para hacer precisiones críticas y señalar la necesidad de innovar siguiendo el rumbo de la moderna doctrina y receptando la raigambre latina de las figuras inherentes al Acto Jurídico. El mérito de sus «cuestiones complementarias» es que han sido tomadas en consideración y han tomado asiento en el ordenamiento vigente. Así ha ocurrido con el instituto de la representación, ahora tratado en el Libro del Acto Jurídico, habiéndose escindido la representación voluntaria del contrato de mandato, pues en el Código de 1936 éste era la expresión de aquélla. Ha ocurrido también con las normas de interpretación, ahora incorporadas también al Libro del Acto Jurídico. Ha ocurrido, además, con los vicios de la voluntad y, particularmente, con las reflexiones para el tratamiento del error, no sólo como error-vicio, sino también como error en la declaración.

Los conceptos desarrollados por León Barandiarán han imbuido el Código vigente. El tratamiento de la simulación tiene ahora una claridad extraordinaria y se le ha dado el énfasis necesario a lo suspensivo y resolutorio en la condición y en el plazo, como modalidades del Acto Jurídico, entre otros muchos aspectos, dentro de los cuales está el tratamiento de las nulidades, que tuvo por ponente a Olaechea en el Código de 1936 y que contó con la adhesión y el respaldo de León Barandiarán.

Es grande, pues, la gravitación de León Barandiarán. Había sido maestro de todos los que fuimos miembros de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936 y lo siguió siendo a lo largo de los años del proceso de la reforma. Pero fue maestro, además, no sólo por la relevancia de su obra y su sapiencia jurídica, sino por su generosidad, su desprendimiento, su humildad, su bondad transparente y la lucidez de su mente. No buscó nunca el relumbrón ni la frase altisonante. Fue conse-

cuente con su sentido de la vida, sencillo en sus costumbres y profundo en sus convicciones.

Al solicitarme THĒMIS - Revista de Derecho una colaboración con motivo de los 10 años de vigencia del Código Civil peruano, me he valido de la oportunidad para recordar al maestro León Barandiarán, pues, como él mismo lo escribiera alguna vez, «de los grandes hombres, como de los grandes libros, hay algo siempre que decir y mucho que aprender».



BANCO DE LIMA

GRUPO CREDIT LYONNAIS

LA NECESIDAD DE ABANDONAR LA CONCEPCION CLASICA DEL ACTO JURIDICO

Lizardo Taboada Córdoba
Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú
Universidad de Lima

Varias de las distintas posturas doctrinarias adoptadas por franceses y alemanes sobre el acto o negocio jurídico, adolecen -según el autor- de una serie de defectos que obligan a su rechazo y superación.

La reflexión que sigue constituye un intento de reconocimiento integral del negocio como supuesto de hecho que, al concretarse en la realidad y ser subsumido por la ley, produce efectos jurídicos. Asimismo, se explica su carácter efectivo como mecanismo de autoregulación de los intereses privados de las partes intervinientes.

En nuestro medio, desde siempre, se ha señalado e identificado el acto jurídico con las declaraciones de voluntad que producen efectos jurídicos queridos o deseados por el o los sujetos. En este sentido, nadie duda en afirmar que es acto jurídico toda declaración de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, al igual que lo señala expresamente el artículo 140 del Código Civil. Lo que caracteriza la noción de acto jurídico es pues su identificación con el concepto de la manifestación o declaración de voluntad, en la medida que la misma produzca obviamente efectos jurídicos. Consecuencia lógica y hasta podríamos decir natural de esta noción, es el hecho de no realizar reflexión alguna ni ninguna clase de cuestionamiento o interrogante sobre la razón por la cual algunas declaraciones de voluntad de los sujetos de derecho, pueden producir efectos jurídicos y otras no, al punto que podría decirse sin ningún temor, que en nuestro medio, prevalece la idea de que cualquier declaración de voluntad, con tal que esté orientada a la consecución de un fin no prohibido por norma legal imperativa, o que no atente contra el orden público o las buenas costumbres, es un acto jurídico y por ende merece la protección del sistema jurídico. Esta noción no sólo se ha venido utilizando desde la época de vigencia del Código Civil de 1936, a pesar que el mismo no consagró ninguna definición sobre dicho concepto, sino fundamentalmente con mayor razón a partir de la entrada en vigencia del actual Código Civil de 1984, teniendo en cuenta la definición antes referida de su artículo 140. Como resulta evidente, si con el código de 1936, que no contenía ninguna definición de acto jurídico, se estableció en nuestro medio casi como

axioma dicha noción de acto jurídico, ahora con el artículo 140 del actual Código nadie duda de la veracidad de dicha manera de entender y definir el acto jurídico.

Todo esto significa, adicionalmente, que la codificación civil peruana en la actualidad, al igual que con el Código Civil de 1936, ha consagrado legalmente el término **acto jurídico** como denominación legal para referirse a los comportamientos del hombre, en su vida de relación con los demás, que producen efectos o consecuencias jurídicas, sobre la base de la necesaria identificación del mismo con las declaraciones de voluntad destinadas a producir consecuencias amparadas por el Derecho.

Si se observa bien, esta manera clásica, completamente francesa, de entender el acto jurídico, supone además la afirmación implícita, pero rotunda, de dos premisas adicionales. La primera de ellas nos señala el principio que todos los sujetos de derecho son completamente libres dentro del marco de un determinado ordenamiento jurídico, correspondiendo a éste último únicamente la capacidad y la función de dar valor legal a las aspiraciones de los mismos, sin que cumpla ninguna función organizadora de la realidad, debiendo limitarse su función ordenadora a recibir los deseos de los miembros de una determinada sociedad, en un momento histórico determinado, sin ningún otro control que no sea el de la licitud. La segunda afirmación que sirve de fundamento a esta concepción, es aquella que nos dice que los sujetos, al momento de celebrar actos jurídicos, tienen la intención de producir efectos jurídicos, lo cual supone que todos los miembros de una determinada sociedad tienen conocimientos legales y deben conocer a la perfección los efectos jurídicos que nacen de cada especie de acto en un determinado ordenamiento jurídico.

Por el contrario, todos los demás comportamientos o conductas del individuo que producen también efectos jurídicos, pero atribuidos directamente por el ordenamiento jurídico, sin tomar en cuenta en lo más mínimo el deseo o la voluntad de producir efectos jurídicos, a diferencia del acto jurídico, son denominados por la concepción clásica que estamos cuestionando simples «hechos jurídicos voluntarios lícitos sin manifestación de voluntad», para dejar bien en claro que solamente en los actos jurídicos existe una declaración o manifestación de voluntad. En otros términos, en nuestro medio, la diferencia fundamental respecto de los actos del hombre que producen consecuencias jurídicas, se ha planteado siempre entre los hechos jurídicos voluntarios lícitos sin manifestación de voluntad y aquellos que sí la tienen y que por eso se denominan «actos jurídicos».

En este momento de nuestro comentario, podemos dejar bien en claro la siguiente afirmación: el sistema jurídico nacional, ante la problemática necesaria a todo sistema jurídico de distinguir qué comportamientos del hombre, dentro del marco de lo permitido, producen o no consecuencias legales, ha optado por denominar a unos «actos jurídicos» y a otros «hechos jurídicos voluntarios lícitos sin declaración de voluntad», pero sobre la base de una concepción clásica de origen francés que presupone la afirmación fundamental de que todos somos completamente libres, iguales y con conocimiento perfecto de las normas jurídicas.

Pues bien, esta noción clásica del acto jurídico fue modificada posteriormente, antes de la promulgación del Código Civil alemán, por los pandectistas clásicos alemanes, con la creación del concepto del negocio jurídico, que en su primera versión, denominada también concepción clásica, coincidió totalmente con la francesa, al definirse el mismo como toda declaración de voluntad productora de efectos jurídicos buscados por el declarante justamente como efectos jurídicos. En este sentido, la concepción pandectista clásica del negocio, utilizó también la denominación de «negocio jurídico» para referirse a los comportamientos del hombre, en su vida de relación con los demás, que producen consecuencias jurídicas, en correspondencia con el propósito jurídico que los determinara, apareciendo también dentro de esta nueva orientación la doctrina o teoría de la «voluntad dirigida al efecto jurídico». Del mismo modo, dentro de esta orientación clásica del negocio, se entendió también que todos los demás comportamientos o conductas que producían efectos legales, pero ya no deseados como tales por los declarantes, sino atribuidos o impuestos directa y exclusivamente por el ordenamiento jurídico a la simple declaración de voluntad, a la simple realización del comportamiento voluntario sin importar lo querido o no por el sujeto, debían recibir la calificación de «actos jurídicos en sentido estricto», justamente para diferenciarlos de los negocios jurídicos, en los cuales sí es factor fundamental el propósito, jurídico o no, del o de los declarantes.

Como se podrá observar, dentro de la concepción clásica pandectista del negocio jurídico, la diferencia se plantea, ya no entre actos jurídicos y simples hechos jurídicos voluntarios sin manifestación de voluntad, sino entre negocios jurídicos y actos jurídicos en sentido estricto, aún cuando en

ambos casos, a pesar de la diferente terminología, existe obviamente una total uniformidad conceptual.

Evidentemente, en toda sociedad, en cualquier momento histórico y en cualquier sistema político, existen, además de los comportamientos que producen efectos jurídicos, una inmensa variedad y diversidad de conductas o actuaciones del hombre en su vida de interrelación social que, según el criterio social imperante debidamente reconocido por el sistema jurídico y aceptado por todos los miembros de cada sociedad como una conciencia colectiva, no son productores de efectos jurídicos. Todos estos simples eventos reciben y han recibido desde siempre la denominación de «compromisos sociales», «hechos intrascendentes», «simples actuaciones», «conductas indiferentes», «pactos de caballeros», o «simples actos sociales». Todas estas conductas o eventos, según el criterio unánime, por la simple razón de no producir efectos jurídicos, no merecen la calificación de «jurídicos», quedando su regulación o cumplimiento al simple ámbito social, sin ninguna intervención del sistema jurídico, al cual le será completamente indiferente el cumplimiento de los mismos o no. El problema fundamental se presenta, como es claro, respecto de los comportamientos que sí producen efectos jurídicos y que por ello mismo deben dividirse en dos grupos, atendiendo a si el efecto jurídico es otorgado o no en concordancia con lo deseado o perseguido por el o los sujetos que han declarado su voluntad. En tal sentido, las dos teorías clásicas, bajo comentario, han utilizado diferentes terminologías, pero coincidiendo íntimamente en sus nociones.

Ahora bien, las ideas antes expuestas de ambas concepciones clásicas, ya sea del acto como del negocio jurídico, consagradas, según insistimos, en nuestro Código Civil bajo la denominación francesa, han sido abandonadas en su totalidad por la mayor parte, diríamos por la casi totalidad de los juristas de todos los sistemas jurídicos, por tres razones fundamentales:

1. En primer término, respecto de la concepción clásica del acto jurídico, se sabe y se reconoce por todos desde hace mucho tiempo, y fundamentalmente por los creadores de la teoría del negocio jurídico, que en todo hecho jurídico voluntario, sea lícito o no, siempre hay de por medio un comportamiento voluntario del hombre, es decir, una manifestación de voluntad, de forma tal que no se puede caracterizar la figura francesa del acto jurídico por la presencia de una o más declaraciones o manifestaciones de voluntad, teniendo en cuenta que la misma es un elemento común a todo hecho jurídico voluntario, lícito o no. Por ello, la concepción clásica del negocio planteó desde un primer momento la diferencia entre actos y negocios únicamente en que en los segundos, además de la declaración, existía el propósito jurídico, mientras que en los primeros éste no se presentaba, dejando bien en claro que en ambos casos había siempre de por medio por lo menos una declaración de voluntad.

2. En segundo lugar, porque se admite también por casi todos, que con una definición del acto y del negocio jurídico como una simple manifestación de voluntad dirigida a la producción de efectos jurídicos buscados por el declarante, se deja de lado el rol valorativo que cumple el sistema jurídico respecto de la conducta de los individuos. Rol valorativo que se convierte fundamentalmente en la función organizadora que cumple el Derecho respecto de la realidad social. A nadie escapa la idea que si un comportamiento del hombre en una determinada sociedad, y en un determinado momento histórico, sea cual fuere el sistema político, es capaz de producir efectos jurídicos, ello no ocurre por ser algo consustancial a la naturaleza humana, o un don divino, o por derecho natural, sino simplemente porque el ordenamiento jurídico de esa sociedad en particular es el que ha decidido si esa conducta debía o no producir efectos jurídicos. En otros términos, actualmente existe total y definitiva coincidencia en que los efectos jurídicos son siempre concedidos o atribuidos por el Derecho como respuesta a la realización de un determinado evento o comportamiento, que por ello mismo recibe la calificación de jurídico. Sin embargo, con una definición del acto jurídico francés y del negocio jurídico alemán como simples declaraciones de voluntad, se deja de lado totalmente la intervención del sistema jurídico en la creación de figuras legales y fundamentalmente en la atribución de efectos jurídicos, destacándose únicamente la conducta del sujeto, como si éste fuera el centro del ordenamiento jurídico, el mismo que no tendría otra función que recibir siempre lo deseado o querido por el sujeto, en cuyo caso el sujeto sería completamente libre para crear a su libre albedrío efectos jurídicos a su antojo, sin ninguna valoración social o jurídica, bastando con su simple «querer» como un poder ilimitado y absoluto, únicamente restringido por el límite natural de la ilicitud o antijuricidad. En tal sentido, debe recordarse lo establecido en el artículo V del Título Preliminar de nuestro Código Civil, que literalmente dispone que es nulo todo acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

3. Finalmente, porque se admite casi unánime-

mente también, que es falso que los sujetos al celebrar actos y negocios jurídicos busquen siempre y en todos los casos la producción de efectos jurídicos, por cuanto todo acto del hombre, de acuerdo a la experiencia universal, está orientado siempre fundamentalmente a la consecución de efectos meramente prácticos y empíricos y, en todo caso, efectos prácticos con el conocimiento de que los mismos están amparados o protegidos por el sistema jurídico. Esta afirmación es demostrable en cualquier sociedad, sin duda alguna.

Pues bien, son estas tres razones fundamentales las que han originado desde hace muchísimo tiempo el abandono de ambas teorías clásicas y nosotros diríamos aún más: su total olvido. Este triste final de las concepciones clásicas de los hechos del hombre que producen consecuencias jurídicas en concordancia con lo deseado por el sujeto, ha sido consecuencia de la posterior evolución y desarrollo de la teoría del negocio jurídico, no así de la del acto jurídico, la cual se estancó y terminó con su primera versión.

El auge paulatino del concepto negocial es consecuencia de su gran difusión y enorme aceptación en la mayor parte de la doctrina de los diferentes sistemas jurídicos latinos, acentuado aún más por el enorme prestigio de los juristas que se adhirieron a la misma. Fueron precisamente los postulados de las nuevas corrientes sobre el negocio jurídico y los argumentos de los autores que decidieron participar de la misma, los que pusieron de manifiesto las terribles contradicciones antes mencionadas, a tal punto que en la actualidad, y lo decimos con el mayor de los respetos, es muy difícil poder sustentar y comprender con lógica jurídica los argumentos de ambas concepciones clásicas.

Es necesario señalar, sin embargo, que el abandono de las concepciones clásicas no fue consecuencia inmediata de la aparición de la teoría del negocio jurídico, como algunos creen a ciegas, sino de su posterior desarrollo, cambio y evolución, por cuanto, como hemos insistido hasta el cansancio, en su versión clásica -lo cual no se menciona por lo general, no entendemos las razones- el concepto del negocio jurídico fue exactamente igual al del acto jurídico.

Posteriormente, el alejamiento fue progresivo pero total, desde el mismo instante en que se empezó a entender y concebir el negocio jurídico como un **supuesto de hecho** conformado por una o más declaraciones de voluntad y ya no como una simple declaración de voluntad. Ese cambio en los conceptos significó de inmediato un cambio radical, por cuanto desde que se entiende que el negocio es un supuesto de hecho, se está tomando en cuenta, sin quererlo, el rol valorativo del Derecho de las diferentes conductas de los individuos en una sociedad en particular. El ordenamiento jurídico es el que decide, en concordancia con el criterio de valoración social, cuándo un acto del hombre debe ser considerado negocio jurídico y cuándo no; por supuesto, como insistimos, en íntima vinculación con las valoraciones sociales y culturales existentes. Más aún, con la noción de negocio como supuesto de hecho, se está diciendo de manera categórica, lo cual también es muy importante, que la declaración o manifestación de voluntad no pueden identificarse con el negocio, sino solamente con un elemento del mismo, el fundamental, obviamente en conjunto con la causa o finalidad, entendida como la función socialmente razonable que cumplen los negocios en la vida de relación social y que los convierte justamente en merecedores de la tutela legal y por ende en su calificación como negocios jurídicos y ya no como simples negocios sociales.

Es importante destacar que esta noción de la causa como función o finalidad socialmente razonable, corresponde también a este segundo momento de la evolución del concepto negocial, por cuanto en un primer momento, en correspondencia con las versiones clásicas del acto y del negocio jurídico, se entendió y se pensó, como algo que no admitía demostración en contra, que la causa era también la finalidad o la función jurídica del negocio. Incluso se llegó a elaborar la concepción, completamente legalista y absurda, de la causa de la obligación, como fundamento de que la voluntad siempre tenía que estar dirigida a la obtención de efectos jurídicos. Sin embargo, felizmente estas concepciones clásicas, meramente jurídicas de la causa, han sido también dejadas de lado por la mayor parte de los juristas.

La ruptura y el total derrumbe de las concepciones clásicas del acto y del negocio jurídico culminaron, desde nuestro punto de vista, con las corrientes preceptivas del negocio jurídico, que entendieron que en el mismo no existía únicamente un supuesto de hecho conformado por una o más declaraciones de voluntad, sino un supuesto legal con un precepto social, con un contenido fundamentalmente social. Desde este mismo instante, se empezó a definir el negocio jurídico, ya no como un supuesto de hecho, sino como una autorregulación de intereses privados dirigida a la satisfacción de necesidades e intereses de los sujetos, en una determinada sociedad, considerados dignos de tutela por un ordenamiento jurídico en particular, a tenor de lo establecido en los valores

sociales. En otros términos, desde este instante se empezó a definir el concepto del negocio jurídico como una noción eminentemente social con un reconocimiento legal, pero posterior.

Esta tercera etapa en la evolución y desarrollo del concepto negocial, en debate todavía en la actualidad, no libre de defectos y algunos muy serios, por restringir en algunos casos en demasía los límites de la autonomía privada, ha tenido sin embargo el mérito fundamental de vincular la teoría del negocio jurídico con la realidad social, entendiendo el negocio como una figura legal con un eminente contenido y valor social, debidamente recibido por el Derecho cuando es socialmente considerado digno de tutela.

Por supuesto, que en la actualidad el debate todavía continúa y hay quienes, con justa razón y total legitimidad, optan por una tendencia o por otra, incluso algunos pocos por las concepciones clásicas, que hemos criticado. Otros, por el contrario, en su desesperación por lo complicado y abstracto del tema, prefieren desentenderse del problema y levantan como bandera la negación de todo concepto del negocio o del acto jurídico. Esta última tendencia, minoritaria por cierto, olvida que el negocio jurídico, al igual que el acto jurídico, son figuras sin contenido, meros esquemas lógicos elaborados con el fin de estudiar de manera conjunta todas las figuras de actos y contratos típicos, al igual que los atípicos.

Lo que sí es indiscutible es que el concepto francés del acto jurídico, consagrado en el artículo 140 de nuestro Código Civil, al igual que el concepto clásico alemán, completamente coincidentes, se encuentran completamente destruidos y abandonados. En tal sentido, por nuestra parte, proponemos la supresión de la definición clásica contenida en el artículo 140 del Código, y que se deje en libertad al intérprete de optar por una concepción o por la otra, teniendo en cuenta que se trata de un tema doctrinario, bastante discutido y opinable como todos.

Finalmente, debemos señalar que no existe ningún inconveniente para utilizar los criterios de la doctrina del negocio jurídico en un código, como el nuestro, que ha mantenido la denominación francesa -se dice legitimada por la tradición jurídica nacional, del acto jurídico-, por cuanto ambas teorías son esfuerzos y han sido elaboradas para entender los actos del hombre que producen efectos jurídicos en correspondencia con el propósito práctico que los hubiera determinado. Es decir, se trata de dos conceptos con nombres distintos, que buscan explicar el mismo fenómeno social. Más aún, pensamos que el actual Código Civil ha regulado la figura del negocio jurídico, manteniendo únicamente la denominación francesa. Lo que no podemos afirmar en sentido alguno es que entre ambas nociones exista una relación de sinonimia conceptual, pues ésta sólo se dio en las versiones clásicas. Además, no debe olvidarse que dentro de la propia lógica del esquema negocial, el negocio jurídico es completamente distinto al acto jurídico en sentido estricto.

祝創立25周年

Sandoval S.A.

25 AÑOS
EN MUDANZAS
INTERNACIONALES

Calle 1 Mza. A Lote Nº 6 Urb. Industrial Bocanegra, Bellavista - Callao
Telf: 415710 Fax: (5114)424348 Casilla: 1334 Lima - Perú

Palmas del Espino S.A.

Ofrece Aceite de Palma y Palmiste para la Industria de Productos grasos y jabonería.
Entregamos en planta de clientes

Pedidos al Teléfono: (054 - 14) 28-8000 - Fax: (054 - 14) 31-4037 - Lima - Perú

ALGUNOS APUNTES DOGMATICOS SOBRE EL CONCEPTO DE NEGOCIO JURIDICO

Eric Palacios Martínez
Asistente de Cátedra de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú
Miembro del Circulo de Derecho Civil Patrimonial

El artículo que publicamos a continuación constituye una aproximación al concepto de negocio jurídico, el cual no es recogido expresamente por el Código Civil peruano. Como es conocido, el legislador civil de 1984 optó más bien por acoger la Teoría del Acto Jurídico -de origen francés-, que ha sido sometida a múltiples y fundamentadas críticas en los últimos tiempos, no sólo en nuestro país, sino en todos aquellos que se han visto influenciados por esta doctrina.

Aun cuando han sido ya varias las voces que se han levantado para señalar la conveniencia de eliminar la noción del acto jurídico de nuestro Código Civil e introducir la del negocio jurídico, lo cierto es que -de un lado- no se trata de un mero problema terminológico y que -del otro- no aparece del todo clara cuál es la concepción que sobre el negocio jurídico debe adoptarse.

Con el presente trabajo, el autor pretende afirmar la validez del método dogmático como método de investigación científico, a la par de realizar una evaluación de la evolución en las distintas concepciones sobre el negocio jurídico. El estudio es interesante, no sólo por la calidad de su contenido, sino también por la vehemencia con que las ideas del autor son expuestas.

SUMARIO: 1.- Notas preliminares: método de análisis de la figura del negocio jurídico. 2.- Las tendencias doctrinales en torno al concepto del negocio. 3.- A propósito de la crítica al concepto. Refutación. 4.- Observaciones personales a la construcción del concepto del negocio jurídico. 5.- Aplicación del concepto en el Código Civil peruano. 6.- Conclusiones particulares. Importancia de la Teoría General del Negocio Jurídico.

1. NOTAS PRELIMINARES: METODO DE ANALISIS DE LA FIGURA DEL NEGOCIO JURIDICO

Sin duda alguna, la figura del negocio jurídico es una de las que más reflejan los cambios ocurridos en la estructura social, siendo viva prueba de ello que el marco contextual de la sociedad, donde surgen y se desarrollan las principales tendencias conceptualizadoras del negocio, siempre ha influido notablemente en la configuración de éstas en un momento histórico particular.

Sin embargo, existe una corriente de pensamiento originada por un desconocimiento generalizado sobre la utilidad de los mecanismos negociales y sobre todo por un prejuicio práctico, para el cual el negocio jurídico es una abstracción desconectada de la realidad social. Esta, por desgracia, viene afianzándose cada día más en nuestras conciencias, originando un desinterés por esta figura y por el análisis dogmático fundado en el razonamiento puro, teniendo como consecuencia que se vaya abandonando la construcción teórica, la cual, si guarda coherencia con la realidad, es de gran ayuda para la resolución de los conflictos y la autorregulación de intereses por los mismos particulares.

La vinculación del método dogmático con la Teoría del Negocio es innegable. Aquel implica defender la coherencia del ordenamiento y procurar soluciones concordantes ante situaciones prácticas similares, usándose preferentemente para estudiar y construir las figuras jurídicas que son el reflejo de las instituciones del Derecho Privado [1], mientras la tendencia que propone abandonar éste se fundamenta en una casuística originada en la misma experiencia. Recordemos las palabras de Allorio en defensa de la dogmática: «si defender la coherencia del ordenamiento jurídico, si repugnar el pensamiento de que la ley admita, sin diferencia real de situaciones prácticas que regular, soluciones discordantes; si todo esto es dogmática, entonces no me ruborizo de profesarme dogmático [...] Entonces por una especie de insinceridad intelectual, acusamos al sistema; nos parece elegante y *bonton* renegar de nuestra vocación constructiva y encerrarnos en el caso, anteponer la experiencia a los principios, allí donde debería ser nuestra ambición buscar, con el doble auxilio del estudio y la imaginación, una solidaridad cada vez más audaz entre la experiencia, minuciosamente conocida y analizada, y los principios ampliamente reconstruidos» [2].

La relevancia de la construcción dogmática queda así enmarcada, no como una actividad netamente académica, sino por el contrario, como actividad dirigida a la construcción de los principios a partir de una experiencia previamente analizada.

Con esta perspectiva metodológica, el artículo propone, dentro de sus límites, ofrecer una visión del concepto del negocio en su evolución, coordinándola con la realidad en la que surge cada construcción; y a su vez intentar una visión particularizada y personal del negocio jurídico. Se tratará ante todo de respetar la coherencia sistemática, pero sin dejar de criticar conceptos y definiciones de fondo, lo que no se contradice con la idea del análisis dogmático que se piensa realizar. En cuanto a la bibliografía, se da amplia prevalencia a la literatura italiana, pues la considero como la más desarrollada y moderna sobre el negocio jurídico.

2. LAS TENDENCIAS DOCTRINALES EN TORNO AL CONCEPTO DEL NEGOCIO

Antes de abordar el estudio de la figura misma, creemos necesario y oportuno en esta parte del trabajo, examinar, aunque sólo sea descriptivamente en algunos puntos, las principales corrientes doctrinales que pretenden dar una definición del negocio jurídico.

La primera, nacida por obra de Savigny, denominada como la «teoría de consecuencias jurídicas» tiene su fundamento en el conocido dogma de la voluntad. Según ésta, la voluntad es la productora de efectos jurídicos; el querer individual en sí y por sí es tutelable de manera obligatoria por el ordenamiento. La única limitación posible a la autonomía de la voluntad es el orden público y las buenas costumbres, lo que conlleva tan sólo a una posición protectora del ordenamiento jurídico, que se halla limitado en su actuar, por el simple querer de los particulares (que no sea contrario al orden público y a las buenas costumbres), a brindar protección jurídica. Existe una total ausencia de la función calificadora en el ordenamiento. Es de particular interés hacer notar la vinculación de esta teoría con la Escuela del Derecho Natural, al exaltar la primacía de la razón, y con la Escuela Histórica, al revalorizar el espíritu popular. Ambas teorías concluían en reconocer un poder creativo de Derecho a la voluntad de los particulares, el mismo que se debe colocar en la raíz del que rer [3]. Se define el negocio como la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir las relaciones jurídicas [4].

Las objeciones contra tal manera de pensar no se hicieron esperar, tanto en el aspecto dogmático como en el aspecto ideológico.

Desde el punto de vista ideológico, la objeción se plantea en la medida en que se constata que en el modelo de sociedad moderna en la que vivimos existe la necesidad de cooperación y la supremacía del factor social que conllevan a la negación total de la pretendida omnipotencia del querer individual. Esto sobre todo se puede apreciar en los países en vías de desarrollo, como el nuestro, en

[1] El análisis económico ofrece una interesante alternativa, pero su ámbito es tan sólo parcial, pues la variable económica (resumida en la eficiencia) no es la única utilizable en el razonamiento jurídico.

[2] ALLORIO, Enrico. *Problemi di Diritto*. Giuffre, Milán, 1957. vol. I, p. 8.

[3] RESCIGNO. *Manuale del Diritto Privato Italiano*. Eugenio Joven, Nápoles, 1986. p. 293.

[4] Por lo demás evidente, es la posición adoptada por el Código Civil Peruano.

los que es ilusorio e inútil centrarse en el establecimiento de protección de los intereses particulares que no se encuentren respaldados por el interés social. Sin embargo, con esto no deseamos abogar por la intervención totalizante del Estado en la autonomía privada. De los Mozos describe este fenómeno afirmando que «de este modo, el intervencionismo estatal, movido por una ideología socialista (nacionalsocialista, fascista, etc.), ha ido limitando y deformando los *iura privata* en nombre de algo tan vago y evanescente, como engañoso y utópico, la llamada "justicia social". Tal ha sucedido con el derecho de propiedad, con las limitaciones e intervenciones en los contratos y, en general, por la reglamentación minuciosa de la vida económica, al servicio de unos "intereses sociales" que corresponden a todos por el "hecho de ser ciudadanos", anulando algo tan sagrado como la iniciativa individual, y sustituyéndola por la providencia del Estado. Con lo que, lejos de desarrollar lo que debe ser la igualdad entre los ciudadanos, se está anulando hasta el estímulo de la libertad[5]».

Nos parece necesario, ante esto, distinguir dos cosas. Por un lado, el aspecto calificador del ordenamiento para tutelar las autorregulaciones de los particulares (negocios sociales), convirtiéndolos en preceptos jurídicos; y por otro, el aspecto regulador e intervencionista que corta toda iniciativa privada. Así, se establece la necesidad de tutela por el ordenamiento sólo para aquellas regulaciones privadas que merezcan protección y que la actuación del Estado se debe circunscribir solamente a la calificación de los intentos prácticos de los particulares a fin de ver si reúnen las exigencias que éste exige en salvaguarda de la igualdad entre los sujetos. Ejemplos de estos límites dentro de la Teoría del Negocio son los conceptos de causa, patrimonialidad, equivalencia y buena fe.

Las objeciones de orden dogmático se hacen contra la misma definición de negocio jurídico esbozada por esta teoría[6]. Se puede afirmar que la expresión «declaración» o «manifestación» de voluntad no es apta para resumir la esencia normativa del negocio y que a su vez, da lugar a fórmulas irreales y artificiosas (por ejemplo, la fusión de voluntades y la común intención de las partes que son predominantes en el Derecho Contractual). Es clara la justificación de tal afirmación. Si bien la declaración de voluntad y la común intención son parte esencial de la estructura del negocio, ésta no hace más que describirla, es decir, deja de lado en su exposición el aspecto autorregulador del negocio jurídico, con respecto a los particulares, que sin duda alguna, constituye su «esencia».

La verdadera utilidad del negocio radica entonces, en el realce de la potestad de los particulares de autorregulación de sus propios intereses, carácter fundamental que no se expresa en la definición acotada.

Por otro lado, la definición del negocio como declaración de voluntad no cumple el fin de toda definición, que es el de distinguir el negocio de los demás actos jurídicos no negociales, siendo aún totalmente válida la crítica formulada por Thon, según la cual deberíamos considerar también, siguiendo la definición, como negocio al acto ilícito siempre que se halle informado, hipotéticamente, por la intención concreta de realizar una acto lesivo o, simplemente, por las consecuencias que la ley le atribuya en vía represiva[7].

Con ello queda claro la insuficiencia de la definición en tanto se constate que la declaración de voluntad no es propia tan sólo de los negocios jurídicos. Piénsese en la interpretación y en la oferta como ejemplos claros de actos no negociales con declaración de voluntad.

Asimismo, es necesario poner en relieve la misma contradicción encerrada dentro del término «declaración de voluntad» en la misma medida que, al intentar reducir a una verdad sus dos elementos constitutivos (voluntad y declaración), el uno externo y formal, y el otro interno y psíquico, cae en una antítesis por la imposibilidad conceptual de concretar esta unión. Bajo este punto de vista, dice Scognamiglio, «la expresión "declaración de

[5] DE LOS MOZOS, José Luis. *Derecho Civil. Métodos. Sistemas y Categorías Jurídicas*. Civitas, Madrid, 1988. p. 63.

[6] Así, Messineo define al negocio jurídico como "una declaración de voluntad (privada), o un conjunto de declaraciones de voluntad (privadas), dirigidas a la producción de determinados efectos jurídicos (aunque no clara y enteramente previstos por quien emite la declaración y concebidos por él como efectos meramente económicos y prácticos), que el ordenamiento reconoce y garantiza -de ordinario- en los límites de la correspondencia, o coherencia entre ellos y la voluntad que persigue tales efectos, y en cuanto se trate de efectos no ilícitos (MESSINEO, Francesco. *Derecho Civil y Comercial*. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires. t. II, p. 338). En igual sentido, STOLFI. *Teoría del Negocio Jurídico*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959. p. 2.

[7] Citado por PIETROBON. *El error en la doctrina del negocio jurídico*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971. p. 222.

voluntad" se manifiesta gravemente equívoca: ella indica al mismo tiempo -y así se presta a confusión- tanto la acción voluntaria, como la manifestación de lo querido»[8]. En la misma dirección, el maestro español De Castro y Bravo nos dice que la definición «supone mantener la confusión entre declaración de voluntad y negocio jurídico, lo que origina una primera ocasión de dudas y discusiones. Porque si fuera cierta aquella autorizada definición, el contrato de compraventa, por ejemplo, no sería un negocio jurídico y la oferta sería un negocio jurídico y otro la aceptación»[9].

Un punto que guarda íntima relación con la concepción tratada, es la problemática del fundamento de los efectos negociales. Es prevalente la opinión que lo que fundamenta los efectos es el propio ordenamiento (en la norma) y que es irrelevante lo que el particular quiera conseguir con el negocio que celebra. Lo que quiere el particular es un resultado práctico y no, como se desprende de la enunciación de la definición en comentario, un determinado fin jurídico. Danz, sobre este punto, señala:

«Por lo que se refiere al requisito del estudio jurídico que ha de perseguir la voluntad, jamás ocurre que la intención, la voluntad interna del que celebra un negocio jurídico, se proponga producir un resultado de Derecho. El que entra en un restaurante y pide buena comida, el que alquila una casa bonita y bien situada, o pide prestado el paraguas a un amigo porque llueve, no pretende evidentemente en su interna voluntad, adquirir algo simplemente imaginario, el crédito que nace de un contrato de compra o de arrendamiento, etc., porque eso no le sirve para acallar el hambre ni para habitar la casa o guarecerse de la lluvia. La voluntad interna del que celebra un negocio jurídico persigue de ordinario un resultado económico»[10].

Llegados a este punto, se tendrá que concluir que el ordenamiento asigna los efectos correspondientes al intento práctico de las partes, considerando irrelevante para tal efecto, la intención de las partes. Un ejemplo de esto lo tenemos en los casos en que la ley fija efectos no previstos e incluso no queridos por los particulares en la configuración del negocio, sea para realizar mejor el efecto típico negocial (normas supletorias), sea para proteger intereses de orden general (normas imperativas).

Ante las múltiples complicaciones que implicaba continuar con la concepción expuesta, la doctrina se lanza a buscar una definición más coherente del negocio jurídico. Se parte de que los particulares, mediante el intento práctico, sólo cumplen la condición necesaria para que se produzcan los efectos dados por el ordenamiento y se llega a la descripción del supuesto de hecho negocial. Unánimemente, se admite que el negocio encierra en sí un supuesto de hecho complejo (y no uno simple, como se pretendía anteriormente, al señalar como único elemento de la estructura del negocio a la declaración de voluntad del agente) que debe ser analíticamente estudiado para buscar dentro de sí mismo la esencia del negocio jurídico[11].

Esta teoría del supuesto de hecho define al negocio de manera englobante en la siguiente forma: «la declaración o acuerdo de voluntades (conducta significativa) con los que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos»[12]. Según la definición, que

[8] SCONAGMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. Eugenio Jovene, Nápoles, 1969. p. 46. Para una exposición de esta crítica, el autor cita a LARENZ. *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschafts*. Leipzig, 1930. p. 60; BULOW. Gestandnissrecht. p. 128; BETTI, *Teoría general del negocio jurídico* (traducción). Revista de Derecho Privado, Madrid, s/f, p. 53-55, en donde se observa una demoledora crítica a la concepción analizada.

[9] *El negocio jurídico*. Civitas, Madrid, 1985. p. 21.

[10] DANZ, Erich. *La interpretación de los negocios jurídicos*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 11. En igual dirección señala ANDREOLI. *Contributo alla teoria dell adempimento*. CEDAM, Padua, 1937. p. 52: "Se ha justamente observado que la voluntad del privado no es nunca idónea por sí sola para causar efectos jurídicos. A lo mucho puede causarlos en cuanto una norma jurídica pone un nexo causal entre ella y aquellos efectos. Además, normalmente el privado no tiene plena conciencia de los efectos jurídicos del negocio, y se preocupa sólo del resultado práctico por alcanzar".

[11] BARASSI. *Instituciones de Derecho Civil*. Bosch, Barcelona, 1955. p. 159. Para una resumida reseña general de los elementos del negocio, ver ALPA Y BESSONE. *Elementi di Diritto Civile*. Giuffre, Milán, 1990. p. 252 ss.; ESPIN CANOVAS. *Manual de Derecho Civil Español*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982. vol. I, p. 510 ss.

[12] DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Op. cit.* p. 34; MUÑOZ. *Contratos*. TEA, Buenos Aires, 1960. t. I, p. 14. Representativa es la definición de Enneccerus, Kipp y Wolff: "El negocio jurídico es un supuesto de hecho que contiene una o varias declaraciones de voluntad y que el ordenamiento jurídico reconoce como base para producir el efecto jurídico calificado de efecto querido" (ENNECCERUS, KIPP Y WOLFF. *Tratado de Derecho Civil*. Bosch, Barcelona, 1981. t. I-II, vol. 2, p. 64).

en nuestro entender es descriptiva y caracterizante de todas las definiciones de los autores que se adhieren a la teoría del supuesto de hecho, el negocio sería definido propiamente por la declaración o acuerdo y por la calificación del ordenamiento. Ello conlleva a delimitar la estructura del negocio jurídico olvidando, en nuestra opinión, el aspecto funcional del negocio. Esto, sumado a lo descriptivo de la definición, serían las únicas posibles objeciones a la aceptación de ésta.

Un cambio más sustancial lo encontramos cuando sale a la luz la teoría preceptiva que, observando el descuido del aspecto regulador del negocio en las corrientes doctrinales anteriormente descritas, propone resaltar la configuración de una regla de conducta por el negocio. Se crea un precepto de autorregulación de intereses preexistentes. El más destacado y a su vez el creador de la teoría preceptiva, Emilio Betti, define al negocio como «el acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros (acto de autonomía privada) y al que el Derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico-social que caracteriza su tipo (típica en este sentido)»[13]. A partir de su enunciación, esta teoría ganó una adhesión importante entre los autores italianos, sintetizándose en los más modernos tratamientos institucionales. «Negocio jurídico» es el acto con el cual uno o más sujetos privados establecen un reglamento de intereses reconocido por el ordenamiento como productivo de efectos jurídicos a él conformes[14].

Cabe aclarar, sin embargo, que la teoría preceptiva no propone la identificación del negocio con la norma, y solamente quiere evidenciar que el negocio adquiere para el mundo del Derecho y por fuerza de la ley, la relevancia de un precepto cuyo contenido se traduce en una pauta según la cual ha de valorarse las consiguientes relaciones; precepto que, en tanto, tiene alcance particular sólo por la conducta de los autores o de los destinatarios en los límites en los cuales la ley consienta a los particulares incidir sobre esferas privadas ajenas.

En nuestra opinión, uno de los méritos más importantes de esta teoría es, sin duda, el de reconocer al negocio jurídico como un acto social. En tal sentido, los intentos prácticos de los particulares son en primera instancia, fenómenos sociales y por ende anteriores al ordenamiento.

La labor del ordenamiento por antonomasia, sería la de calificación (por medio de criterios abstractos) de los intentos prácticos, para elevarlos a la categoría de negocios jurídicos. Mientras no se realice esta calificación, los intentos prácticos podrán a lo sumo calificarse como negocios sociales. La idea de este reconocimiento por el ordenamiento de una realidad preexistente es importantísima a nuestro juicio: indica la trascendencia de lo social en lo jurídico, porque sólo la constatación del fondo social permitirá propiamente al ordenamiento acercarse a la realidad social, que es intrínseca a su naturaleza de sistema de convivencia humana; se logra satisfacer la necesidad de hacer que nuestros sistemas jurídicos toquen piso, asuman su compromiso con la realidad y alcancen así el objetivo de una auténtica convivencia social entre los seres humanos[15].

A continuación, en este breve repaso acerca de las tendencias sobre el concepto de negocio jurídico, es necesario abordar en sus lineamientos generales la teoría normativista del negocio[16]. Se parte de la afirmación de considerar al negocio como fuente de Derecho objetivo basándose principalmente en el aspecto normativo de éste, en la medida que contiene normas que entran en vigor y permanecen durante un período más o menos largo de tiempo[17]. La explicación de esta posición se encuentra en la afirmación kelseniana de que los aspectos, aparentemente opuestos, de formación y regulación del Derecho se dan de manera indiscutible en el negocio jurídico y que una peculiaridad importante del Derecho es la de regular su propia creación. Así, el Derecho objetivo creado por el negocio entraría en la escala jerárquica de las fuentes normativas como último peldaño. Debe ponerse énfasis en que la ley ordinaria no es sólo una norma, sino que a su vez es supuesto de

[13] BETTI. *Op. cit.* p. 52.

[14] BURDESE. *Manuale di Diritto Privato italiano.* UTET, Turín, 1974. p. 91. RESCIGNO, Pietro. *Op. cit.* p. 293, afirma que la autonomía negocial es el poder del privado de disponer (ordenar) de los propios intereses y de vincularse mediante los negocios jurídicos, de donde se desprende la interrelación entre autonomía privada y negocio en la teoría preceptiva.

[15] BULLARD, Alfredo. *La relación jurídico patrimonial.* Lluvia, Lima, 1990. p. 363. El cual, sin embargo, afirma abiertamente la insuficiencia de la construcción dogmática, pero olvida que ésta tiene como presupuesto básico su conexión con la realidad.

[16] Cuyo principal expositor es FERRI, Giuseppe. *La autonomía privada.* Madrid, 1969 (traducción).

[17] FERRI, Giuseppe. *Op. cit.* p. 25

hecho de una norma superior: la constitucional. Para esta teoría, en síntesis, el hecho de que el negocio sea supuesto de hecho de una norma jurídica[18], no impide que a su vez sea creador de Derecho objetivo; por ende, se admite que el negocio es un supuesto de hecho pero se agrega, como esencial, la capacidad creadora de «Derecho objetivo negocial». Asimismo, critica fuertemente la teoría preceptiva afirmando que el negocio no es un fenómeno social que después se convierte en jurídico, sino un fenómeno jurídico que como tal tiene una importancia social y que por ello el negocio tiene *ab initio* una connotación jurídica, siendo falso que la ley sea la que conecte al negocio efectos jurídicos[19], porque si se admite que no hay efectos jurídicos sin una norma correspondiente y que el negocio contiene normas jurídicas, es ineludible que los efectos del negocio sean el reflejo de su propio contenido normativo[20].

A su vez, la teoría normativa ha sido sometida a duras críticas no tanto de construcción dogmática (porque hay que admitir la coherencia de esta teoría) sino de fondo, consecuenciales de su aplicación. Se dice que ella, al afirmar la creación de Derecho objetivo por los mismos privados, desvincula el negocio de lo querido por las partes (voluntad) y lo convierte en una figura incontrolable por los mecanismos de censura estatal (por ejemplo, buena fe, equivalencia de prestaciones, condena del abuso, etc.), viéndose en él un instrumento de dominación capitalista[21].

Por último, existe un sector doctrinal, al que podríamos llamar intermedio, que adopta una posición particular en torno al concepto del negocio jurídico. Este sector tiende a operar una mediación con las nuevas posiciones, respetando en lo posible la eficiencia causal de la voluntad, pero siendo consciente de sus limitaciones en relación a la nueva perspectiva del concepto de autonomía privada. Esta teoría no habla ya más de calificación del intento práctico, ni mucho menos de una omnipotencia de la voluntad individual, sino que introduce la idea de «autorización». Así, Santoro Pasarelli define el negocio como «el acto de voluntad autorizado por el ordenamiento para perseguir un fin propio»[22]. En forma similar, Cariota Ferrara afirma que «no puede decirse que es la voluntad la que produce los efectos jurídicos, ni que la fuerza generatriz está en el ordenamiento, sino que es la ley la que autoriza la autonomía privada, haciendo posible que el negocio produzca por sí los efectos jurídicos, proveyéndolo de eficacia»[23]. La corriente reseñada se encuentra presente en los más difundidos manuales institucionales trabajados inmediatamente después de la promulgación del Códice de 1942, por lo que ha influenciado fuertemente en el nivel académico contemporáneo y cuenta entre sus adeptos a los mejores civilistas italianos de los cincuentas y sesentas[24].

Habiendo terminado la reseña de las principales corrientes que definen el negocio jurídico, pasamos a examinar la crítica que se hace a la misma figura por parte de la doctrina que no la acepta en sus contornos teóricos y que no cree en su utilidad.

3. A PROPOSITO DE LA CRITICA AL CONCEPTO. REFUTACION

Para poder tener una visión ordenada de la crítica general que se le hace a la construcción del negocio, creemos oportuno dividir ésta en dos grupos y pasar a su examen por separado. Por un lado, tenemos una crítica general sobre el plano dogmático y sistemático; y por otro lado, una sobre el plano ideológico (al que también se le puede denominar como político-social). En su oportunidad, después de exponer cada una de éstas, formularemos la contestación respectiva de manera particular, para al final del punto tomar en cuenta el contexto en que se realiza.

Sobre el plano dogmático-sistemático, la principal

[18] En lo que se detuvo una de las corrientes anteriormente analizadas.

[19] Como afirma BETTI, Emilio. *Op. cit.*, p. 53. BARBERO, Domenico. *Sistema del Derecho Privado*. Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1967. t. I, p. 434.

[20] FERRI, Giuseppe. *Op. cit.* p. 83 ss.

[21] DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Op. cit.* p. 32.

[22] SANTORO-Pasarelli. *Doctrinas Generales del Derecho Civil*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964. p. 139.

[23] CARIOTTA FERRARA. *Il negocio giuridico nel diritto privato italiano*. Nápoles, 1947, p. 61. Otro importante autor que sigue esta definición es BARBERO, Domenico. *Op. cit.* p. 433.

[24] ALLARA. *La teoria generale del contratto*. Turín, 1943. PUBLIATTI. *I fatti giuridici*. Messina, 1945; Diritto Civile, Milán, 1951; *Studi sulla representanza*, Milán, 1965.

crítica que se ha hecho a la noción de negocio jurídico apunta a negar la unidad de la figura, teniendo como base la separación terminante que existe a nivel teórico y legislativo entre contrato y testamento [25]. La imposibilidad de reconducir a una misma categoría los contratos en general, los actos de Derecho de las Personas, del Derecho de Familia, así como los actos mortis causa, subraya la sustancial diferencia que existe entre los actos por causa de muerte y los actos entre vivos. Esto encuentra su reflejo, por ejemplo, en la aplicación del principio de la confianza, que es inaceptable para negocios unilaterales, como el testamento, y debería ser de aplicación en la medida que, supuestamente, nos encontramos ante un principio general [26]. También se afirma que el testamento (y esto de cara a la teoría preceptiva) no crea una autorregulación de propios intereses en cuanto ninguna relación se estipula entre el autor y los destinatarios de las disposiciones [27].

Para superar tal crítica, creemos que es pertinente desprendernos del prejuicio positivista que nos induce a pensar en que todo lo que está separado por la ley tiene también que estar sustancialmente separado. No es necesario, en nuestro parecer, tener una sola sección o un solo capítulo en el que se puede observar la unidad de una determinada institución. Así, tendríamos que admitir la diferencia existente -y por ello decir que son figuras sustancialmente diferentes- entre el contrato de permuta y el de donación, desconociendo lo que nadie discute en su igual esencia: la de ser contratos. Lo mismo sucede en el negocio. El hecho de regular separadamente los contratos y testamentos no impide que ambas instituciones se puedan subsumir bajo una figura general que las inspira: el negocio como reflejo de la autonomía privada, que se reconoce y autoriza por el ordenamiento para vincularse entre sí.

En lo que se refiere a la diferencia de orden teórico entre la lógica aplicable a los negocios unilaterales, bilaterales y multilaterales, nos parece totalmente inadmisible el intentar desechar la figura del negocio jurídico sólo por el hecho de que no se le puedan aplicar todos los principios a todos los negocios.

Recordemos que el principio de la confianza es aplicable en relación con las normas que protegen un estado de fiducia en un hecho jurídico o, más ampliamente, en un hecho relevante para la formación de un supuesto concreto apto para modificar situaciones jurídicas [28], que en la mayoría de los casos corresponde a los negocios jurídicos. Es por ello que la fiducia protegida es tan sólo la originada cuando existe la concurrencia de más de un sujeto en la formación del negocio. Entonces, el que no se pueda aplicar el mencionado principio a los negocios unilaterales no acarrea la incongruencia de la Teoría del Negocio; por el contrario, muestra el grado de especialización en que se encuentra ésta por su desarrollo dogmático.

En cuanto a la objeción sobre la ausencia de autorregulación en el testamento, sólo nos bastará decir que la autorregulación no necesariamente existe entre una pluralidad de sujetos, sino que también respecto de los propios intereses. Además, los destinatarios son extraños al efecto negocial cuando éste excede los límites del ordenamiento, por lo que sus intereses no son regulados por el testador, sino por el mismo orden.

En el mismo plano, pero desde un punto de partida distinto, se objeta nuevamente la unidad de la concepción del negocio, poniendo en tela de juicio la posibilidad de asimilar la promesa unilateral como fuente de obligaciones al esquema negocial planteado como acto de voluntad o de autonomía. Ello se argumenta por los críticos que señalan que en la asunción de una obligación tiene relevancia esencial no el vínculo del sujeto en el cumplimiento de la prestación, sino más bien la responsabilidad sobre el sujeto en cuanto no cumpla la prestación; y en la promesa unilateral, esta responsabilidad está regulada no sobre la base de la voluntad del promitente, sino en relación a la tutela de la confianza del destinatario. De esto deriva la desvalorización del rol de la voluntad en la promesa obligatoria [29], la negación de la relevancia de la aceptación de la contraparte como elemento de la *fattispecie* constitutiva de la obligación, y consiguientemente, la falta de valor del consenso en la formación de una obligación vinculante jurídicamente. En suma, se deriva la afirmación de

[25] DE LOS MOZOS, José Luis. *El negocio jurídico*. Montecorvo, Madrid, 1987. p. 18.

[26] En tal sentido, FERRI, Giuseppe. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milán, 1966. p. 40.

[27] FERRI, Giuseppe. *Op. cit.* p. 41.

[28] PIETROBON. *Op. cit.* p. 255.

[29] GORLA. "Il potere della volonta nella promessa come negozio giuridico". En: *Revista di Diritto Civile*. nº I, 1956. p. 18.

la imposibilidad de subsumir la promesa obligatoria en el esquema del negocio con una base en la voluntad[30]. Este planteamiento surge por parte del sector doctrinal dedicado al estudio de los ordenamientos de inspiración anglosajona, lo que naturalmente conlleva que sus lineamientos no se fundamenten en la lógica de la Teoría del Negocio Jurídico.

Recordemos que lo que hace el negocio en la realidad jurídica es establecer regulaciones de conducta entre los particulares, y que sus efectos no necesariamente se establecen ciñéndose a la voluntad de los celebrantes. Uno de estos efectos es la eventual responsabilidad que emerge del mismo nacimiento de la relación obligatoria; es decir, que el hecho del nacimiento de efectos *ex lege* y no *ex voluntate* en la promesa obligatoria o en cualquier otro negocio jurídico no es cuestionamiento suficiente para una moderna Teoría del Negocio.

Es más, si nos detenemos un momento en el razonamiento enunciado por las críticas analizadas sobre el plano teórico-dogmático, nos daremos cuenta inmediatamente que sus planteamientos, en su gran mayoría están pensados para la original noción de negocio jurídico expuesta por los pandectistas alemanes como declaración de voluntad. Las argumentaciones hechas en contra de la Teoría del Negocio, por lo demás, son perfectamente superables como se ha demostrado, aunque sólo escuetamente, en las anteriores líneas.

Quizás, la más fundamentada crítica a la Teoría del Negocio Jurídico se realiza desde un plano ideológico, propuesta por Francesco Galgano, la cual ha tenido mucho impacto en la doctrina posterior a su formulación, sobre todo en la italiana, como respuesta inmediata a la denominada influencia tedesca que modernamente se desea combatir en todo Italia.

La crítica se realizó con ocasión de un encuentro de estudio sobre el negocio jurídico, promovido por el Instituto Gramsci y celebrado en Roma el 17 de enero de 1976. Afirma que la Teoría del Negocio Jurídico constituye un intento de elevar esta categoría a ordenación del entero ámbito de la autonomía privada, colocando al contrato en una relación de especie a género. La califica como una típica construcción generalizante, sin contenidos históricos: una abstracción-volatización de lo real. La figura tiene por objeto la igualación formal de los ciudadanos, sin distinción de clase, dejando de lado su verdadera situación real[31]. En suma, lo que se reprocha a la Teoría del Negocio y por extensión a la del contrato, es haber perdido la aptitud para mediar en el conflicto de intereses de las partes, como consecuencia de la quiebra del principio de igualdad formal. También es reprochada por no garantizar en la sociedad actual la defensa de los débiles frente al predominio de los fuertes[32].

El argumento nos parece totalmente injustificado.

En primer lugar, el desfase que existe entre justicia formal y material que engloba a la igualdad, no se origina ni depende tan sólo de un determinado modelo dogmático, sino de muchos factores sociales, políticos y económicos que no es momento de analizar. Lo que me parece está en juego, en el fondo del argumento, es la libertad de la utilización de las facultades que se confieren a los particulares por el ordenamiento, para establecer reglamentos, preceptos o normas jurídicas (según la posición que se adopte). Además, la crítica se torna inoportuna en la medida en que vivimos una época de creciente intervención administrativa en detrimento de la libertad individual y que sólo ésta puede realizarse a través de la culturización generalizada de la sociedad.

En segundo lugar, la crítica está pensada para el supuesto de definición del negocio jurídico elaborado por el pandectismo y olvida las múltiples adaptaciones que el concepto ha sufrido para poder adecuarse a la realidad social existente[33], lo cual repercute en que cada vez el concepto tenga mayor utilidad, ya que los aplicadores e intérpretes del Derecho están ya conscientes de las exageraciones en que incurrió la referida teoría.

Por último, cabe afirmar junto con Morales que no es necesario acudir a la crítica enunciada para darse cuenta de los actuales inconvenientes que puede presentar la Teoría General del Negocio en la actual sociedad de masas, por lo que es necesa-

[30] *Ibidem*. p. 175

[31] CERRONI, Ugo. *Per una critica sistemática della categoria giuridica*. Citado por DE LOS MOZOS. El negocio ... Op. cit., p. 40.

[32] *Ibidem*. p. 31.

[33] Lo que no sólo se refleja en la definición del negocio, sino también en los conceptos de causa y en el sistema de ineficiencias negociales.

rio destacar el mismo propósito práctico como conducta destinada a concluir una autorregulación de intereses[34].

4. OBSERVACIONES PERSONALES A LA CONSTRUCCION DEL CONCEPTO DEL NEGOCIO JURIDICO

Habiendo realizado en los anteriores párrafos una rápida visión sobre el concepto de negocio jurídico, nos encontramos expeditos para poder lanzar algunas observaciones personales a la construcción dogmática en análisis.

Un punto particularmente interesante de abordar es el del fundamento de los efectos negociales, porque de él se deriva la misma definición de negocio jurídico según la posición que se adopte. El asunto queda preliminarmente planteado diferenciándolo del problema, distinto en sus alcances, de la disciplina negocial, es decir, del tratamiento de la estructura del negocio. La necesidad de establecer esta diferenciación se fundamenta en el diferente problema práctico que se soluciona. Así, cuando hablamos del nacimiento de los efectos del negocio, nos referimos al concepto de negocio; mientras que cuando nos internamos en la misma disciplina negocial, lo hacemos con respecto al desarrollo del esquema negocial (interpretación, ineficiencias, etc.). El hecho de adoptar una determinada posición en uno de ellos no implica tenerla también en el otro; por ejemplo, el asumir una posición netamente antivoluntarista en el aspecto de la concepción del fundamento de los efectos negociales, no implica excluir en el tratamiento o desarrollo del esquema negocial la eventual relevancia de la voluntad[35]. Esto resulta de vital importancia para evitar una mezcolanza del concepto del negocio, con su tratamiento en el plano teórico-dogmático y en el normativo, desterrándose el peligro de una imprecisión en el momento de abordar los respectivos planos de análisis, como se observa en nuestra doctrina, la cual no parece haber tomado siquiera conocimiento sobre el particular.

Lo que se encuentra fuera de discusión es que los efectos negociales los da el ordenamiento jurídico, sea en virtud de un reconocimiento, de una calificación o por una autorización. La ley tendrá obligatoriamente que brindar los efectos a un determinado intento práctico porque los efectos negociales son ante todo efectos jurídicos y por ello necesariamente son conferidos por el ordenamiento. La problemática entonces, se centra sobre lo que el ordenamiento tiene en consideración para otorgar los efectos. Aquí se debe decidir entre dos opciones: si lo hace por respeto a la voluntad o por el reconocimiento de la función social que cumple el negocio en general para garantizar el tráfico jurídico.

El asunto se resuelve examinando en la realidad concreta (económica, social y cultural) los motivos por los cuales se debe dar a las vinculaciones establecidas por los particulares, relevancia jurídica. En lo económico se desea ante todo buscar una maximización de los limitados recursos existentes; la nueva autorregulación tendrá que ser de mayor utilidad para las partes. La evaluación de esta mayor utilidad no podrá ser individual, es decir, dependiendo de cada sujeto en particular, sino basarse en un criterio, colectivo ya que la mejor distribución de los recursos se enfoca más a lo social que a lo individual, porque si el ordenamiento admitiera dar relevancia a autorregulaciones o a modificaciones de la realidad jurídica que se alejen del criterio maximizador, la consecuencia sería el crear graves distorsiones con repercusiones en lo social, del todo negativas[36]. Además se quiere que los particulares planifiquen racionalmente sus propias relaciones futuras y que una vez realizada esta planificación no desistan de ellas por motivos injustificados: se asegura la confianza en el movimiento económico y se establecen sanciones a quienes se aparten de lo propiamente establecido. Mediante el mecanismo negocial se realiza una función importantísima en la actividad económica que es la de producir el movimiento de los recursos hacia los usos más valiosos considerando el recurso en sí mismo. Esta última afirmación tiene que ser matizada porque pareciera que la concepción de uso más valioso dependiera tan sólo de la decisión individual y arbitraria (incluso hasta caprichosa) del particular. Esto no es así. Un presupuesto importante del sistema de mercado es la racionalidad de los mismos particulares en la tutela de los propios intereses y

[34] MORALES MORENO. "El propósito práctico y la idea del negocio jurídico en Federico de Castro". En: *Anuario de Derecho Civil XXXVI*. 1983, p. 1529 ss.

[35] Como se demuestra con la existencia de la figura del error para impugnar los efectos del negocio.

[36] La realidad peruana responde a esto. El asunto lo trataremos cuando veamos la aplicación de la Teoría del Negocio en el Código Civil.

esto conlleva la imposibilidad de crear vinculaciones desventajosas para sí mismos; sumándose a esto la constatación de que la racionalidad en una determinada actuación está determinada mediante criterios sociales antes que individuales.

Evidentemente, en lo social se muestra una motivación relacionada con lo económico. Cabe sin embargo darse cuenta de que los individuos en una vida social pura sin intervención del ordenamiento (Estado) proveen la satisfacción de sus necesidades propias mediante la autorregulación de intereses. Basta constatar para tal efecto, cómo en civilizaciones en las cuales no existe ordenamiento jurídico formado, se da en forma casi natural, por necesidad propia, la denominada regulación recíproca de intereses privados. Incluso en las sociedades modernas podemos apreciar cómo, al realizarse determinados negocios jurídicos, antes de los efectos jurídicos, se persiguen primordialmente fines prácticos[37]. Con ello se demuestra el esencial contenido social de los negocios jurídicos y que en virtud a éste se hace necesario su reconocimiento, para evitar así un desfase mortal entre lo social y lo jurídico. Por otro lado, la imposibilidad fáctica de una ordenación de intereses en forma heterónoma por el Estado, hace necesario que éste reconozca la autonomía de los privados en la composición propia de los conflictos de intereses surgidos por las necesidades que, en su gran mayoría, se solucionan mediante el fenómeno de la cooperación, porque casi siempre se tiene una expectativa en el comportamiento ajeno para satisfacer un interés propio. La cooperación es debida por un miembro social en interés típico de otro miembro social: cooperación garantizada o tutelada por el ordenamiento. En suma, la razón del reconocimiento de las regulaciones privadas en el aspecto social está en que en éstas, el individuo encuentra la integración de su vida en sus varias manifestaciones y la posibilidades de alcanzar sus fines, desde los más elementales hasta los más altos.

En lo cultural, tenemos que lo que se quiere es propiciar que los particulares, mediante la autorregulación, perfeccionen los mecanismos para resolver mejor sus necesidades, es decir, que cada vez encuentren mejores medios que los ayuden a una perfecta autorregulación. Un reflejo de estos son los contratos o negocios atípicos que van surgiendo en la vida de sociedad y más específicamente, por el tráfico comercial. Por otro lado, se desea incentivar valores que la misma sociedad humana promueve, evitando un deterioro de lo que se puede llamar la base cultural en situaciones de presión (económica, social, etc.), como por ejemplo el respeto de la palabra dada, la lealtad recíproca, etc., que se resumen en el mundo jurídico con el principio general de buena fe, porque representa el vínculo de introducción del cambio jurídico, precedido por el cambio social; representa una vía de acceso de la realidad no normada a una regulación tendente a la realización de los valores de justicia, orden y seguridad.

Habiendo examinado esto, concluiremos esta reflexión afirmando que lo que el ordenamiento considera para dar relevancia jurídica a lo que parte de la doctrina denomina negocios sociales es, sin duda alguna, en nuestro parecer, la función social, económica y cultural que cumplen éstos. Otra consideración carecería de fundamento real.

Creemos ahora oportuno, como punto siguiente para la elaboración del concepto de negocio, examinar el contenido del mismo; es decir, ver si en verdad nos encontramos ante un mandato de origen privado y si fuera así, a qué naturaleza realmente corresponde.

La primera constatación que se tiene que realizar es que los particulares pueden, al menos, tener la iniciativa de la modificación de la realidad jurídica existente. Aceptado esto se tendrá que admitir que la modificación mencionada puede producirse únicamente por actividad de los particulares, por actos que el ordenamiento considera relevantes (y esto se enfoca de mejor modo ciñéndose a los actos lícitos, puesto que lo ilícito constituye una situación patológica). Aquí nos encontramos ante una disyuntiva ante la cual se debe decidir: ¿es necesario que la modificación de la realidad jurídica se realice mediante una autorregulación nueva? La respuesta es negativa, porque existen actos humanos en los cuales se prescinde totalmente de la existencia de una autorregulación para que el ordenamiento sancione la modificación mencionada; piénsese en las declaraciones nego-

[37] En contra de los que sostienen la doctrina tradicional que propugna que en el negocio o contrato se persigue un efecto jurídico, entre ellos, los alemanes Enneccerus, Nipperdey, Lehmann (que siguen fielmente a Savigny); en el Perú, De la Puente es de la misma opinión, ver: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Primera parte.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católicadel Perú, Lima, 1991. t. I, p. 93. En nuestra opinión, el que uno quiera o no determinado efecto es irrelevante y muestra aún más la lógica absurda del voluntarismo.

ciales (oferta, aceptación, etc.) y en los actos jurídicos en sentido estricto (interpelación, el pago, etc.) en los que ninguna autorregulación es tomada en consideración. Entonces ¿qué es lo que distingue a los actos humanos jurídicos lícitos en sentido estricto, de los negocios jurídicos? La interrogante se justifica observando que éstas son las únicas categorías consideradas mayoritariamente por la doctrina [38] como capaces de modificar la realidad jurídica; por ello, la respuesta debe ser inmediata: el contenido de regulación. Este es el que puede distinguir los verdaderos negocios jurídicos de los demás actos humanos lícitos considerados relevantes por el ordenamiento. Entendemos por contenido de regulación la característica principal de los negocios jurídicos mediante la cual se constituyen verdaderos mandatos para regir la actividad *a posteriori* de los particulares.

Veamos qué naturaleza tiene dicho mandato.

Existe ante todo el acuerdo de que nos encontramos ante una regla; sea cual fuere la naturaleza que se le pretenda atribuir, debemos admitir que el negocio refleja el poder de las personas para poder dictar reglas (testamento) y para dárselas a sí mismos (contrato) [39]; este poder, a su vez, se fundamenta en la autonomía reconocida al sujeto por su importancia social, lo que significa que la reglamentación originada es nacida por atribución en virtud a un reconocimiento de una realidad preexistente.

El aspecto regulador del negocio jurídico propicia que los seguidores de la teoría normativista afirmen que el negocio crea normas de Derecho objetivo (lo que ya explicamos con cierto detalle), cosa que no compartimos y que por tanto nos obliga a exponer las diferencias existentes entre norma jurídica y regulación privada (negocio jurídico) en nuestro criterio. La norma jurídica es el producto de una elaboración heterónoma, es decir, impuesta a los particulares; su creación sólo es realizada por el Estado y las fuentes que éste reconoce taxativamente. Su fundamento es ordenar los intereses generales y la convivencia pacífica. En cambio, el negocio es producto de la autonomía privada, es obra de los particulares y ordena intereses de éstos. Como dice De Castro brillantemente, «si el negocio fuera creador de normas jurídicas, la derogación de las normas que le confirieron tal vigencia (fuente de validez) motivaría la ineficacia de la reglas negociales, cosa que es absurda en lo teórico e irrealizable en lo práctico» [40].

Pero un aspecto diferencial concluyente entre negocio y norma lo constituye la reflexividad. Esta implica que los efectos generados por la conclusión del negocio están llamados a producirse sólo entre las partes que intervienen en él; nótese que este aspecto está conforme con el significado etimológico de la palabra «autonomía», la cual implica que el sujeto vinculado participe en la creación de la norma (regla), concluyéndose a partir de esto la formal diferencia intrínseca existente. Parte de la doctrina pretendió, en su momento, negar el carácter esencial de la reflexividad en los negocios jurídicos, poniendo como ejemplo el testamento [41], afirmando que en este negocio unilateral no se puede hablar de un automandato, es decir, de normas que tienen por destinatarios aquéllos que las establecen 42. Esto es superable tan sólo observando que la manera de entender la propia autorregulación debe ser enfocada con respecto al concepto de esfera de interés; por lo que en el testamento, aún no dándose un automandato (puesto que el difunto como persona ya no existe) a un mismo sujeto, sí se da en relación a una misma esfera de interés. La autorregulación existe en la medida en que nos encontramos ante una posición idéntica que existe entre el causante y sus herederos, por lo que existe la autorregulación de una misma parte que tiene diferentes personas sucedáneas en la misma posición.

Un mejor encuadramiento lo tendremos si identificamos al negocio como un mandato particular de origen eminentemente social que determina una nueva situación económica y jurídica que depende del ejercicio de la autonomía atribuida al privado; esto juntando todo lo anteriormente señalado. La idea de precepto o mandato particular encaja mucho mejor en la naturaleza misma del negocio porque pone énfasis en su función

[38] Así por ejemplo, Messineo considera dentro de la categoría de los actos jurídicos a los actos reales, a las declaraciones de ciencia, a los actos jurídicos stricto sensu y a los negocios jurídicos. ver: MESSINEO, Francesco. *Derecho Civil y Comercial.* Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1979. t. II, p. 332.

[39] DE CASTRO Y BRAVO. *El negocio... Op. cit.* p. 31.

[40] *Ibidem*, p. 32.

[41] CICU. *Il testamento.* Giuffre, Milán, 1951. p. 3.

[42] CARIOTTA FERRARA. *Op. cit.* p. 669.

principal: la autorregulación. Es momento de entrar a analizar el concepto de negocio dentro de la normativa del Código Civil.

5. APLICACION DEL CONCEPTO EN EL CODIGO CIVIL PERUANO

La primera constatación que se debe hacer al respecto, es que el concepto de negocio jurídico es aplicable al Código Civil peruano por la igualdad sustancial existente entre el acto jurídico regulado en este cuerpo legislativo y el negocio jurídico creado por los pandectistas alemanes [43].

Así, el Código Civil de Sajonia de 1863, lo recoge o lo define como concepto técnico, diciendo: «un acto es un negocio jurídico cuando la acción de la voluntad se dirige, de acuerdo con las leyes, a *constituir, extinguir o cambiar una relación jurídica*» [44]. Esta definición, como ya lo señalamos, responde a una concepción individualista del negocio y no es apta para distinguir al negocio de los demás actos lícitos, como por ejemplo los denominados actos jurídicos en sentido estricto. Sin embargo, existen autores que sobre la base del artículo 140 del Código Civil afirman que incluyendo taxativamente a la manifestación de voluntad en el texto de la norma se ha establecido claramente los distingos con otros actos jurídicos [45]. Nos parece que la afirmación en sí misma no tiene ningún sostén de fundamentación teórica ni práctica y refleja la pobreza de nuestra doctrina, puesto que tanto en los actos jurídicos en sentido estricto como en los negocios jurídicos, se tiene la presencia de una manifestación de voluntad, y lo que los diferencia es que el ordenamiento en los actos en sentido estricto atribuye el efecto jurídico a la simple constatación de la existencia y voluntariedad de ésta, mientras que en los negocios lo que se valora al atribuir el efecto jurídico es el propósito o intento práctico del autor. Para la crítica global nos remitimos a lo expuesto en el punto número dos.

Por la insuficiencia de la definición contenida en el artículo 140 del Código, por la imposibilidad, a partir de su texto, de diferenciar nítidamente la figura definida, de otras afines, creemos que ésta no debió ni siquiera considerarse en el texto final, porque su inclusión contribuyó más a la confusión que al fin didáctico que deben tener las definiciones cuando se incorporan en un cuerpo legislativo. Su incorporación obedece, sin duda alguna, a motivos extraños a la técnica jurídica, como el querer conservar la tradición francesa que inspira a todos los redactores del articulado.

Sin embargo, esto no quiere decir que el razonamiento usado por la Teoría General del Negocio no pueda ser utilizado. Dejando de lado el poco feliz texto del artículo 140, tenemos que el Código regula instituciones importantes, como la representación, interpretación 46, modalidades negociales, simulación, nulidad (sistemas de ineficiencias *en general), etc; a las que son aplicables las* directivas lógicas de la doctrina del negocio. Esta también se aplica a todo el Derecho de los Contratos (aunque se niegue la utilidad de la Teoría del Negocio por la tradición de los contractualistas apegados a la lógica del Código Napoleón), como el principal tipo de negocio jurídico; y a los testamentos regulados en el Libro correspondiente al Derecho de Sucesiones.

De igual forma, la definición de contrato contenida en el artículo 1351 del Código de 1984 como acuerdo destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, acepta la tendencia denotada en el Libro de Acto Jurídico. Además, de su texto se infiere indubitablemente, que se acoge la posibilidad de existencia de contratos plurilaterales. En lo particular, no estamos de acuerdo con esta toma de posición, puesto que técnicamente es necesario distinguir entre el contrato configurado como un negocio jurídico bilateral en tanto que su formación depende de las declaraciones de dos partes, y los negocios jurídicos plurilaterales que llamamos acuerdos y que pueden clasificarse a su vez en acuerdos propiamente dichos, actos conjuntos y convenciones [47], en los que la estructura negocial depende de la declaración de más de dos partes.

[43] Como señala acertadamente TABOADA, Lizardo. "La causa del negocio jurídico". En: *El Jurista*. año I, no. 1. Lima, 1991. p. 147 ss.

[44] Definición citada en la obra de DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio... Op. cit.* p. 20.

[45] LOHMANN. *El negocio jurídico*. 2ª ed. Studium, Lima, 1987. p. 50,quien incluso no distingue esta categoría de los actos lícitos.

[46] En torno a la cual hay un excelente trabajo técnico dogmático de la doctora ARANA COURREJOLLES, Carmen. La interpretación del acto jurídico. Cultural Cusco, Lima, 1992, el que representa una profundidad en un tema específico, no acostumbrado en nuestra doctrina.

[47] Para una exposición de estos tipos de negocios plurilaterales, DIEZ PICAZO. *Fundamentos ... Op. cit.* p. 73.

El término de contratos plurilaterales podrá a lo sumo admitirse en otro sentido: cuando nos referimos al surgimiento de obligaciones a cargo de más de dos partes.

En general, las definiciones de «acto jurídico» y de «contrato» en el Código, aparecen como incompletas porque, además de las razones señaladas, no expresan total ni ordenadamente los elementos constitutivos de su estructura y función. Será labor de los intérpretes llegar, en cada caso concreto, a establecer los principios que inspiran el tráfico negocial de acuerdo a lo establecido legislativamente y a las necesidades existentes. Lo principal es tratar de escapar a la rigidez de definiciones que por sí mismas no ofrecen una coherencia teórico-práctica.

6. CONCLUSIONES PARTICULARES. IMPORTANCIA DE LA TEORIA GENERAL DEL NEGOCIO JURIDICO

Llegados a este punto del trabajo, se deben lanzar nuestras conclusiones particulares para así dejar bien delimitados los aspectos fundamentales de la problemática del negocio jurídico y la dirección que en nuestra opinión debe tomarse. Estas se reflejan en la observación de las siguientes afirmaciones:

1. La Teoría General del Negocio Jurídico nos da el instrumento para resolver el problema de la relevancia de la actividad de los particulares en la modificación de la realidad jurídica; es decir, en la producción de los efectos jurídicos.

2. El avance doctrinal actualmente permite afirmar sin lugar a dudas la unidad dogmática del concepto y superar las críticas lanzadas en este sentido. La construcción de la figura negocial se identifica con las exigencias sociales presentes en un momento particular.

3. Las críticas formuladas al negocio jurídico como paradigma conceptual, apuntan a la relevancia causal de la voluntad del individuo; pero nunca se niega la existencia de la autonomía privada como fenómeno de relevancia actual.

4. Existe la posibilidad de construir lineamientos generales para la aplicación de la Teoría del Negocio en la normativa, a pesar de las deficiencias expresadas en su oportunidad.

La importancia de la Teoría General del Negocio Jurídico puede ser resumida en forma concreta afirmando, en palabras de José Luis de los Mozos, «que la ventaja más significativa de ésta, está en que se acostumbra al jurista a una manera de pensar racional, pues, sin olvidar que el reconocimiento del Derecho es casuista, puesto que su sistema nunca es un sistema cerrado, sino abierto, tampoco hay que olvidar que los modelos de pensar que ofrecen los ideales pedagógicos modernos se instrumentan conforme a patrones racionalistas»[48].

Esperamos haber contribuido en algo a esclarecer ideas sobre el concepto mismo de negocio, en los límites de los que caracterizan cualquier obra humana.

[48] DE LOS MOZOS. El negocio jurídico. *Op. cit.* p. 19.

PUMOCA INGENIEROS S.R.L.

Contratistas Mineros

Equipo Pesado

F. S. Salaverry N° 206, Urb. El Pino - San Luis, Lima 30

Telefax 73-3313

Interegional de Transportes S.C.R.L.

INTERTRANS S.C.R.L.



José Leal 677 Of. 401
Telefax. - 822713
LIMA 14

SERVICIO DE TRANSPORTE NACIONAL

Alfonso Ugarte 654 Of. 301
Telf. 321517
CHIMBOTE

NOTAS SOBRE EL LIBRO DE FAMILIA DEL CODIGO CIVIL

Róger Rodríguez Iturri
Profesor de Derecho de Familia
Pontificia Universidad Católica del Perú

Al maestro don Héctor Cornejo Chávez,
con profunda gratitud.

En el seno del CCD han sido presentadas diversas propuestas divorcistas, que según sus mentores requieren de una inmediata plasmación legislativa. El doctor Róger Rodríguez Iturri comenta dos de estos trabajos, analizándolos a la luz del devenir histórico de las instituciones implicadas. La conclusión es clara y tajante: ambas propuestas deben ser desechadas.
Hace tiempo ya que el Derecho objetivo se apartó del Derecho divino, mas ello no debe servir de precedente para que ahora se pretenda reparar al mismo orden moral que debe regir la vida social. Partiendo de esta premisa, el autor llega a la conclusión de que lo fundamental por defender es el orden del núcleo familiar. El divorcio, y por lo tanto las causales que lo producen, merecen un tratamiento serio y cuidadoso, para no dejarnos llevar por diversas coyunturas sociales que a primera vista podrían justificar una profunda modificación del sistema jurídico-familiar existente.
Por todo esto, con motivo de celebrarse diez años de vigencia del Código Civil, y consciente del excelente trabajo realizado por el ponente del libro de familia, doctor Héctor Cornejo Chávez, el autor presenta un proyecto modificatorio de las secciones primera y segunda del mencionado libro, explicándonos cada una de las nuevas propuestas que a lo largo de este trabajo se formulan.

El artículo que a continuación proponemos ofrece, con doble alcance, notas a propósito del vigente Libro de Familia del Código Civil.

Así, de un lado, en un breve comentario, manifestamos sin reservas nuestra postura contraria respecto del proyecto de ley a favor del llamado divorcio automático por abandono de hecho sustentado por el congresista don Pedro García Saavedra. Asunto éste al que -al final del comentario- añadimos unas cuantas líneas para, a su vez, señalar la dicotomía que en la propia raíz encierra, tal como está formulada, la propuesta del congresista don Xavier Barrón Cebreros, a propósito de la enfermedad del SIDA como causa jurídica de divorcio. En ambos casos, y para mejor ilustración, nos estamos permitiendo agregar el texto de los proyectos legales remitidos al Congreso de la República.

De otro lado, en la parte final de este artículo, y sólo después de observar durante una década el desenvolvimiento del Libro de Familia, con profundo respeto y reverencia a la persona y al trabajo del gran maestro de ayer y hoy don Héctor Cornejo Chávez, formulamos unas cuantas insinuaciones jurídicas correspondientes a las Primera y Segunda Secciones del Libro, ofertas éstas que constituyen hoy parte de un conjunto global de modestos aportes completados para las cuatro secciones del Libro de Familia del Código Civil. En lo que a nosotros concierne, no existe duda alguna de que si alguna virtud halla el lector en es-

te artículo y sus comentarios, buena parte, muy buena parte de ello, tiene que ver con las rectoras enseñanzas jurídicas y morales con que nos orientó aquél al que en la introducción de este texto le tributamos nuestro más sentido homenaje.

A PROPOSITO DE DOS PROYECTOS DIVORCISTAS EN EL CODIGO CIVIL

Propuesta del congresista Pedro García Saavedra

El Congresista de la República que suscribe, miembro de la Alianza Nueva Mayoría-Cambio 90, Ing. Pedro García Saavedra, formula el presente Proyecto de Ley.

PROPOSICION

CONSIDERANDO:

Que el Código Civil en vigencia, que introdujo sustanciales modificaciones al Código Civil de 1936, tiene como finalidad el fortalecimiento y la consolidación de la familia.

Que precisamente en el Libro de Familia, si bien se han hecho modificaciones de la legislación de 1936, sin embargo en lo que respecta a las causales de separación de cuerpos o divorcio, se ha omitido un hecho de trascendencia social, que refleja la grave situación en que se encuentran aquellas parejas que teniendo la condición de casados, ya sea una o ambas partes, hacen vida en común y no tienen ninguna seguridad jurídica.

Que el Derecho, entre otros conceptos, es la regulación de la vida social del hombre para alcanzar justicia. Dentro de esta premisa, es menester legislar la situación de innumerables parejas que se encuentran unidas de hecho, con impedimento matrimonial por tener la condición de casado(s), las mismas que inclusive han procreado hijos.

Que, en consecuencia, es necesario incluir o adicionar a las causales de divorcio establecidas en el art. 333 del C.C. otra más, considerándose como nueva causal de divorcio la SEPARACION DE HECHO, entendiéndose que esta separación debe tener una duración prudencial, considerándose equitativamente 5 años, a partir del cual cualquiera de los cónyuges puede solicitar y obtener el divorcio. Se dará solución así a un grave problema social: el de las personas que a pesar de estar separadas durante largos años e incluso de haber formado otras uniones, no pueden formalizar su nueva situación, ni obtener el divorcio por la oposición de alguno de los cónyuges.

Que el matrimonio civil es la unión formal, libre y voluntaria de dos personas, con la finalidad de convivir, constituir un hogar común, procrear hijos, educarlos y formarlos para que contribuyan al desarrollo del país; que, sin embargo, al quedar sin efecto estos fines por la separación de hecho de ambos cónyuges, carece de objeto la existencia del matrimonio formal, pues no tendría finalidad.

Que no debemos soslayar el hecho evidente y real de que si por una u otra razón (a veces egoísta) una de las partes se opone a la disolución del vínculo, la otra parte (cónyuge) queda sentenciada a pasar de por vida, en un estado de ilegalidad y desamparo y en muchos casos afectando su dignidad como persona humana, fin supremo de la sociedad y del Estado; por lo que al no existir en nuestra legislación civil causales de divorcio como la incompatibilidad de caracteres, desaparición del amor y comprensión entre dos personas casadas, no queda otra vía que el incluir una nueva causal, como ya se ha referido; y que en la legislación comparada tiene precedentes que, finalmente, como quiera que al solicitar uno de los cónyuges el divorcio por separación de hecho, no exista mutuo disenso, se generaría un conflicto respecto de la sociedad de bienes gananciales, pensión alimenticia tanto para el cónyuge afectado y si lo hubiere para los hijos; en tal eventualidad, es el órgano jurisdiccional quien deberá pronunciarse en la resolución respectiva, cuidando de asegurar estos conceptos con el fin de no incurrir en abuso del derecho.

Propone el siguiente Proyecto de Ley:

Art. 1°.- ADICIONASE AL ARTICULO 333° DEL C.C. el inciso 12°, redactado de la siguiente manera: inciso 12°) La separación de hecho de ambos cónyuges por un plazo no menor de 5 años.

Art. 2°.- Modifíquese el Art. 349° del C.C., el mismo que queda redactado de la siguiente manera: Art. 349°.- Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el Art. 333°, inciso 1° al 10° y 12°.

Art. 3°.- Vencido el plazo previsto en el artículo 1°, cualquiera de los cónyuges puede solicitar al juez competente la disolución del vínculo matrimonial.

Art. 4°.- El procedimiento será el establecido para el juicio de divorcio; deberá el Juez pronunciarse en la sentencia respecto de los bienes y alimentos, rigiéndose en las normas del Código Civil, en lo que sea pertinente.

Art. 5°.- Deróguese todas las normas que se opongan a la presente ley.

Art. 6°.- La presente ley rige el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial «El Peruano».

Lima, 6 de mayo de 1993

Propuesta del congresista Xavier Barrón Cebreros

El Congresista del Partido Popular Cristiano que suscribe, propone al Congreso Constituyente Democrático el siguiente Proyecto de Ley.

PROPOSICION

CONSIDERANDO:
Que la enfermedad de la inmunodeficiencia adquirida, SIDA, se ha convertido en un verdadero flagelo de la humanidad, ocasionando -en no pocos casos- dentro de los matrimonios, en los cuales uno de los cónyuges adquiere esa fatal enfermedad, la progresiva destrucción de la vida marital que debe existir entre él traducida en una alianza vital frente a la adversidad, no es menos cierto que el cónyuge sano se encuentra permanentemente amenazado de contraer el SIDA, e incluso de procrear descendencia que en un futuro puede desarrollar dicha enfermedad.
Que se pretende con el presente proyecto de ley, proteger la vida humana de quien pueda estar amenazado por la conducta sexual irresponsable de su cónyuge o de su padre a condición que nazca vivo, al mismo tiempo que crear un mecanismo de prevención de dicha enfermedad, incorporándola como causal de divorcio absoluto.

EL CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRATICO HA DADO LA LEY SIGUIENTE:

Artículo 1ro.- Modifíquese los artículos 333° y 349° del Código Civil, los mismos que tendrán la siguiente redacción.
«Artículo 333.- Son causales de separación de cuerpos:
1.- El adulterio.
2.- La sevicia.
3.- El atentado contra la vida del cónyuge.
4.- La injuria grave.
5.- El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.
6.- La conducta deshonrosa que haga insoportable de la vida en común.
7.- El uso habitual e injustificado de drogas, alucinógenos o de sustancias que puedan generar toxicomanía.
8.- La enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio.
9.- La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.
10.-La condena por delito doloso de pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
11.-La enfermedad de la inmunodeficiencia adquirida, SIDA, contraída después de la celebración del matrimonio.
12.-El mutuo Disenso, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio».
«Artículo 349.- Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333°, incisos 1 a 11».
Artículo 2do .- La presente rige a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial «El Peruano».
Publíquese y comuníquese, etc.
Lima, 4 de junio de 1993

1. LA PROPUESTA

García Saavedra y Barrón Cebreros han presentado al Congreso de la República para su aprobación, sendos proyectos de ley. Uno, sobre divorcio por separación de hecho cuando han transcurrido cinco años, y el otro, cuando media enfermedad de inmunodeficiencia adquirida, SIDA, contraída después de la celebración del matrimonio.

Nos resulta imperativo hablar, pues ambas propuestas contiene doctrina que no podemos aceptar sin faltar a los principios y convicciones que nos sirven de norma y base, en comprensión de lo que es el matrimonio y la familia.

2. LA DOCTRINA, LA HISTORIA Y LA TRADICION

La propuesta de García Saavedra sobre el divorcio por separación de hecho, confiriendo aún al cónyuge abandonante el derecho de solicitar la destrucción del vínculo, no es asunto nuevo en el Perú.

Bustamante de la Fuente la solicitaba el año 31 ante el Congreso, si es que mediaban dos años de separación. En el Diario de Debates del propio Congreso, se lee que el 17 de abril del 40, el diputado por Celendín, Clodomiro Chávez, la sugirió si la separación de hecho había durado cinco años. Más cerca a nosotros, recién ahora en noviembre del 80, los diputados Francia Guevara y Mendiola Martínez la reclamaron si había transcurrido diez años de «simple abandono».

En setiembre del 81, ante el mismo Congreso, Valle Riestra, Larco Cox, Santander Estrada, Rodríguez Campos, Alva Castro y Santamaría Calderón, concedían autoridad a la acción judicial si la separación había perdurado siete años; y finalmente, en octubre del 85, Valle Riestra, esta vez acompañado de Biaggi Rodríguez, reformuló y re-

novó su pedido, y propuso la disolución del vínculo cuando la separación continuó por más de años consecutivos.

Hoy, García Saavedra repone el tema ante el Congreso y promueve una ley consagrando la separación de hecho como causal de divorcio en el Perú.

Si de clasismo se trata, bueno es sostener que nuestro sistema jurídico civil tiene su raíz en el viejo Derecho Romano (y en parte germano). Si es así -asunto que en materia de divorcio para nosotros está en discusión- nada nos debe extrañar la presencia del *divortium* romano en Perú, porque aún cuando según Mehesz, Metello Numídico, cuestor republicano, haya al matrimonio llamado «sacrificio de un placer particular o un deber público» y Justiniano «unión de un hombre y mujer que lleva consigo la obligación de vivir en sociedad indivisible», bueno es saber que desde los primeros tiempos de su historia, Rómulo ya dictaba en Roma la infertilidad, el adulterio, el uso de venenos y la sustracción de las llaves de las bodegas del vino, como causales de repudio del marido. Y aunque Plutarco cuente que la práctica del divorcio no se hallaba muy extendida, la reglamentación de Rómulo -narrada por Fustel de Coulanges- nos hace pensar distinto.

Cantú, en la *Historia de la Muerte de Augusto*, refiere que en la época clásica romana se recurrió al divorcio por los más inauditos pretextos. No sólo ofrecían causas para el divorcio la esterilidad, los litigios con la nuera y la impudicia, sino que Paulo Emilio repudió a su mujer sin alegar más causa que la mención de que ella lo había ofendido. Sulpicio Galo se separó de su consorte porque ésta salió con la cabeza descubierta; Antistitio Veter porque habló en secreto con una libertad vulgar; Sempronio apartó a su mujer porque ella se dirigió a los juegos sin su consentimiento y Cicerón repudió a Terencia -luego de 30 años de consorcio- porque necesitaba una dote nueva para pagar sus deudas.

Fue Constantino, bajo la influencia del cristianismo, quien intentó morigerar el asunto, pero fue difícil.

Y aunque los romanos declararon a la letra en las Novelas, acápites 22 y 140, que «nada es más decoroso para los hombres que las nupcias de las que provienen los hijos [...] y el eximio estado de la República [...]», y que el matrimonio «[...] (es) una cosa tan hermosa [...] (que) da inmortalidad al género humano», y agregaba a más «que el divorcio se opone al interés del Estado, por lo que resulta imperioso obstruirlo», en verdad en el fondo de noción matrimonial romana latía protagónica, como elemento capital y decisorio, la *affectio maritalis*: «es el mutuo afecto el que constituye las nupcias» nos dice el Digesto Romano «[...] porque de todas las cosas que se hacen entre los hombres, todos son disolubles cualquiera sea la que los ligue [...].» rezan las Novelas en el acápite 22, punto tercero. De modo que desaparecida la *affectio maritalis*, el vínculo marital le sigue la misma suerte.

En buena cuenta ésta es la gran tesis sustentadora de la ruptura del vínculo matrimonial por separación de hecho: «muerto el amor, sepultado está el matrimonio». Ya en la década de los 40, luminosos juristas nacionales como Angel Gustavo Cornejo se aferraban con rotundidad al principio: «cinco años de separación, digamos de rompimiento -decía Cornejo- son la mejor prueba de que el matrimonio no es viable. Casi no vale la pena interrogar acerca de esto. Es una indiscutible causa de divorcio».

Empero, lo dicho no compromete al caso peruano. El divorcismo no ha sido la tendencia de la legislación civil peruana. Ni lo albergó el proyecto de Código Civil de Vidaurre en los albores de la república allá en 1834, ni lo contempló el Código de la Confederación Perú-Boliviana del 36, como que tampoco fue parte del contenido del primer Código Civil peruano en 1852, y apenas si como obra de políticos y no de juristas insurgió como imposición -según narra Cornejo Chávez- en el Perú el 4 de octubre de 1930.

3. LA SEPARACION DE HECHO EN EL DERECHO INTERNACIONAL: EL REMEDIO NO CURA

La propuesta del congresista García Saavedra tampoco es novedosa en el Derecho Internacional.

Si miramos en nuestra América, Bolivia, Ecuador y Venezuela tienen un causal similar, por cinco, cuatro cinco años de separación, respectivamente. Si miramos más arriba de América del Sur, contemplamos que México y Estados Unidos la regulan: en un caso, cuando median dos años de separación; y en el otro, el período es variado según la tendencia de cada estado de la unión.

Si dirigimos nuestra mirada a Europa y nos fijamos en tres países con los que observamos fluida interrelación, apreciamos que España, Francia y Alemania la proclaman. Inglaterra también.

Pero si detenemos científicamente nuestra observación en el contenido de la ley, alcanzaremos a comprobar ciertamente que no se concede a los

cónyuges al poder arbitrario que el proyecto del señor García pretende.

Miremos ligeramente el caso de los llamados países más desarrollados: Francia, España, Alemania.

Francia dice en el artículo 237 de su Código Civil que: «Un cónyuge puede demandar el divorcio, en razón de una ruptura prolongada de la vida en común, cuando los cónyuges viven separados de hecho hace seis años», pero, tres artículos después -cosa que no quiere admitirse en el Perú- humaniza totalmente el precepto cuando el numeral 240 sentencia: «Si el otro cónyuge demuestra que el divorcio tendría, ya sea para él, tomando en cuenta su edad y la duración del matrimonio, ya sea para sus hijos, consecuencias materiales o morales de excepcional dureza, el juez denegará la demanda. Puede incluso denegarla de oficio en el caso previsto en el artículo 238 (enfermedad mental de uno de los cónyuges)».

Es esto lo que se denomina en doctrina jurídica la cláusula de dureza. La dureza que interpone el Estado frente a cualquier solución inhumana contra la estabilidad del matrimonio.

Los españoles, con sus reformas de la ley 30 del 7 de julio de 1981, modificaron su Código Civil, y en efecto sobre esta materia introdujeron el siguiente precepto: Artículo 86: son causas de divorcio:

«[...]
4a.: El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos cinco años a petición de cualquiera de los cónyuges.»

Pero se concede al cónyuge demandado o abandonado la posibilidad de probar de que perdura la *affectio conjugalis*, es decir alguna suerte de vínculo espiritual; en tal caso, su probanza enervará la acción.

Los alemanes, más allá de la pretendida fama que se proponga achacarles, no han ido tan lejos, pues si bien el artículo 1566 de su Código sostiene que:

«Artículo 1566: (1) [...]

(2) se presume irrefutablemente que el matrimonio ha fracasado si los cónyuges viven separados desde hace tres años».

El propio párrafo 1ro. del numeral 1566 es el que le pone coto al asunto, cuando frasea: «se presume irrefutablemente que el matrimonio ha fracasado, cuando los cónyuges viven separados desde hace un año y ambos piden el divorcio, o el cónyuge que no lo ha solicitado, lo acepta.»

Como de pleno se observa, no se arrasa con la voluntad del consorte abandonado, él es parte protagónica en la disolución.

Desde 1969, los ingleses se han intentado inscribir en esta fórmula corrosiva del matrimonio, y mediante su Acta de Reforma del Divorcio, apuntando al liberalismo jurídico, han proclamado respecto al consorcio que «procede disolverlo tras la irreparable destrucción del matrimonio».

Y sin consumir más tiempo, auscultemos en América nuestra un caso: la ley venezolana. Desde el 26 de julio de 1982 efectivamente los venezolanos introdujeron variaciones en su Código Civil, y entre las variaciones vino ésta relativa a la separación de hecho. El artículo 185-A dice: «cuando los cónyuges han permanecido separados de hecho por más de cinco (5) años, cualquiera de ellos podrá solicitar el divorcio, alegando ruptura prolongada de la vida en común». Y cuando la norma parece concluyente, absoluta e irrefutable, apenas si el cuarto párrafo del mismo artículo ordena a los cónyuges comparecer personalmente ante el citatorio, pues si no hay comparecencia personal de ambos, no hay divorcio.

El proyecto de García Saavedra es el más audaz entre los más audaces, en ninguna de sus partes, en parte alguna de su letra, se le concede al cónyuge abandonado ni siquiera el uso de la palabra como un natural derecho jurídico al alegato.

Y bien, ¿para qué han servido todos estos proyectos destructores de la familia en Europa y en América? ¿Habrán concurrido de alguna forma a remediar la situación y contribuido a la solidez de la familia?

Los franceses introdujeron sus modificaciones permisivas al divorcio el año 75, y según datos oficiales de estadística internacional, denuncian que en Francia en las zonas metropolitanas, uno de cada dos matrimonios termina en divorcio.

Desde el año 69, los ingleses se asisten del precepto de que procede disolver el consorcio tras la «irreparable destrucción del matrimonio», y entre ellos, en 1983 el índice de divorcios alcanzó el más alto nivel de toda Europa occidental y un niño de cada 8, vive en una familia donde falta uno de los padres.

Los norteamericanos, que exhiben la causal dentro de sus normas jurídicas, ostentan el increíble

récord de que la mitad de las parejas que contraen matrimonio terminan en divorcio. Se estima en más de un millón los divorcios anuales, y el 60% de los niños pasan parte de su niñez en una familia donde falta uno de los padres.

En esta parte de América, el caso de Bolivia, de Ecuador y Venezuela, todos países con la causal, no puede ser menos comprometedor. Se estima que en no menos de 40, sino 50 millones de niños en América Latina tienen débiles o absolutamente nulos lazos de vínculo familiar.

¿Qué ha resultado esta causal en el mundo?

4. LOS FUNDAMENTOS DE NUESTRA RECUSACION

«Nadie puede invocar hecho propio» ha sido y es un antiguo precepto doctrinario que desde tiempo reza en nuestra legislación. Supone que en materia de divorcio el cónyuge que incurre en causal agraviante no puede plantear judicialmente ese hecho para solicitar la disolución del vínculo. Ello es potestad del consorte ofendido, el cual de acuerdo a su concepción -puede ofrecer desde el perdón conciliatorio y generoso hasta la radical decisión de poner fin a la vida marital. Jamás se ha concebido en nuestra tradición jurídica conceder al cónyuge agraviante, y sólo a él, la facultad disolutoria del matrimonio en el instante en que convenga a sus particulares intereses personales.

Constituye ello una suerte de estremecedor beneficio al cónyuge libertino; auspiciará psicológicamente los acercamientos clandestinos en la expectativa de convertirlos en futuro matrimonio. Tal causal introducida como motivo de divorcio, hará perder por completo a esta institución el carácter de docencia moral que pudiera atribuírsele. El agraviante no sólo agraviará a su cónyuge y a su familia, agraviará a la sociedad, a su orden, los socavará e ingresaremos a una pendiente de resultados impredecibles.

La propuesta de García Saavedra el matrimonio en un acto jurídico casi inexistente y ciertamente desconoce, en absoluto, el carácter de institución del matrimonio. La propuesta sugiere la simple voluntad unilateral de una de las partes pueda poner fin al matrimonio. No interesa el matrimonio como estado, no interesan los efectos sociales y morales de la ruptura; ni siquiera interesa el divorcio como docencia moral, pues quien ofendió a la familia puede aún burlarla en los estrados judiciales, mofándose de ella, invocando su agravio como razón suficiente. Y se propone que el Estado cautele tamaña afrenta.

Aún en las rescisiones contractuales más efímeras, en una simple compraventa, en las de menor trascendencia o repercusión, por el mérito de su bilateralidad, de haber actuado dos partes, se requiere que ellos en conjunto transijan respecto a la solución adecuada. En la propuesta no, pese a que se trata de la convención -más importante que pueden suscribir dos seres humanos, que por libre voluntad unen sus vidas en el juramento de la vida en común, de la fidelidad, de la cohabitación y de la asistencia recíproca. Pese a que se trata de la familia, de la auténtica célula fundamental de la sociedad, la convención puede ser rota arbitraria y unilateralmente, aún por el cónyuge ofensor.

Nadie imagina ahora, entre nosotros, un matrimonio válido por la simple voluntad de uno de los contrayentes; sería ello calificado probablemente como una monstruosidad. Pero nada de extraño, de irregular, se halla en que la ruptura del vínculo matrimonial proceda por el mérito de una simple y arbitraria voluntad unilateral.

Para esta posición, la teoría clásica del matrimonio -institución no tiene ninguna importancia. La relación matrimonial puede ser interrumpida o concluida *ad libitum*. Los deberes y los derechos matrimoniales, las relaciones y responsabilidades propias de él, son una suerte de simplista negocio jurídico que puede ser resuelto de acuerdo a la caprichosa orientación de una voluntad.

¿Es a este tipo de formulación y propuesta al que se refiere la flamante Constitución del Estado, cuando proclama que la familia y el matrimonio son institutos naturales y fundamentales de la sociedad? (artículo 4).

Una rápida revisión de la relación de causas de divorcio de nuestro Derecho ampara, nos llevará con facilidad a la comprobación de que quienes invocan el divorcio, lo hacen argumentando uno o varios motivos.

Pero es una, cruda y rotunda, tantas veces, la capital razón de proceder: la presencia una tercera persona extraña al matrimonio. Los magistrados encargados de juzgar incontables casos de esta naturaleza, tal vez, puedan añadir algunas palabras a lo que aquí expreso. Y si este aserto se confirma, como parecería manifiesto, la propuesta que se sugiere, ¿no se constituirá en una suerte de vestíbulo del amor libre?

Señores, más allá de eufemismos y fuera de toda hipocresía, en los hechos, esta propuesta constituye un grosero premio al adulterio. Empero, habrá

quienes afirmen que la ponencia es sana; que concluido el amor no hay ya matrimonio; y que resulta imprescindible regularizar toda unión clandestina. Mas legalizar estos fenómenos no conduce a eliminarlos, ni resulta política sana para la educación social y moral del pueblo. Con tan sencillo expediente, fácil será estar jamás en falta, pues frente a la ley que nos dice que un hecho es malo, bastará invocar otra que nos diga que ese mismo es bueno. No se trata de disfrazar las realidades. Se trata de revisar con el más profundo criterio de conciencia la responsabilidad ética que entraña un matrimonio.

Pero hay una actitud casi imperante en el mundo de hoy que busca poner de lado la ética. Se pretende reemplazarla por otra «ética», que establece el criterio del bien o del mal, según el mandato del placer y del egoísmo. En realidad, si anteponemos cualquier otra cosa a la ética, con seguridad avanzamos hacia la destrucción del hombre. Una sociedad y una cultura en la que el hombre queda reducido a la condición de súbdito y esclavo del egoísmo y del exacerbado individualismo, se torna profundamente deshumanizante.

La moderna Filosofía también busca separar la ética de la religión. Pero la ética que no tiene fundamento trascendente no puede ser ni objetiva ni universal, y se sujeta al parecer y al antojo de cada cual. Así, nos conducimos a un permisivismo trágico y a un confusionismo en donde nadie sabe ni sabrá lo que es bueno ni lo que es malo.

Admitida esta causal, el divorcio romperá el marco dentro del cual pretendió encerrársele, y avanzará en nuestra sociedad como torbellino, socavando el matrimonio hasta desnaturalizarlo.

La ola desencadenada de la pasión humana es difícil de controlar cuando se es imprudente. Es probable que si el Congreso Constituyente rechaza la causal propuesta, amenacen frustrarse algunas situaciones personales que merecen y habrá que darles especial comprensión, pero concedida, si introducirá en la familia y en la sociedad un factor de descomposición tan terrible que, tal vez no nos permita, a quienes lo toleramos, soportar mañana el juicio de la historia.

Ocurre que la simple existencia de una causal de naturaleza tolerante y liberal como la que se cometa, estimulará inmaduros, irreflexivos e impreparados matrimonios, de quienes van al acto civil, inciertos y confusos, pero seguros de que transcurrido un lapso, tienen a su antojo abierta la alternativa de concluir con el vínculo matrimonial en el instante en que lo resuelvan.

Por ello es señores que el proyecto en un ataque fundamental a la estabilidad de la familia, la que desprovista de defensas queda a merced de los cónyuges y encadenada a los caprichos y a los deleites de éstos.

La propuesta es inmoral porque es el «ser» el que proscribe al «debe ser». Así, la falta de eticidad desjurifica al Derecho, y se pretende que éste después de haberse alejado de la ley divina, se aleje ahora de la ley moral.

Y finalmente, y de otro lado, en cuanto al proyecto del congresista Barrón Cebreros sobre SIDA, es anticonstitucional, absurdo, antijurídico, impertinente e inadmisible, porque si la tutela de la salud es deber del Estado, asunto constitucional y de orden público, y si el SIDA, como es sabido no expresa ni síntomas, ni manifestaciones, si no a los ocho o diez años ¿para qué un consorte contagiado podrá reclamar el divorcio? ¿para en nombre del hedonismo adquirir credencial jurídica y contagiar de muerte al prójimo?

No más sobre este tema.

Basta de causales destructoras, que si se trata de emplear tiempo, hagámoslo construyendo en pro de políticas que preparen al hombre peruano, a nuestros jóvenes, para asumir matrimonios responsables, porque si en las cosas en las que nuestros sentidos pueden ejercer imperio titánico no hay leyes que ayuden a regular el orden natural del hombre en la vida, hace mucho tiempo que el género humano hubiese perecido por los mismos medios que le han sido dados para conservarse y reproducirse. Y finalmente quede bien claro, señores, parafraseando al inmortal Portalis, que si de salvar a la familia se trata, «el matrimonio no puede seguir quedando librado a la licencia de las pasiones».

SUGERENCIAS LEGISLATIVAS PARA EL DEBATE SOBRE EL LIBRO DE FAMILIA DEL CODIGO CIVIL

Sólo el rigor inexorable del paso de los años me sugiere revisar en parte el excepcional trabajo jurídico, civil y familiar que hace una década entregara a la patria el insigne maestro y jurista don Héctor Cornejo Chávez. Y lo hago con profundo respeto y reverencia.

Hace cuatro meses, el pasado 2 de mayo, remitimos a un centro de investigaciones en Lima algunas modestas sugerencias legislativas a propósito de las Secciones Primera y Segunda del Libro de Familia del Código Civil. Las sugerencias envi-

adas entonces, las mismas que ahora forman parte de un conjunto global para todo el Libro, versan fundamentalmente sobre los siguientes temas:

- Enunciado del tema de la política para matrimonios responsables.
- Enunciado del tema de la política para la paternidad y maternidad responsables.
- La inseminación artificial.
- El tema del matrimonio consuetudinario.
- La ineptitud psicológica como impedimento matrimonial susceptible de nulidad.
- El impedimento de afinidad *cuasi* legítima o ilegítima.
- La actualización para el tratamiento jurídico del plazo de viudez.
- El desdoblamiento para la regulación jurídica del matrimonio del impúber, según haya o no concebido su consorte.
- Una nueva regulación jurídica para el matrimonio de menores con la incorporación de la pública promesa de *cuasi* estado de matrimonio.
- Reformulación del recurso de oposición y de la denuncia de impedimento para neutralizar matrimonio proponiendo una mayor coherencia.
- Intervención preferencial del galeno especializado, y aún del alcalde para el llamado matrimonio *in extremis*.
- La anulabilidad del matrimonio de menores.
- La reformulación en el tratamiento y en los plazos para el matrimonio contraído mediando impedimento transitorio.
- La reformulación en la cuenta del plazo, y el plazo en sí, para el matrimonio contraído bajo violencia moral.

Pues bien, algunas de las fórmulas legales sugeridas arriba son parte de este artículo. Tales fórmulas constituyen el aspecto medular de este trabajo, a las que hemos agregado algunas pocas y sencillas palabras a modo de sustentación elemental.

Con la lectura de este artículo, el lector podrá apreciar que en unos casos se repite a la letra el texto positivo del Código Civil vigente, y en otros casos, en efecto, se advierten innovaciones; sólo responden a nuestra imaginación, aquellas innovaciones que cuentan con un breve comentario al final del texto positivo sugerido.

LIBRO III
DERECHO DE FAMILIA
Sección Primera
Disposiciones Generales

Artículo A.- Al Estado, y a la sociedad y sus instituciones en coordinación con el Estado, les corresponde el estudio, elaboración, aplicación y ejecución de políticas que aseguren la celebración de matrimonios integralmente responsables.

De la misma forma, al Estado y a los particulares les corresponde la formulación, aplicación y ejecución de las políticas tendientes a la regulación jurídica de la familia, con la finalidad de contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú.

Nota: Parece no requerir de mayor explicación un artículo como el que antecede. La crisis del matrimonio y la familia es de excepcional magnitud. Como expresara Portalis, consejero napoleónico, "el matrimonio no puede seguir quedando librado a la licencia de las pasiones". Por ello se hace evidente, y cada vez más, la urgencia de políticas educativas en pro de la familia y del matrimonio.

Artículo B.- La inseminación artificial de la mujer con semen del marido o de un tercero, siempre que conste el consentimiento de ambos cónyuges, equivale a la cópula sexual para efectos de la paternidad y la filiación. El tercero no adquiere ningún derecho ni obligación sobre el concebido y carece de acción para demandar la paternidad.

La vida del concebido es protegida por el Estado contra todo experimento o manipulación genética contraria a su integridad o desarrollo físico o mental.

Nota: En el ámbito de la reproducción humana artificial, sugerimos la propuesta legislativa de la inseminación homóloga, e incorporamos -no sin reservas morales- la inseminación heteróloga. Limitamos los derechos del tercero, e igual que el Código de los Niños y Adolescentes, cancelamos legislativamente la posibilidad de la genética sobre embriones y la clonación. Deliberadamente omitimos consideraciones legislativas respecto al alquiler de Vientres.

Artículo C.- Al Estado, y a la sociedad y sus instituciones en coordinación con el Estado, les corresponde el estudio, elaboración, aplicación y ejecución de políticas que aseguren la realización integral de la paternidad y de la maternidad responsables. Los padres tienen el deber y el derecho de proveer al sostenimiento, protección, educación y formación de sus hijos menores según su situación y posibilidades.

Los hijos tienen el deber de obedecer, respetar, ayudar y honrar a sus padres.

Nota: No requiere mayor fundamentación afirmar que desde el Estado y la sociedad se requieren profundas políticas para contribuir a la paternidad y a la maternidad responsables. Ambas se hallan en profunda crisis.

De otro lado, los hijos tienen el deber de obedecer, respetar y honrar a sus padres. Si bien en la expresión obedecer puede hallarse involucrada la palabra «ayuda», nos animamos a incluirla explícitamente, a modo de manifestación jurídica simbólica y expresa y como repuesta a las urgencias de la familia hoy.

Articulo D.- El matrimonio consuetudinario y la costumbre familiar son fuentes del Derecho sólo cuando a ellos se refiere la ley o en situaciones no regulares legalmente.

Excepcionalmente, el juez puede pronunciarse según el Derecho consuetudinario matrimonial y familiar dejando de aplicar la ley, sin derogarla, si la costumbre beneficia al interés jurídico familiar. El juez, en lo posible, consultará los usos y costumbres con las autoridades de la comunidad a la cual pertenecen.

Nota: el matrimonio costumbrístico crea atmósferas consuetudinarias para la familia. La tendencia a consultar la costumbre adquiere valor de garantía para el fallo judicial. Con la doctrina francesa, Du Pasquer afirmó: «aquel que invocaba una costumbre debía probarla. A falta de costumbres redactadas, esta prueba podía administrarse por todos los procedimientos ordinarios y además por medio de la encuesta por turba: el tribunal reunía un cierto número de notables y los consultaba. También podía invocarse a una serie de actos anteriores, generalmente escritos, que implicaban la regla en cuestión. Ocurria también que el tribunal se dirigía a la autoridad administrativa del lugar para informarse sobre la existencia de un uso: en París se consultaba el *Parloir aux burgueois*; en Neuchtel, el *Conseil de la Ville*».

SECCION SEGUNDA
Sociedad Conyugal
TITULO I
El Matrimonio como acto
CAPITULO SEGUNDO
Impedimentos

El orden y contenido de los impedimentos que se sugieren, son los siguientes:

Artículo E.- Son impedimentos matrimoniales regulados conforme a las disposiciones de este Código:

1. La ineptitud psicológica que entraña insuficiencia de madurez para la adecuada ponderación en el juicio acerca de la finalidad del matrimonio, y de los deberes y derechos esenciales de éste.

2. La impubertad. No pueden contraer matrimonio el varón y la mujer que no hayan cumplido dieciocho años.

El juez puede dispensar este impedimento por motivos justificados, siempre que el varón tenga dieciséis años cumplidos y la mujer catorce.

3. La enfermedad contagiosa y transmisible por herencia o el vicio que constituya peligro para la prole

4. La enfermedad mental, aunque existan intervalos lúcidos.

5. El de los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no supieren expresar su voluntad de manera indubitable.

6. El matrimonio anterior, mientras subsista, excepto lo regulado en el artículo Q inciso 3ro.

7. El de los consanguíneos en línea recta. El fallo que condena al pago de alimentos en favor del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado judicialmente produce también el impedimento a que se refiere este inciso.

8. El de los consanguíneos en línea colateral dentro del segundo y tercer grados. Tratándose del tercer grado el juez puede dispensar este impedimento, antes o después del matrimonio.

9. El de los afines en línea recta.

10. El de los afines en el segundo grado de la línea colateral cuando el matrimonio que produjo la afinidad se disolvió por divorcio y el ex-cónyuge vive. Este impedimento, en la misma forma,, es aplicable a quienes han convivido por lo menos durante dos años continuos.

11. El caso del adoptante, el adoptado y sus familiares en las líneas y dentro de los grados señalados en los incisos 7 a 10 para la consanguinidad y la afinidad.

12. La condena como partícipe en el homicidio doloso de uno de los cónyuges. No pueden contraer matrimonio entre sí el condenado ni el procesado por esta causa con el sobreviviente. La sentencia exculpatoria del procesado lo releva del impedimento.

13. El matrimonio contraído mediando comisión de delito de violación de la libertad personal.

14. El matrimonio entre personas del mismo sexo. Este matrimonio no produce efectos civiles.

Nota: El inciso 1, de riesgosa procedencia, ataca sin embargo aspecto de profundo realismo en nuestro medio: los matrimonios inmaduros. Estos son fuente de fracasos matrimoniales. La legislación canonista vigente, ya abordó este tema, Y así lo establece el canon 1095 del Código Canónico de 1983. Desde luego, el asunto es delicado. Puede presentarse a ilimitados abusos, si es que no se controla adecuadamente la norma. Por ello, para su aplicación consideramos que el principio debe ir indisolublemente vinculado al art. A de nuestra propuesta. Corresponde a los legisladores mensurar los pesos y contrapesos de este asunto y cortejar sus riesgos y su realismo.

Respecto del inciso 3, eliminamos la antigua acepción «crónica», pues el sentido de la norma postula evitar matrimonios proclives a patologías horizontales (contagios) y patologías verticales (transmisibles).

Respecto del inciso 6, nos animamos a concordarlo directamente con su complemento situado en artículo Q inciso 3 de este proyecto.

En los casos de los incisos 7, 8, 9, 10 y 11, excepto el caso de la afinidad *cuasi* legítima o ilegítima agregada en el inciso 10, coincidimos por lo precisa con la redacción de los incisos 1, 2, 3, 4 y 5 de artículo 242 del Código Civil vigente.

En el caso del inciso 13 vemos recomendable adecuar la terminología al Código Penal vigente, desechando términos romanistas y canonistas que, siendo valiosos, conviene concordar con el resto del sistema jurídico nacional.

Finalmente, en el inciso 14, a modo de impedimento, incorporamos la prohibición absoluta del matrimonio homosexual, el que carece de efectos civiles.

Artículo E- Son matrimonios impedidos, pero válidos, que ameritan sólo una sanción:

1. El del tutor o del curador con el menor o el incapaz, salvo que el padre o la madre sujeta a la tutela o curatela hubiese autorizado el matrimonio por testamento o por escritura pública. El tutor o curador que infrinja la prohibición, pierde la retribución a que tenga derecho, sin perjuicio de la responsabilidad derivada del desempeño del cargo.

2. El contraído por el padre o madre cuyo matrimonio se disolvió o que tenga hijos extramatrimoniales bajo su patria potestad, celebrado sin previo inventario judicial ni intervención del Ministerio Público, respecto de los bienes que esté administrando pertenecientes a los hijos, o por falta de declaración jurada de que no tiene hijos bajo su patria potestad, o de que éstos no tienen bienes. La infracción de esta norma acarrea la pérdida del usufructo legal sobre los bienes de dichos hijos.

3. El matrimonio de la mujer que lo contrajera antes de que transcurran los 300 días contados desde la disolución de su matrimonio anterior, salvo que dé a luz antes de cumplirse ese término o se compruebe, mediante certificado médico oficial, que no existe embarazo. En el caso en que la mujer contravenga la prohibición, pierde los bienes que hubiese recibido del marido a título gratuito y opera la presunción de paternidad, respecto del nuevo marido.

4. El del impúber contraído con infracción del artículo E, inciso 2, si es que la mujer ha concebido. El infractor es susceptible a una sanción pecuniaria que no superará los diez sueldos mínimos vitales, a criterio del juez.

Nota: Al inciso 3, dedicado al llamado «plazo de viudez», le hemos introducido el elemento del certificado médico como comprobatorio del estado de gestación, poniéndonos a tono con la moderna legislación sobre esa materia.

En el caso del impúber, inciso 4, cabe anotar que tradicionalmente, este matrimonio ha sido en efecto catalogado como ilícito, y más bien el matrimonio del impúber fue considerado anulable. Juzgamos que la infracción es más grave cuando se concurre al matrimonio de manera inconsulta o desoyendo el criterio de los padres. De otro lado, juzgamos que la infracción es menos grave si el matrimonio se celebra sin ostentar la dispensa judicial de impubertad.

Hemos incluido en la lista de matrimonios impedidos, pero válidos, con sanción, el caso del matrimonio del impúber en el que la mujer da a luz, por considerar que la presunción de impubertad queda desvirtuada. Reservamos para el ámbito de los matrimonios anulables, el del impúber en el que la mujer no concibe, así como el caso del menor casado sin el consentimiento de ley.

CAPITULO TERCERO
Matrimonio de Menores

Artículo G.- Se requiere el consentimiento expreso de uno de los padres para que el menor de edad pueda procurar contraer matrimonio. Si faltan los padres o son absolutamente incapaces, o han sido suspendidos de la patria potestad, corresponde dar el asentimiento a los abuelos y abuelas. En igualdad de votos contrarios, la discordia equivale al consentimiento. Contra la negativa de los ascendientes no hay recurso alguno.

Si faltan los abuelos y abuelas o si son absolutamente incapaces o han sido removidos de la tutela, resuelve el juez especializado del niño y del adolescente, quien también es competente para los casos de menores expósitos, abandonados y en los demás en que la naturaleza de la situación del menor lo justifique.

Los hijos extramatrimoniales sólo requieren asentimiento del padre o de la madre que los reconoció voluntariamente, o en su caso de los abuelos y abuelas respectivos o del juez especializado.

Artículo H.- Formulada la pretensión, el juez especializado está facultado para reducir la solicitud de matrimonio civil a la de pública promesa de cuasi estado de matrimonio.

No procede resolución judicial a favor del matrimonio de menores, si no media exhaustiva investigación psicológica, social y moral del caso.

La investigación tiene carácter sumario y sus conclusiones son fundamentadas, bajo responsabilidad del juez. La resolución judicial denegatoria del matrimonio debe ser fundamentada y contra ella procede el recurso de apelación.

ARTICULO I.- Cuando la resolución judicial reduce la pretensión matrimonial a la de pública promesa de cuasi estado de matrimonio, el juez especializado, previo asentamiento expreso de los pretendientes, procede a inscribir la resolución en la «Sección de pública promesa de cuasi estado de matrimonio» del Registro Civil del Municipio respectivo.

Los pretendientes deberán sujetarse en todo lo posible a las reglas de consejo y conducta que se contienen y derivan de la resolución judicial denegatoria del juez.

ARTICULO J.- Por la pública promesa de cuasi estado de matrimonio los prometidos afirman su compromiso matrimonial y se deben fidelidad y asistencia recíproca. La ley no impone a los prometidos el deber de cohabitación ni fijación de domicilio común y deja, en tal sentido, su proceder librado al juicio de su propia conciencia y en su caso a los imperativos devinientes de su moral y religión.

La pública promesa de cuasi estado de matrimonio puede revocarse unilateralmente sin expresión de causa, antes de la celebración del matrimonio civil. La revocatoria se efectúa ante el mismo juez que emitió la resolución respectiva y surte efecto cuando ha sido notificado el otro prometido. La revocatoria se inscribe en la sección a la que se refiere el artículo 245.

Artículo K.- Empero, si la solicitud para el matrimonio del menor se sustentó en causa de embarazo o en la declaración de tener uno o más hijos nacidos, el juez especializado, bajo responsabilidad procederá en el día, a dirigir, ejecutar y asegurar la respectiva inscripción de filiación en el Registro Especial del Estado Civil. Tal inscripción produce en favor de los hijos todos los efectos de la filiación matrimonial. Ambos padres quedan obligados a alimentar a los hijos. En el mismo procedimiento el juez especializado, tras interrogar a los pretendientes, fijará las cuotas de las pensiones respectivas. Tal resolución judicial tiene valor de sentencia. ara regular jurídicamente estas relaciones, son de aplicación las normas del Código Civil y las del Código de los Niños y Adolescentes.

Asimismo, de haber hijo o hijos nacidos, cuya paternidad o maternidad corresponde a los pretendientes, el juez especializado determinará a cual de los padres les confía y establecerá lo que resulte conveniente en materia de patria potestad.

Artículo L.- El hijo concebido durante la vigencia de la pública promesa de cuasi estado de matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su culminación, tiene por padres a los prometidos. Tal hijo tiene respecto de sus padres todos los derechos de la filiación matrimonial. Para contestar o reclamar la paternidad o maternidad serán de uso, en cuanto sean aplicables las normas contenidas en el Código Civil.

La resolución judicial de la pública promesa de cuasi estado de matrimonio, mientras rige, no produce entre los prometidos ningún efecto matrimonial ni alimentario, excepto lo previsto en el artículo 414 del Código Civil y el artículo 101 del Código de los Niños y Adolescentes.

Artículo M.- Cuando los prometidos alcanzan la mayoría de edad o si la investigación a la que se refiere el artículo 244 lo ha previsto para antes y a criterio del juez se han cumplido las reglas de consejo y conducta a las que se refiere el artículo 245, éstos pueden convertir la pública promesa de *cuasi* estado de matrimonio en matrimonio civil, por el mérito de su presentación personal ante el alcalde y de la entrega de copia certificada de la resolución judicial respectiva, así como de los demás documentos que señala la ley.

Con la conformidad de la presentación de los instrumentos antes mencionados el matrimonio se celebrará públicamente ante el alcalde respectivo, obviándose cualquier otro requisito. El alcalde, luego de preguntar sobre su voluntad final a los contrayentes y hallándola afirmativa, los declarará esposos ante la ley. Los efectos civiles de este matrimonio se retrotraen a la fecha de la inscripción de la pública promesa de cuasi estado de matrimonio, si durante dicho lapso los pretendientes han hecho vida común.

Artículo N.- En caso de disolución de la pública promesa de cuasi estado de matrimonio, y si existen hijo o hijos concebidos o nacidos durante ésta, el juez especializado determinará a cual de los padres confía el hijo o hijos, a no ser que por el bienestar de ellos los encargue a una tercera persona, y resolverá lo concerniente a la patria potestad, sin perjuicio de lo establecido para la obligación alimentaria en el artículo 247. De otro lado, si la pública promesa de cuasi estado de matrimonio se disuelve por culpa exclusiva de uno de los comprometidos, ocasionando con ello daños y perjuicios al otro o a tercero, son de aplicación las reglas del artículo 240 del Código Civil.

Nota: Recientes investigaciones determinan la gravedad de la crisis del matrimonio entre menores. Cabe el aserto de que el matrimonio de menores es factor protagónico para la crisis familiar. El modelo propuesto es absolutamente original y ofrece en principio, las siguientes ventajas:

1. Explica la conveniencia y exigencia de una investigación psicológica, social y moral exhaustiva, sin la cual no procede el matrimonio de menores.

2. A diferencia del sistema actual en el que si no se autoriza el matrimonio de menores no hay efectos jurídicos directos, la propuesta sugiere que si en la solicitud de matrimonio media razón de embarazo o de hijos nacidos (y aproximadamente más del 70% de menores peticionan matrimonio mediando embarazo), el juez en ese procedimiento debe dirigir, ejecutar y asegurar la inscripción de la filiación con carácter matrimonial.

3. A diferencia del vacío existente hoy la propuesta sugiere que la inscripción a la que se refiere el punto 2 genere alimentos y establezca patria potestad, en ambos casos a criterio del juez.

4. Cubriendo otro vacío legal muy clamoroso, la propuesta estima que si durante la pública promesa de cuasi estado de matrimonio y dentro de los 300 días siguientes a su disolución, la mujer concibe, el hijo tiene por padres a los prometidos, con carácter de hijo matrimonial.

5. De otro lado, la pública promesa de cuasi estado de matrimonio puede convertirse en matrimonio civil a solicitud de los prometidos o cuando lleguen a la mayoría de edad, o antes si así lo permite y fija la investigación psicológica, social y moral respectiva, y siempre que los novios hayan cumplido -a criterio del juez- con las reglas de consejo y conducta derivadas de la investigación. Cuando la pública promesa de cuasi estado de matrimonio se convierte en matrimonio civil, habrá efecto retroactivo si hubo vida común entretanto.

6. A fin de asegurar la filiación, si hubiesen hijos concebidos o nacidos durante la pública promesa de cuasi estado de matrimonio y ésta se rompe, el juez fijará la patria potestad y los alimentos.

7. Finalmente, la propuesta respetuosa al máximo de la libertad para el consentimiento, establece que la pública promesa de cuasi estado de matrimonio es voluntaria y requiere del asentimiento expreso de los pretendientes.

CAPITULO CUARTO
Celebración del matrimonio
SUBCAPITULO I
Forma de celebración ordinaria

Artículo Ñ.- Las personas que conozcan alguna causa impediente del matrimonio, podrán intentar la no celebración de la boda:

1. Mediante un recurso escrito de oposición, dirigido al alcalde que publicó los avisos y siempre que tengan interés legítimo.

Si la oposición no se funda en causa legal, el alcalde la rechazará de plano, sin admitir recurso alguno. Si se funda en causa legal y los pretendientes niegan su existencia, el alcalde remitirá lo actuado al Juez de Paz Letrado del matrimonio proyectado, a fin de que el oponente interponga demanda, dentro del quinto día. Vencido tal plazo sin que se

haya interpuesto la demanda, se archivará definitivamente lo actuado.

El Ministerio Público debe oponerse de oficio al matrimonio cuando tenga noticia de la existencia de alguna causa de nulidad, e interpondrá el recurso dentro del plazo de cinco días desde que conoció del impedimento.

La oposición se tramita como proceso sumario y se puede interponer hasta antes del casamiento.

Si se declara infundada la oposición, quien la formuló queda sujeto al pago de la indemnización de daños y perjuicios. Los ascendientes y el Ministerio Público están exonerados de esta responsabilidad.

2. Mediante la denuncia, oral o escrita, de un impedimento de nulidad formulada ante el Ministerio Público, el cual si la encuentra fundada tramitará la oposición conforme a lo establecido en el inciso anterior.

Se puede interponer denuncia de impedimento hasta antes del casamiento.

Si se acredita que la denuncia fue maliciosa, quien la formuló queda sujeto al pago de la indemnización de daños y perjuicios.

En la indemnización de daños y perjuicios por recurso de oposición infundado o por denuncia maliciosa, el juez ponderará y especialmente el daño moral irrogado.

Nota: Desde el antiguo Código de 1936 y aún en el vigente, el recurso de oposición y la denuncia de impedimento matrimonial -instituciones distintas-, no han sido del todo sistemáticamente presentadas. La propuesta constituye un esfuerzo por sistematizarlas y clarificarlas.

SUBCAPITULO II
Forma de celebración extraordinaria

Artículo O.- Si alguno de los contrayentes se encuentra en inminente peligro de muerte, este matrimonio en lo posible será preeminentemente celebrado por un médico especialista, sin observar las formalidades que deben precederle, verificándose la capacidad de los contrayentes. No produce efectos civiles si alguno de estos es incapaz.

Este matrimonio puede también ser celebrado por el ministro de un culto religioso reconocido oficialmente, así como por el alcalde o quien válidamente lo represente. Los jefes de cuerpos militares, comandantes de buques de guerra y los capitanes de buques mercantes pueden celebrar el matrimonio en peligro de muerte de las personas bajo sus órdenes.

La inscripción sólo requiere la presentación de copia certificada del acta o del documento se encontraba en peligro del muerte, debe efectuarse dentro del año siguiente del celebrado el matrimonio, bajo sanción de nulidad.

Nota: El matrimonio *in extremis*, ofrece el difícil problema de dilucidar el estado de "inminencia del peligro de muerte", así como el de la "capacidad civil" de los contrayentes. Ciertamente el mejor llamado para hacer tal puede ser el médico especialista, razón por la cual incluimos dicha propuesta. Los ministros de cultos religiosos reconocidos oficialmente igualmente son mencionados, así como el alcalde, respecto del cual -salvo la raigambre canonista de la institución- no debiera aparecer como incompetente para la celebración.

CAPITULO SEXTO
Invalidez del Matrimonio

El orden del contenido de los matrimonios nulos y anulables que se sugieren son los siguientes:

Artículo P.- Es nulo el matrimonio:

1. Del enfermo mental, aun cuando la enfermedad se manifieste después de celebrado el acto a aquél tenga intervalos lúcidos. No obstante, cuando el enfermo ha recobrado la plenitud de sus facultades, la pretensión le corresponde exclusivamente y caduca sino se ejercita dentro del plazo de un año a partir del día en que cesó la incapacidad.

2. Del sordomudo, del ciegosordo, y del ciegomudo que no sepan expresar su voluntad de manera indubitable. Empero, si aprende a expresarse sin lugar a duda, es de aplicación lo dispuesto en el inciso 1.

3. Del casado. No obstante, si el primer cónyuge del bígamo ha muerto o si el primer matrimonio ha sido invalidado o disuelto por divorcio, sólo el segundo cónyuge del bígamo puede demandar la nulidad siempre que hubiese actuado de buena fe. La pretensión caduca sino se ejercita dentro del plazo de un año desde el día en que tuvo conocimiento del matrimonio anterior. Tratándose del nuevo matrimonio contraído por el cónyuge de un desaparecido o declarado ausente sin que se hubiera declarado la muerte presunta de éste, la pretensión sólo puede ser ejercida mientras dure el estado de desaparición o de ausencia, por el

nuevo cónyuge y siempre que hubiera procedido de buena fe.

En el caso del matrimonio contraído por el cónyuge de quien fue declarado muerto, éste no se invalida por el reconocimiento de existencia.

4. De quien está impedido conforme al artículo E inciso 1. La pretensión corresponde al cónyuge perjudicado, empero la nulidad no podrá ser declarada si es que no prueba indubitablemente la existencia del impedimento al momento de la celebración del matrimonio.

5. De quienes están impedidos conforme al artículo E, inciso 6 al 11.

6. De quienes están impedidos conforme al artículo E, inciso 12.

7. De quienes lo celebren con prescindencia de los trámites establecidos en los artículos 244 a 260. No obstante, queda convalidado, si los contrayentes han actuado de buena fe y se subsana la omisión.

8. De acuerdo con el texto recibido de los contrayentes que, actuando de mala fe, lo celebren ante funcionario incompetente por razón del territorio o por usurpación de autoridad, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal de éste. La pretensión no puede ser ejercida por los cónyuges.

Nota: La principal sugerencia se advierte en el inciso 4. En él hemos introducido el tema de la nulidad del matrimonio de quien lo contrae ostentando ineptitud psicológica. Se ha intentado empero ser rigurosos en la prueba para la disolución de este matrimonio.

Deliberadamente hemos usado la expresión «cónyuge perjudicado» a fin de dejar a la jurisprudencia recrearse jurídicamente en este asunto, conscientes de que -cónyuge perjudicado- puede ser un criterio jurídicamente oscilante.

Artículo Q.- Es anulable el matrimonio:

1. Del impúber, cuando la mujer no ha concebido y siempre que el menor no haya alcanzado la mayoría de edad. Entre tanto, la pretensión puede ser ejercida por él, por el cónyuge, por sus ascendientes si no hubiesen prestado Consejo de Familia.

Si se hubiera declarado la anulación a instancia de los ascendientes o del Consejo de Familia, los excónyuges llegados a la mayoría de edad pueden confirmar su matrimonio ante el juez de paz letrado del lugar del domicilio conyugal. La confirmación produce efectos retroactivos y se tramita como procedimiento no contencioso.

2. Del menor casado sin consentimiento de sus representantes legales. La pretensión puede ser ejercida por los padres o por los abuelos si estos últimos eran competentes para dar el asentimiento. Aunque se hubiera declarado la anulación, si la pareja contrae nuevo matrimonio válido, los efectos civiles de éste se retrotraen al primer matrimonio.

3. De quien esta impedido conforme al artículo E, inciso 3. La pretensión solo puede ser ejercida por enfermo, dentro del plazo de un año desde el día en que tuvo conocimiento de la dolencia o del vicio.

4. El contraído bajo delito de violación de la libertad personal. La pretensión corresponde exclusivamente a la parte agraviada y caduca si no se ejercita dentro del plazo de un año de cesada la violación de la libertad personal.

5. De quien no se halla en pleno ejercicio de sus facultades mentales por una causa pasajera. La pretensión sólo puede ser ejercida por él, cesado el impedimento transitorio y siempre que no hayan transcurrido más de treinta días. Para que proceda la pretensión se requiere que el demandante no haya hecho vida común con el cónyuge.

6. De quien lo contrae por error sobre la identidad física del otro contrayente o por ignorar algún defecto sustancial del mismo que haga insoportable la vida común. Se reputan defectos sustanciales: la vida deshonrosa, las variaciones sexuales, la toxicomanía, la enfermedad grave, la condena por delito doloso a más de dos años de pena privativa de la libertad, el ocultamiento de la esterilización o del divorcio o de hijos extramatrimoniales y el embarazo proveniente de relaciones sexuales con un tercero. La pretensión puede ser ejercida sólo por el cónyuge perjudicado, dentro del plazo de dos años de celebrado.

7. De quien lo contrae bajo amenaza de un mal grave e inminente, capaz de producir en el amenazado un estado de temor, sin el cual no lo hubiera contraído. El juez apreciará las circunstancias, sobre todo si la amenaza hubiera sido dirigida contra terceras personas. La pretensión corresponde al cónyuge perjudicado y sólo puede ser ejercida cesada la amenaza y siempre que no hayan transcurrido más de sesenta días. El simple temor reverencial no anula el matrimonio.

8. De quien adolece de impotencia absoluta al tiempo de celebrarlo. La pretensión corresponde a ambos cónyuges y está expedita en tanto subsista la impotencia. No procede la anulación si ninguno de los cónyuges puede realizar la cópula sexual.

Nota: En nuestra sugerencia principalmente innovamos en los incisos 1, 2, 4, 5, 6 y 7.

Si el matrimonio del impúber que fecundó a su mujer resultó para nosotros ilícito (ver artículo F, inciso 4), el del impúber que no ha demostrado su capacidad genésica nos parece anulable. Por ello lo situamos en la lista de los anulables, dejando abierta la posibilidad de su confirmación con efecto retroactivo.

De otro lado, en el inciso 2 nos ocupamos del caso del menor de edad casado sin el consentimiento de ley. Parece grave que el menor de edad contraiga matrimonio sin consultar o luego de desoír a sus padres o abuelos, con el obvio fundamento de que nadie puede conocer o anhelar mejor prosperidad para el menor que éstos. Empero el matrimonio podrá ser confirmado con efecto retroactivo.

En el inciso 4, reemplazamos la terminología de «rapto» y «retención violenta», pertenecientes al mundo de las especies, por la de «delito de violación de la libertad personal» que corresponde al género, y que por ser tal resulta amplia y conveniente.

En el inciso 5. no distanciamos del fraseo tradicional que esta causal ha tenido en nuestra legislación desde 1936. El matrimonio civil supone etapas, tales como la amistad, el enamoramiento, el noviazgo y luego el matrimonio. Previo al matrimonio, se supone la existencia de un expediente administrativo matrimonial. El matrimonio no es un acto espontáneo, o en todo caso no debiera serlo, pues requiere de meditación. Cuando media impedimento pasajero, la boda no ha de celebrarse, y puede posponerse por lapso prudente. No queda claro porque este tipo de matrimonio, es decir, el celebrado mediando impedimento transitorio, exige -hoy- que la acción sea interpuesta por el cónyuge que adolecía del impedimento «dentro de los dos años de la celebración del casamiento y siempre que no haya hecho vida común durante seis meses después de desaparecida la causa». Parece un lapso exagerado y no prudente. Anima y fomenta inconvenientes. Quien se casó mediando impedimento transitorio, cesado éste, sabe bien si quiere o no casarse. Por ello proponemos que el plazo no sea mayor de 30 días desde cesado el impedimento, y siempre que no se haya hecho vida común con el consorte.

En el inciso 6, hemos incluido la expresión «variaciones sexuales», género suficientemente amplio como para incluir no sólo a la homosexualidad sino otro tipo de calificaciones como el masoquismo, el sadismo, la necrofilia, etc. Adviértase que entre las causas de error para la anulabilidad matrimonial, también hemos incluido el ocultamiento de la existencia de hijos extramatrimoniales.

En el inciso 7, hemos reducido ostensiblemente el plazo para interponer la acción, pues juzgamos que cesada la amenaza -y no computada como ahora desde la celebración del matrimonio-, sesenta días es plazo suficiente para la definición del asunto.

MUÑIZ, FORSYTH & RAMIREZ
abogados

pone en conocimiento de su clientela su nueva dirección, situada en:

Las Begonias 475, piso 6, San Isidro
Central telefónica: 22-1122
Fax directo: 21-3104

MANUEL NOYA
Notario

Jirón Ocoña 180
2° piso

Telfs. 27-8768 28-8304

LA IDEA DE FAMILIA EN EL CODIGO CIVIL PERUANO

Carlos Augusto Ramos Núñez
Profesor de Introducción a las Ciencias Jurídicas
Pontificia Universidad Católica del Perú

Delimitar la idea de familia en nuestro Código Civil es una tarea que presenta numerosas dificultades, pues supone enfrentarse a un concepto problemático y esquivo, requiriendo un estudio multidisciplinario para su mejor comprensión.
El doctor Ramos Núñez identifica los distintos niveles familiares que pueden inferirse del articulado del Código, y analiza detalladamente algunos artículos que nos permiten entender las relaciones de la familia con otras áreas del Derecho Civil.
Pero el autor no se limita al análisis estrictamente jurídico, sino que se apoya en los aportes de las ciencias sociales para mostrarnos que, en un país pluricultural como el nuestro, no puede imponerse válidamente un solo modelo familiar; por el contrario, nuestro sistema jurídico debería acoger otras formas de regulación de la familia.

1. INTRODUCCION

Una de las preocupaciones fundamentales del Derecho es la delimitación de la familia. Elaborar un concepto resulta decisivo y ello es posible cuando la realidad social es uniforme, pero difícil y arbitrario cuando es múltiple y compleja. Las formas de constitución serán distintas como diferentes los regímenes de bienes y sucesión.

Las normas que regulan la vida familiar han sido pensadas desde una perspectiva occidental y moderna, ignorando -en el mejor de los casos- o proscribiendo los usos y las costumbres de los pueblos.

En el Perú, donde Estado y Nación no llegan a comprenderse, la expresión «familia» adquiere una diversidad semántica portentosa, no sólo en los códigos, sino especialmente fuera de estos. La plurisignificación del término deriva de patrones culturales oponibles temporal y espacialmente.

Cuando la norma positiva no reproduce las prácticas de ciertos grupos sociales, el Estado -jurista, legislador, juez y gendarme-, perpetra, quizás sin saberlo, violencia institucionalizada en agravio de aquellos.

El Código Civil peruano implícitamente contiene más de un nivel familiar. Ocurre también que los demás códigos son portadores de otros niveles. La familia es más grande cuando el Código es antiguo; abreviada si es moderno: el Código Civil de 1852 consagraba la vocación hereditaria de los parientes colaterales consanguíneos del sexto grado inclusive (artículo 881); el Código de Procedimientos Civiles de 1912 reconoce el parentesco es-

piritual y supone que son familiares entre sí, los compadres, ahijados y padrinos (artículos 89 y 454).

Para la cosmovisión andina, la familia no se entiende sin el parentesco espiritual, no sólo el derivado de un sacramento religioso. Prevalecen principios de intercambio y reciprocidad de bienes, servicios y sentimientos que van más allá del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

Modificando a Basadre, el tratamiento del tema nos confirma la existencia en el Perú de varias formas de familia real frente a niveles familiares erigidos sobre el matrimonio y consecuentemente legales.

2. CONCEPTOS Y LIMITES DE LA FAMILIA

En el mundo antiguo la familia era un grupo de personas al que la religión permitía invocar el mismo hogar y ofrecer los presentes fúnebres a los antepasados comunes[1].

El Derecho Romano trae varias acepciones del término «familia». Ulpiano citado en el Digesto, señala:

'[...] se aplica a las cosas y a las personas [...]. La denominación se refiere también a la significación de alguna corporación, en el derecho de cada individuo o en el común de toda cognación. Por derecho propio llamamos familia a muchas personas, que por naturaleza o por derecho, están sujetas a la potestad de uno, por ejemplo el padre de familia, la hija de familia, la madre de familia, el hijo de familia y los demás que siguen en lugar de éstos, como los nietos y las nietas y los otros descendientes. Pero se llama padre al que tiene el dominio de la casa [...], aunque no tenga hijo, porque no designamos a su sola persona, sino también a sus derechos. Por Derecho Común decimos familia a la de todos los agnados: pues aunque muerto el padre de familia cada uno tiene familia propia, sin embargo, todos los que estuvieron bajo la potestad de uno solo serán con razón llamados de la misma familia, los cuales fueron dados a luz de la misma casa y progenie [...]. También [...] la denominación de la familia comprende a todos los esclavos [...]. Asimismo se llama familia [...], la que proviene de sangre de un mismo último progenitor, como decimos "familia Julia" [...] de cierto origen memorable [...]' (D.50,16,195)[2].

Las Siete Partidas comprenden a muchos individuos:

«[...] *el sellor della e todos los que biven so el sobre quien ha mandamiento, assi como los fijos e los servientes e los otros criados*» (Partida VII, Ley Sexta, título XXXIII)[3].

La doctrina ha señalado distintos niveles de familia. A comienzos del siglo XX, Planiol y Ripert, consideraban:

«[...] en sentido amplio, la familia es el conjunto de personas que se hallan unidas por el matrimonio o por la filiación o por la adopción. El propio vocablo, en sentido estricto, designa a los miembros de la familia que viven bajo el mismo techo, bajo la dirección y con los recursos del jefe de la casa. Esta es la acepción primitiva y que se encuentra aún en la expresión: "vida de familia", "hogar de familia", pero que carece ya de importancia jurídica. Por otra parte, hoy se entiende generalmente por familia al grupo reducido que forman el padre, la madre y los hijos; con exclusión de los demás parientes o por lo menos de los colaterales»[4].

Advierten, sin embargo, que subsisten reglas jurídicas fundadas en la antigua concepción de familia -que comprendería a los parientes- como en la transmisión hereditaria y en la obligación de acudir con alimentos. Reconocen «la dispersión de la familia» atribuyéndola a causas sociales y económicas[5].

Josserand por su parte sostiene:

«La familia se extiende en sentidos diferentes, más o menos comprensivos, que podrían representarse en círculos concéntricos de extensión variable:

[1] FUSTEL DE COULANGES, Numa Dionisio. *La ciudad antigua*. Daniel Jorro, Madrid, 1908. p. 55.

[2] GARCIA DEL CORRAL, Ildefonso. *Corpus Iuris Civilis*. J. Molinas, Barcelona, 1898.

[3] ACADEMIA NACIONAL DE HISTORIA. *Siete partidas de Alfonso el Sabio*. Librería de Rosa Bouret, Paris, 1853.

[4] PLANIOL, Marcel Fernand. *Tratado Práctico de Derecho Civil francés*. Cultural, La Habana, 1932. t. II, pp. 7-15.

[5] *Ibidem*. p. 10.

1. *Latu sensu*: La familia engloba a todas las personas unidas por un lazo de parentesco o de afinidad; se extiende hasta límites lejanos, que nuestro Derecho Positivo establece en el duodécimo grado; en esta acepción, descansa a la vez en la comunidad de sangre, en el matrimonio y en la adopción;

2. En un sentido mucho más restringido [...] designa la familia, las personas que viven bajo el mismo techo: padre, madre, hijos [...] nietos y aún colaterales; se convierte entonces, poco menos, en sinónimo de hogar, de *domus* [...];

3. En fin, se entiende [...] por familia la agrupación restringida constituida por el padre, la madre y los hijos, pese a que haya creado a su vez un hogar. En principio, y salvo precisión contraria, el primer sentido es el único verdaderamente jurídico, en que la familia debe ser entendida [...]»[6].

Asocia el tratadista parentesco con familia. Posición singular en la doctrina francesa.

Tiempo después los hermanos Mazeaud, asumen una posición radical y mayoritaria en lo sucesivo. Para ellos, la familia es la colectividad formada por las personas que, a causa de sus vínculos de parentesco o de su calidad de cónyuges, están sometidos a la misma autoridad, la del cabeza de familia. A fin de no suscitar ninguna duda concluyen:

«La familia en sentido preciso del término, no comprende, pues hoy más que al marido, a la mujer y a aquellos de sus hijos sujetos a su autoridad; es decir, sus hijos menores, solteros y no emancipados»[7].

Los marcos familiares son estrechados rígidamente, aseverando:

«No hay más que una sola familia: la legítima, fundada sobre el matrimonio. Lo que se llama "familia natural no constituye jurídicamente una familia [...]»[8].

Messineo, comentando el Código Civil italiano de 1942, afirma:

«[...] En sentido todavía más amplio, parece que debe entenderse la familia en la denominada comunidad agraria familiar y de la que hablan los artículos 1589, 2083, 1021 -locación, pequeños empresarios, uso, habitación, fundación de familia, panteón familiar-»[9].

Obsérvese que Messineo y el Código italiano no siguen el reduccionismo de la doctrina francesa. El término «familia» no se pierde en la nuclear: esposos e hijos menores.

En diferentes momentos de la doctrina nacional, tanto Toribio Pacheco [10] como Emilio Valverde [11] omiten ofrecer un concepto de familia, integrándola con la noción de matrimonio.

Héctor Cornejo Chávez propone dos acepciones:

a) En sentido amplio: conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, el parentesco o la afinidad. Juzga que tal criterio tiene una importancia reducida, pues «el círculo puede ser vasto y porque ignora la situación de los convivientes».

b) En sentido restringido; acepción dividida a la vez en:

- Familia nuclear: personas unidas por el matrimonio o la filiación (marido y mujer, padres e hijos, generalmente los menores o incapaces). Por extensión, se incluye a los concubinos y sus hijos menores o incapaces.

- Familia extendida: integrada por la anterior y uno o más parientes.

[6] JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Ediciones Jurídicas Europa - América, Bosch y Cía, Buenos Aires, 1950. t. I, vol. II, pp. 13 -15.

[7] MAZEAUD, Henri, León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires. 1959. parte I, vol. III, pp. 9 -13.

[8] Ibidem, p. 10.

[9] MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1954. t. III, pp. 29 - 31.

[10] PACHECO, Toribio. *Tratado de Derecho Civil*. 2ª ed. Imprenta del Estado, Lima, 1872. t. I, p. 169.

[11] VALVERDE, Emilio. *Derecho de Familia en el Código Civil peruano*. Imprenta del Ministerio de Guerra, Lima.

- Familia compuesta: la nuclear o la extendida más una o más personas que no tienen parentesco con el jefe de familia[12].

La doctrina jurídica por sí misma no explica la complejidad fenoménica de la familia. Para un mayor rigor científico requiere el auxilio de otras disciplinas.

3. LA FAMILIA EN EL PERU

Este punto escapa a una apreciación puramente jurídica. Es más, legislación, jurisprudencia y doctrina han privilegiado a la familia nuclear y secundariamente a la familia ampliada, construidas ambas sobre el matrimonio. Algunas normas de Derecho Laboral y Derecho Agrario, así como la Constitución Política revirtieron parcialmente esta situación; incorporando en la idea de familia la derivada de relaciones concubinarias. Pero, complejas formas de familia, existentes en el mundo andino, están lejos de ser materia de amparo legal. Otras disciplinas, en especial la Antropología, han procurado conocer a milenarios y no por ello desaparecidos tipos familiares.

Enrique Mayer, estudiando las relaciones de parentesco en la comunidad de Tangor, Cerro de Pasco, arribó a esta conclusión:

«[...] Las relaciones de alianza predominan sobre las relaciones de descendencia y, [...] que el lenguaje de intercambios recíprocos prima sobre el lenguaje jurídico de derechos y deberes explícitos [...]. El énfasis en la alianza es tanto mayor, mientras más abundante la tierra y menor la disponibilidad de mano de obra en determinados momentos cruciales de siembra y cosecha [...]. La falta de tierra está vinculada a una mayor acentuación del reclutamiento de parientes de descendencia jurídica, si bien los intercambios recíprocos no pierden importancia»[13].

El ordenamiento positivo no alude a ciertas formas de parentesco figurativo -expresión acuñada por la Antropología para designar al compadrazgo o padrinazgo-, no siempre sacramental, como el *Rrutuchi* o corte de pelo, que forman parte de los sistemas de parentesco quechua y aymará, y complementario de consanguinidad y de la afinidad, que a la vez rebasan las fronteras del positivismo europeo.

El Código Civil peruano, siguiendo a sus precedentes evita conceptualizar a la familia. Simplemente enuncia donde acaba jurídicamente el parentesco. Pero estos parámetros no son usados uniformemente, variando la concesión de derechos y la atribución de obligaciones según el nivel familiar.

Cabe preguntarse si resulta imperativo elaborar un concepto. La duda asalta al jurista, pues en juego está una institución decisiva.

Pese a las entusiastas premoniciones de Rolaing Laing[14], David Cooper y la corriente antisiquiátrica[15], la constatación de la Sociología contemporánea[16] y porque en cierto modo la historia de la familia es la historia de su descomposición, como en frase ingeniosa remarca Ennecerus[17], la institución continúa siendo el primer agente socializador del individuo y el jurista no puede mostrarse desaprensivo frente a ella.

Francisco Eguiguren Praeli y Marcial Rubio, en un reciente ensayo, asumen que:

«[...] definir a la familia es muy importante [...[]porque es un concepto *standard* que permite establecer obligaciones, derechos, límites, incompatibilidades, etc., entre las personas. Y en ello no puede seguirse un sólo criterio, como si uno solo existiera en el país, para organizar de manera semejante a todas las familias»[18].

[12] CORNEJO CHAVEZ, Héctor. *Derecho Familiar peruano*. Ediciones Studium, Lima, 1985. pp. 21 y 22.

[13] MAYER, Enrique. "Repensando más allá de la familia nuclear". En: *Parentesco y matrimonio en los Andes*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1980. pp. 462 ss.

[14] *El cuestionamiento de la familia*. Paidós, Buenos Aires, 1974.

[15] COOPER, David. *La muerte de la familia*. Paidós, Buenos Aires, 1974.

[16] LINTON, Ralph y otros. *La Historia Natural de la Familia*. Ediciones Península, Barcelona, año(?). pp. 43 ss.

[17] ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martín. *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Bosch, Barcelona, 1946. t. IV, vol. I, p. 2.

[18] RUBIO CORREA, Marcial y EGUIGUREN P. Francisco. "Violencia, coacción y legitimación en el Derecho". En: *Revista del Foro*. nº 1. Lima, 1985. pp. 84 - 101.

El segundo autor y Enrique Bernales admiten en otro lugar las dificultades para hallar un concepto. «En el fondo, esto es irresoluble desde el punto de vista teórico, porque el problema de "quién es familiar y quién no", tiene tantas variantes personales y subjetivas que es prácticamente imposible, por no decir ilegítimo, pretender legislarlo igual para todos. En estos casos, el juez y el jurista deberán recurrir a una norma que iguale todos los casos, evaluando prudentemente las circunstancias»[19].

Evidentemente, en un país como el Perú, caracterizado no tan hiperbólicamente por Macera de «exageración semántica» y al que los científicos sociales han denominado indistintamente «archipiélago cultural», «república inorgánica» o «dualista», «realidad fracturada», «medio desintegrado», «sociedad invertebrada», etc., cuyo pluralismo étnico, social, económico, lingüístico y cultural, lo distancia de cualquier simplificación, deviene impensable apreciar con el mismo rasero o connotación a la familia. Empero, urge al jurista abandonar la típica actitud contemplativa e indagar soluciones que pasen por el respeto de las peculiaridades y no por la integración forzada a la civilización occidental.

Las costumbres de los distintos grupos sociales merecen un reconocimiento explícito de obligatoriedad, aceptándolas como fuente formal de Derecho. No hacerlo y mantener el contenido de las normas legislativas pensadas para otros contextos «[...] equivale a una imposición sobre los actores sociales de cosmovisión distinta de la occidental porque [...] los conceptos de lo obligatorio o no obligatorio resultan distintos y, por tanto, al recoger el Derecho los correspondientes a los sectores occidentalizados, obliga a los sectores tradicionales a adecuarse a ideas que les son extrañas. Las consideraciones de estas diferencias llegan a aspectos muy profundos de la personalidad individual y de las apreciaciones grupales»[20].

La problemática abarca diversos aspectos, siendo los fundamentales del tratamiento legal:

a. Las formas en que se constituye una familia.

b. El régimen de bienes y sucesiones aplicable a la familia.

c. El concepto mismo[21].

3.1. Formas de constitución de la familia

Si bien el matrimonio civil, el matrimonio religioso y las formas autóctonas y tradicionales son modos de constitución familiar socialmente reconocidos, exclusivamente el primero tiene eficacia jurídica. Las dos restantes, junto a las uniones de hecho voluntariamente no convertidas en matrimonio, siempre que reúnan ciertos requisitos como la estabilidad, la permanencia durante más de dos años y la carencia de impedimentos legales y persigan fines semejantes a los del matrimonio civil, no originan legalmente «familia»; lo que hacen es dar lugar a una sociedad de bienes equiparable en parte al régimen de la sociedad de gananciales.

El Código Civil etíope de 1960, redactado bajo el auspicio de David, reconoce tres clases de matrimonio: civil, religioso y consuetudinario (artículos 577-580). En el Perú muy bien pudo haberse seguido un criterio parecido, máxime cuando el artículo 5 de la Constitución Política de 1979 hablaba de «formas de matrimonio». Entre tanto, el conviviente supérstite carece de vocación hereditaria, no puede pretender la adjudicación de la casa-habitación ni el derecho de habitación vitalicia, no podrá representar en juicio al compañero ausente o incapaz. Tampoco tendrá derecho a alimentos, salvo en caso de ruptura unilateral y aun en esta circunstancia no podrá exigir la reparación del daño moral. Asimismo, los hijos de esa unión no son favorecidos con la antigua presunción *pater is est quem nuptiae demostrant*, o dicho de otro modo: «el hijo tenido por la mujer casada se reputa hijo del marido».

3.2. Régimen de bienes y herencias

Cabe preguntarse si las normas que regulan el régimen de bienes y el Derecho Sucesorio son socialmente correctas y deben ser aplicables a las familias campesinas[22] y a muchas de las migrantes,

[19] RUBIO CORREA, Marcial y BERNALES, Enrique. *Constitución y Sociedad Política*. Mesa Redonda, Lima, 1983. p. 127.

[20] RUBIO, Marcial. "Costumbres y usos en el Código Civil". En: *Materiales de trabajo para el Magister en Derecho con mención en Derecho Civil*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. p. 139.

[21] RUBIO y EGUIGUREN. "Violencia, coacción y legitimación en el Derecho", *Op. cit.* p. 87.

[22] ARAMBURU, Carlos y PONCE ALEGRE, Ana. *Familia y Trabajo en el Perú rural*. Instituto Andino de Estudios de Población y Desarrollo, Lima, 1983.

portadoras de costumbres autóctonas y mezcladas intrincadamente en el medio urbano[23], cuando los recursos materiales y humanos destinados a las actividades productivas o comerciales, han sido proporcionados colectivamente por sus integrantes, sujetándose en la práctica a sus propios usos. Estudios recientes parecen desmentirlo. Es un terreno que el Derecho debe abordar replanteando los esquemas clásicos.

3.3. El concepto de familia

Sobre el concepto de la familia nos ocupamos al empezar el trabajo y en realidad su aproximación recorre el presente artículo. Vale la pena recurrir al Código Civil y a partir de un análisis horizontal, que en lo posible evite el Libro de Familia, encontrar en él los diferentes **niveles familiares**.

Hemos hallado seis niveles familiares, que glosamos con un propósito ejemplificativo. No pretendemos hacer de ellos los únicos, pues definitivamente hay muchos más. Estos niveles o formas familiares se infieren del texto, no aparecen explícitamente. Pasemos revista a algunos de ellos:

a) La familia constituida por los cónyuges y los hijos menores:
- Artículo 29: el cambio y edición de nombre alcanza al cónyuge y a los hijos menores; y,
- Artículo 244: necesidad del asentimiento de los padres para el matrimonio de sus hijos menores.

b) Familia conformada por los cónyuges, descendientes y ascendientes (Herederos forzosos):
- Artículo 58: derecho de asignación alimenticia por ausencia del obligado;
- Artículos 474 y 475: obligaciones alimentarias;
- Artículo 667: agraviados de tentativa o consumación de homicidio para excluir por indignidad de la sucesión; y,
- Artículo 724: quiénes son herederos forzosos.

c) Familia conformada por los cónyuges, descendientes, ascendientes y hermanos:
- Artículo 13: derecho a decidir sobre necropsia, incineración y sepultura;
- Artículo 14: derecho a revelar intimidad personal y familiar; y,
- Artículo 15: sobre aprovechamiento de la imagen y la voz.

d) Familia compuesta por consanguíneos en línea recta, en línea colateral hasta el tercer grado; afines en línea recta, en línea colateral hasta el segundo grado. Excluyendo a los hermanos de la relación familiar:
- Artículo 242, incisos 1, 2, 3 y 4: impedimentos para contraer matrimonio; y,
- Artículo 274, incisos 4 y 5: nulidad del matrimonio.

e) Parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad:
- Artículo 107: imposibilidad de celebrar contratos con la Fundación;
- Artículo 215: intimidación como vicio de la voluntad;
- Artículo 705, inciso 7: impedimentos de testigos testamentarios parientes del Notario; y,
- Artículo 1367: Prohibición de adquirir derechos reales por contrato, legado o subasta pública.

f) Comprende a los que habitan en la misma casa:
- Artículo 323: preferencia en la adjudicación al liquidarse la sociedad de gananciales; y,
- Artículo 481: objeto de patrimonio familiar.

El Código en otros casos dice simplemente «demás parientes» o «cualquier pariente» (artículo 558: obligación de los parientes para pedir la remoción del tutor; artículo 648: derecho a apelar las resoluciones del consejo de familia). No explica a qué grados de parentesco se refiere, por lo que debe convenirse que son todos los reconocidos por ley. Igualmente la expresión «heredero», sin distinguir el legal del forzoso, se utiliza a lo largo del Código. Por ejemplo, en los artículos 16, 816, 1705 -inciso 5-, 1749, 1787, 1804, 1843, 1844, 1928, 1929 y 2217. Examinaremos ahora las normas que fuera del Libro de Familia, utilizan el vocablo expresamente.

4. ANALISIS DEL ARTICULADO

Un Libro del Código, una sección (amparo familiar), dos capítulos (patrimonio familiar y consejo de familia), además de múltiples normas del Libro de Familia, utilizan el vocablo.

Fuera de aquellos, el término «familia» se utiliza en nueve artículos (VI del Título Preliminar; 14, 16, 705 -inciso 5-, 1028, 1275, 1722, 1984 y 2062), los mismos que expondremos a continuación.

[23] OSSIO ACUÑA, Juan y MEDINA GARCIA, Oswaldo. *Familia Campesina y Economía de Mercado*. CRECE, Lima, 1986. AMAT Y LEON, Carlos. *La familia como unidad de trabajo*. Universidad del Pacífico, Lima, 1985.

4.1. Artículo VI del Título Preliminar

«Artículo VI.- Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral. El interés moral autoriza la acción sólo cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley».

El artículo establece un principio de legitimación procesal. El interés material, susceptible de apreciación monetaria, concierne únicamente al que percibe las utilidades o a quien sufre el menoscabo patrimonial, por lo que nos hallamos ante un interés esencialmente personal. El interés moral, en cambio, atribuye la facultad de recurrir a los órganos jurisdiccionales al agente y a su familia.

¿Por qué no se consagra que el interés económico autorice el ejercicio de la acción no sólo al directo interesado, sino también a su familia?, ¿Por qué utilizar el adverbio «sólo», limitante del derecho de acción? Podemos ensayar algunas respuestas. Para Radbruch[24], es en el procedimiento civil donde con más fuerza se destaca el individualismo en Derecho, y este artículo es un resabio del pensamiento jurídico liberal; inclusive pareciera que el interés particular está por encima del interés familiar y encima del propio interés social. Nada obsta para que la familia tenga interés económico y es lo común, lo raro sería que se despreocupe. No hay razón entonces, para que se le recorte el acceso a la administración de justicia por carecer supuestamente de interés económico, cuando realmente es lo que más le atañe.

La última parte del artículo VI: «salvo disposición expresa de la ley», importa que excepcionalmente la familia puede tener interés económico y al mismo tiempo que en ciertos casos carecerá de interés moral, que paradójicamente -para un sector de la doctrina- suele ser *intuito personae.*

Despierta controversia la extensión de la palabra «familia». Según José León Barandiarán:

«Debe entenderse aquí familia en el sentido propio y adecuado del término. Se trata de los parientes, desde luego, por vinculación de cognación, como fundamentalmente son los ascendientes y descendientes, más también el vínculo uxorio. No debe considerarse el parentesco por afinidad»[25].

Marcial Rubio plantea una opinión divergente, entendiendo por familia:

«[...] indiscutiblemente [...] la relación de parentesco en línea recta, y dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, pero nada impide que el juez extienda interpretativamente el concepto a otros sujetos más allá de dichos límites, en función de las costumbres o las consideraciones culturales de quienes actúan [...]»[26].

Hubiera sido deseable que el Código permitiera al juzgador, evaluar el interés económico o moral de la familia, en función a la naturaleza del conflicto. Esta propuesta fue alcanzada por la Comisión Reformadora en los sucesivos proyectos:

«En lo que concierne a la familia del agente, la legitimidad de obrar se apreciará por el juez según las circunstancias del caso»[27].

4.2. Artículo 14 del Código Civil

«Artículo 14.- La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden».

Esta norma contiene dos nociones paralelas: la familia y el parentesco.

Si en la esfera de la familia se incorporasen a los colaterales en tercer y cuarto grado y a los afines, el objeto de custodia legal abarcaría mayor número de relaciones, pero parece no ser éste el propósito del legislador; dado que la potestad de asentir para revelar la intimidad privada, a la muerte del perjudicado, solamente la confiere a los herederos forzosos y a un heredero legal: su hermano.

El orden de exclusión corresponde a la imagen de familia moderna. Basta que existan cónyuges para

[24] RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho.* Fondo de Cultura Económica, México, 1951. pp. 158, 159.

[25] BARANDIARAN, José León. *Curso Elemental de Derecho Civil peruano.* 2ª ed. Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1973. p. 47.

[26] RUBIO, Marcial. "El interés subjetivo en el Código". En: *Materiales ..., Op. cit.* p. 204.

[27] "Antecedentes legislativos y comparación con el Código de 1936". En: REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (compiladora). *Código Civil. Exposición de motivos y comentario.* Avanzada, Lima, pp. 5, 6.

que haya familia; descendientes, ascendientes y hermanos siguen en importancia.

La última parte del artículo ha sido defectuosamente redactada. Al usarse la conjunción disyuntiva «o» y no la conjunción copulativa «y», fijando al mismo tiempo un orden de exclusión, no queda claro si los ascendientes y hermanos se hallan en idéntica situación o si los ascendientes postergan a los hermanos.

En este caso típico de interés moral, el conviviente de aquél cuya intimidad personal y familiar se busca proteger, adolece de falta de capacidad para asentir u oponerse. De manera tal que el ofensor podría argüir que con la revelación de incidentes de una relación concubinaria no lesiona la intimidad de la vida familiar; interpretación no necesariamente exagerada si recordamos que las uniones de hecho formalmente no constituyen familia.

4.3. Artículo 16

«Artículo 16.- La correspondencia epistolar, las comunicaciones de cualquier género o las grabaciones de la voz, cuando tengan carácter confidencial o se refieran a la intimidad de la vida personal y familiar, no pueden ser interceptadas o divulgadas sin el asentimiento del autor, y en su caso, del destinatario. La publicación de las memorias personales o familiares en iguales circunstancias, requiere la autorización del autor.

Muertos el autor o el destinatario, según los casos, corresponde a los herederos el derecho de otorgar el respectivo asentimiento. Si no hubiese acuerdo entre los herederos decidirá el juez.

La prohibición de la publicación póstuma hecha por el autor o el destinatario no puede extenderse más allá de cincuenta años a partir de su muerte».

De la lectura del artículo surgen tres cuestiones. ¿Qué debe entenderse por intimidad de la vida familiar, memorias familiares y herederos?

En cuanto a la intimidad familiar podemos formular las mismas apreciaciones que las hechas en razón del artículo 14, aunque aquí no aparece el orden preferente permitiendo una interpretación más extensiva y flexible del término «familia» pudiendo incluirse a los colaterales y herederos legales en general. Nos parece absurdo preterir a los afines. Ellos, como se hallan estrechamente vinculados a los parientes consanguíneos, acostumbran ser protagonistas de las alegrías, sufrimientos y miserias: actores o atentos testigos de los secretos familiares. Hablando de nuestros consanguíneos, aludimos de una forma u otra a nuestros afines. Apoya el argumento la no extinción de la afinidad por disolución del matrimonio, conforme lo estipula el artículo 247 del Código Civil.

Las memorias familiares consistirían en referencias a episodios reales sucedidos a nuestros parientes, pero se utiliza el término en un sentido usual, no técnico, infiriéndose entonces, que cabe una interpretación extensiva, que contingentemente podría ampliarse si un pariente lejanísimo ha alcanzado gloria o fama.

Pensamos que se hace referencia a los herederos legales. Además no basta tener vocación hereditaria, sino es preciso haber sido declarado judicialmente tal. Carlos Fernández Sessarego se inclina por esta posición:

«La expresión "herederos" no se utiliza en el numeral propuesto dentro de su amplia significación, es decir como la de aquellos titulares de un derecho sucesorio desde el instante mismo de la muerte del causante. Dicho término se reserva, en este caso, para las personas cuyo derecho sucesorio ha sido legalmente reconocido de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente. El derecho considerado en el artículo 16, contrariamente a lo que ocurre en los casos previstos en los artículos 19, 13, 14 del Código, sólo se ejercita por los herederos declarados ya que no se trata un asunto en el cual, en términos generales, se requiera actuar con celeridad»[28].

El Código no distingue entre herederos forzosos o legales, como tampoco entre testamentarios o *ab-intestatos*.

El Proyecto de la Comisión Reformadora garantiza al agraviado y a sus herederos la acción para la cesación de los actos lesivos y la reparación de los daños y perjuicios; en tanto que la Comisión Revisora suprimió ésta última parte[29].

[28] FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas*. Studium, Lima, 1986. p. 64.

[29] *Ibidem*. p. 17-18.

4.4. Artículo 705 inciso 5

«Artículo 705, inciso 5.- Están impedidos de ser testigos testamentarios: [...] Los que tienen con el testador los vínculos de relación familiar indicados en el inciso anterior» (cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos de los herederos y legatarios).

Nuevamente el Código excluye a los parientes colaterales consanguíneos en tercer grado y cuarto grado y a todos los afines. Parece ser que los herederos forzosos se confunden, salvo por lo de hermanos, con la idea de familia.

El artículo bajo comentario al remitirse a la norma que lo precede, erróneamente considera al cónyuge del testador sujeto a una «relación familiar», siendo que el vínculo nace del matrimonio.

Rómulo Lannatta Guilhem, comentando el precepto, señala:

«La norma de este inciso es nueva en nuestro Derecho porque el Código del '36 no señala incompatibilidad alguna para que concurran como testigos testamentarios los familiares de testador. En este inciso se incluye aun cuando no sean sus herederos o legatarios a las personas que tienen con el testador los vínculos familiares indicados en el inciso anterior»[30].

El inciso anterior, esto es, el inciso 4 del artículo 705, establece el impedimento para ser testigo testamentario a los herederos y legatarios y a sus cónyuges, ascendientes y hermanos. Cabe tomar nota que el Código de 1984 en el artículo 691 inciso 4 sancionaba el impedimento no sólo a los parientes aludidos por el nuevo Código sino también a los ligados por consanguinidad dentro del cuarto grado y por afinidad dentro del segundo. Percibimos entonces una tendencia reduccionista de la familia; incluso el conviviente del heredero o legatario no se halla impedido de ser testigo testamentario.

4.5. Artículo 1028

«Artículo 1028.- Los derechos de uso y habitación se extienden a la familia del usuario, salvo disposición distinta».

A diferencia de otros códigos como el argentino (artículo 2953), el artículo 1028 de nuestro Código no fija el ámbito familiar. Lucrecia Maisch Von Humboldt es de la opinión que las personas que están al servicio del usuario o habitador forman parte de la familia[31]. Agrega que es el propósito del artículo 245 de la Ponencia del Libro de Familia. En realidad, no hemos hallado en ninguno de los textos de la Comisión Reformadora esta concepción.

Dado que los derechos de uso y habitación tienen como finalidad la protección económica de la familia, sin duda, es factible practicar una interpretación amplia. No olvidemos que son instituciones precapitalistas elaboradas cuando se concebía a la familia como una agrupación vasta, sirvientes incluidos.

4.6. Artículo 1275

«Artículo 1275.- No hay repetición de lo pagado en virtud de una deuda prescrita, o para cumplir deberes morales o de solidaridad social o para obtener un fin inmoral o ilícito.

Lo pagado para obtener un fin inmoral o ilícito corresponde a la institución encargada del bienestar familiar».

El segundo párrafo fue escogido del artículo 1895 del Código mexicano: quien paga para la realización de un fin ilícito o contrario a la buenas costumbres tiene derecho a repetir el 50%, el resto es recibido por una Beneficencia Pública.

«De este modo se evita que lo pagado para lograr cualquiera de los propósitos (inmorales o ilícitos) quede en poder de quien lo recibió, pues ello resentiría seriamente a la moral y a la justicia»[32].

No se plantea aquí el problema de los parámetros familiares; más bien se nombra a una institución que procura el bienestar de la familia y que puede ser pública o privada; verbigracia, el INABIF o la Fundación por los Niños del Perú.

[30] LANATTA GUILHEM, Rómulo. "Exposición de motivos y comentarios al Libro de Sucesiones". En: REVOREDO, Delia (Compiladora). *Código Civil... Op. cit.*

[31] MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. "Exposición de motivos y comentarios al Libro de Derechos Reales". En: REVOREDO, Delia (Compiladora). Código Civil. *Exposición de motivos y comentario.* parte III, t. V, p. 227.

[32] OSTERLING PARODI, Felipe. "Exposición de motivos y comentarios al Libro de las Obligaciones". En: REVOREDO, Delia (Compiladora). Código Civil. *Exposición de motivos y comentario.* parte III, t. V, pp. 415-416.

4.7. Artículo 1984

«Artículo 1984.- El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia».

El Código derogado prescribía en el artículo 1148 que, al calcularse la indemnización, el juez puede considerar el daño moral irrogado a la víctima. José León Barandiarán reclamaba lo injustificado de la omisión de la familia como entidad pasible de sufrir menoscabo material o daño moral que merecerían ser indemnizados[33]. El Anteproyecto y el Proyecto de la Comisión Reformadora en los artículos 18 y 2045, respectivamente, no consideraban a la familia como sujeto capaz de sufrir daño moral. Al final primó la sugerencia de León Barandiarán.

El daño moral es una subespecie del interés moral. Luego, si el interés incumbe a la familia, ¿por qué no podría sufrir daño moral y por ende ser indemnizada? La contradicción ha sido superada.

Continúa sin resolverse el ámbito de la familia. La controversia es permanente en este punto. Consideramos que debe entenderse como tal a los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado y afines dentro del segundo grado. Es mejor ensanchar la tutela de protección que limitarla. El Derecho como ordenador social y cuyo fin supremo es la Justicia, manifiesta una clara tendencia, que se percibe en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, en reconocer a otras instancias distintas del individuo, la calidad del sujetos de derechos y de obligaciones.

La unión de hecho que reúna los requisitos de ley, apelando a la equidad podría ser considerada familia, pese a las limitaciones positivas. Función que compete a los jueces, quienes por su inmovilismo fueron llamados por Ripert conservadores. Ojalá que no sea el caso del Perú.

4.8. Artículo 2062

«Artículo 2062.- Los tribunales peruanos son competentes para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones relativas al estado y la capacidad de las personas naturales, o a las relaciones familiares, aun contra personas domiciliadas en país extranjero, en los casos siguientes:

1. Cuando el Derecho peruano es el aplicable, de acuerdo con sus normas de Derecho Internacional Privado, para regir el asunto.

2. Cuando las partes se someten expresa o tácitamente a su jurisdicción, siempre que la causa tenga una efectiva vinculación con el territorio de la República».

Por «relaciones familiares» se conocen dos acepciones. Una estricta y otra extensiva. La primera significa las relaciones producidas por el matrimonio, la filiación y la adopción, por ser fuentes de parentesco. La segunda involucra todo el Derecho de Familia por hallarse justamente formado por relaciones que no son otras que las familiares.

El problema de la esfera familiar no se aparece en forma directa, pues estamos ante la aplicación de normas ya dadas.

4.9. Artículo 1722

«Artículo 1722.- La responsabilidad del hospedante por la custodia de los bienes depositados o introducidos se extiende a los actos u omisiones de los familiares que trabajan con él y a sus dependientes».

La norma relaciona la familia con el trabajo, dando lugar a una amplia interpretación, que eventualmente puede ir más allá que los límites de la legislación positiva, según la pertenencia cultural de los sujetos involucrados.

5. CONCLUSIONES

1. Para el mundo occidental es válida la afirmación de Enneccerus: la historia de la familia es la historia de su descomposición.

2. En síntesis, los juristas admiten dos acepciones de familia: la extendida que se confunde con el parentesco y la restringida que es la familia conyugal. Ambas fundadas en el matrimonio.

3. El Perú no es una Nación articulada y uniforme, por lo que no puede válidamente imponerse por decreto un modelo familiar. Hacerlo importa perpetrar violencia institucionalizada a vastos sectores sociales.

4. Es preciso otorgar carta de ciudadanía y recono-

[33] LEON BARANDIARAN, José. *Curso del Acto Jurídico*. Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1983. p. 75.

cer explícitamente a la costumbre como fuente formal del Derecho.

5. El Código Civil cuando quiere referirse a familiares alude a parientes, herederos o los señala taxativamente. No sigue un solo criterio.

6. Hemos hallado seis niveles familiares en el Código. Persistiendo en la búsqueda, especialmente en el Libro de Familia -que parcialmente ha sido obviado- definitivamente encontraremos más.

7. Prescindiendo del Libro de Familia, una sección (Amparo familiar), y dos capítulos de aquél (Patrimonio familiar y Consejo de familia); el Código usa la expresión «familia» en nueve ocasiones.

8. El término bajo comentario está presente en los artículos VI del Título Preliminar, 14, 16, 705 -inciso 5-, 1028, 1275, 1722, 1984 y 2062.

El problema del ámbito familiar está ausente en los artículos 705 -inciso 5-, 1275 y 2062, subsistiendo en los restantes.

9. El vocablo «familia» es plurisignificante no sólo desde una perspectiva legal, sino también cultural, ya que los receptores de la norma pertenecen a épocas, lugares y clases sociales distintas.

10. La equidad debe servir al juez ante el problema de la esfera familiar, prefiriendo una interpretación extensiva a una restrictiva.

sesorandina S.R.L
PUBLICACIONES

PRESENTA SUS ULTIMAS PUBLICACIONES:

-La Nueva Constitución del Perú 1993
Dr. Carlos Torres y Torres Lara
-Preguntas y Respuestas sobre la Nueva Constitución
Dr. Carlos Torres y Torres Lara
-Las Cooperativas de Trabajadores
Dr. Alonso Morales / Dr. Carlos Torres Morales
-La Multipropiedad
Dr. Gonzalo Morales Acosta
-Serie Debates Constitucionales:
Derecho a la Información, Informática e Intimidad
Derecho a la Participación, Iniciativa Legislativa, Revocación y Referéndum

Av. Salaverry 674-Of. 403
Lima 11 - Perú

Telf.: 339461 / 339641
Fax: (51-14) 339874

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.

Acérquese a su entidad financiera de confianza

COFIDE
DA CREDITO A SUS IDEAS

BREVES APUNTES SOBRE LA COLACION EN LA LEGISLACION PERUANA

César Fernández Arce
Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú

Cuando el causante en vida ha realizado donaciones o ha ejecutado otras liberalidades en beneficio de sus herederos, resulta primordial determinar legislativamente si es que los bienes o derechos así transferidos deben restituirse a la masa hereditaria, una vez fallecido el causante.
Este es precisamente el ámbito de la colación, que el autor desarrolla en el presente artículo, incidiendo especialmente en el tratamiento que nuestro Código Civil dispensa a la figura.
De forma adicional al análisis de los diversos fundamentos que se han elaborado para admitir o rechazar la colación, el doctor Fernández Arce nos muestra las diversas formas de colacionar y las opciones legislativas en el Derecho Comparado.

ANTECEDENTES

La transmisión de derechos patrimoniales de una persona a otra puede ocurrir por acto entre vivos, como la compraventa o la donación; o también por muerte del titular. Pero en la primera, la transmisión es a título particular porque únicamente son transmitidos ciertos derechos del patrimonio de una persona, mientras que en la última, hay una transmisión a título universal, porque se transmite todo el patrimonio del causante. Asimismo, en la primera, la transmisión de ciertos derechos como antes hemos señalado, depende de normas legales que facultan al titular a hacerlo, mientras que en la otra la transmisión proviene de normas legales que son de orden público, o sea que el patrimonio del causante es transmitido necesariamente a otros sobrevivientes y de modo imperativo o absoluto a la muerte del *de cujus* e *ipso iure*, porque en la muerte de la persona, ésta deja de ser sujeto de derecho, y al desaparecer queda su patrimonio, el cual es transmitido salvo aquellos derechos inherentes a su persona como la renta vitalicia, el usufructo, la habitación, los alimentos, etc.

Es por eso que el artículo 660 de nuestro Código Civil señala sobre el concepto de Derecho Sucesorio lo siguiente: «Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se trasmiten a sus sucesores»[1].

[1] Este artículo resulta concordante con los siguientes preceptos:
Código Civil: artículos 61, 63, 188, 373, 374, 1218, 1363, 1383, 1487, 1993 y 2100.
Código Procesal Civil: artículo 108.
Ley General de Sociedades: artículos 52 y 287.
Código Tributario: artículo 25.

Lo anteriormente expuesto significa, entre otras precisiones, lo que los romanos afirmaban: «*Viventis nulla est hereditas*», lo cual es absolutamente cierto, no admitiéndose excepción de ninguna clase, como algunos tratadistas en contrario sostienen cuando señalan que el anticipo de herencia constituye una excepción al principio antes acotado. A nuestro entender tal idea no es correcta, como lo desarrollaremos posteriormente, porque la figura jurídica que subyace en lo que llamamos «anticipo de herencia» es la «donación», que es un contrato entre vivos, debiendo agregarse que en nuestro ordenamiento legal -como en el de muchos países- no es admitida la sucesión contractual[2].

Es por eso que resulta muy interesante abordar el estudio de la importante institución jurídica de la colación, porque permite establecer que herencia no es sólo aquello que el causante tiene al momento de su muerte (bienes, derechos y obligaciones de naturaleza patrimonial y que no es inherente a su persona) y que transmite a sus causahabientes, sino que además la integra el conjunto de bienes y derechos que ya no están en el ámbito de «su patrimonio» porque fueron donados a otras personas y por lo cual deben ser tomados en cuenta aefecto no perjudicar a los herederos forzosos que tienen un derecho legitimario intangible.

En el Derecho Romano, la colación fue concebida como la aportación de bienes que hacía un heredero en favor de otros de igual clase, para poder participar en la división y partición de la herencia en forma equitativa. Según el Derecho justinianeo, cuando eran varios los coherederos, existía la obligación de aportar a la herencia lo recibido por cada uno de ellos en vida del causante.

En el Derecho Romano fueron conocidas muchas formas de colación, destacando las siguientes:

1. **Colación *bonorum:*** Se refería a la herencia en que concurrían hijos emancipados con hijos no emancipados. Para evitar el desequilibrio que pudiera surgir a la muerte del causante, el Pretor no concedió la *bonorum possesio* al hijo emancipado mientras éste no prometiera dar una parte de sus bienes propios a sus «coherederos *sui*» -es decir a sus coherederos no emancipados- la cual debía ser proporcional a la que él recibiría en la herencia pretoria. Dado que el hijo no emancipado carecía de capacidad patrimonial propia mientras vivía su padre y estaba sujeto a su patria potestad, los bienes que adquiría revertían al patrimonio paterno, formando de tal manera parte de su futura herencia. Luego, al morir el padre y procederse al reparto del patrimonio hereditario, el hijo emancipado participaba en la propiedad adquirida por el otro hijo no emancipado y, por el contrario, el hijo no emancipado no participaba en la propiedad adquirida por el otro hijo después de su emancipación.

2. **Colación *dotis:*** También de origen pretoriano. Su finalidad, como en el caso anterior, era establecer cierta equivalencia de posiciones entre los hijos emancipados y los no emancipados, debido a que si por la colación *bonorum* los primeros se veían obligados frente a los segundos, era justo que la hija también -sujeta a la patria potestad- colacionara con lo que había recibido del padre como dote.

3. **Colación justinianea:** Se consideraba que el heredero que había recibido de su ascendiente un simple anticipo sobre una porción hereditaria, debía -según la voluntad del causante- dar cuenta de aquél a sus coherederos. Esta obligación existía, salvo disposición contraria del testador.

LA COLACION EN EL CODIGO CIVIL DE 1852

Estuvo regulada en el Título XXI de la Sección Cuarta del Libro 2, entre los artículos 935 y 954, inclusive. Los sujetos obligados a colacionar eran únicamente los hijos y demás descendientes del causante, quienes debían colacionar *ad valorem*, entendiéndose que el valor era el que tuvo el bien donado al tiempo de la donación. De este valor se deducía el importe de las mejoras que el testador hubiera efectuado en favor del donatario, por testamento.

LA COLACION EN EL CODIGO CIVIL DE 1936

Estuvo regulada en el Título 1 de la Sección 4 del Libro 3, entre los artículos 775 y 783 inclusive. Se le dio el mismo tratamiento que en el Código de 1852, con mejores precisiones, como cuando en el artículo 779 se estableció que no era colacionable el importe del seguro constituido a favor del heredero. En cambio, lo eran las primas pagadas al asegurador, lo cual era obvio porque el premio en estas pólizas de seguro proviene del patrimonio de la aseguradora y no del causante.

[2] Artículos 678, 1405 y 1406 del Código Civil.

ACEPCIONES

Pérez Lasala [3] señala que la palabra «colación» deriva del latín «*confero*», que significa «llevar» y, aplicada al Derecho Sucesorio, indica el acto de aportar o llevar a la masa hereditaria bienes o valores.

Este acto puede tener diferentes finalidades:

1. **Colación a efectos de determinar la legítima:** Esta se refiere al computo de las liberalidades a los efectos de determinar la porción legitimaria y de salvaguardarla, en caso de resultar afectada por la reducción producida por esas liberalidades.

2. **Colación de deudas:** La imputación de las deudas que el heredero tenía con el causante, a su porción hereditaria es diferente de la colación propiamente dicha, tanto en sus fundamentos como en su mecanismo. Como señala Pérez Lasala [4], la colación de deudas no es propiamente colación porque no se origina en liberalidades. Los créditos que el causante puede haber tenido con alguno de sus herederos forzosos no se fundamentan en liberalidades. Tampoco la colación de deudas persigue el mantenimiento de la igualdad entre los coherederos. Asimisimo, debe tenerse muy presente que la colación de donaciones sólo tiene lugar en la partición hereditaria. La renuncia de la herencia no exime al deudor renunciante del pago de su obligación; en cambio, la renuncia de la herencia exonera de la colación, de manera que el renunciante se quedará con la donación, estando dispensado de la colación [5].

3. **Colación en sentido propio:** La ley presume que la liberalidad efectuada por el donante es para que a su muerte sea imputada a la legítima del donatario (heredero forzoso), a fin de lograr la igualdad con los demás herederos forzosos. Este es el significado técnico de la colación a la que se refieren los artículos 831 y siguientes del Código Civil.

CONCEPTO

Es un derecho y asimismo una obligación que tienen los herederos forzosos que concurren a la herencia del causante, de aportar o reincorporar a la masa hereditaria lo que hubieran recibido por donación u otra liberalidad, con el objeto de igualar sus porciones hereditarias al momento de la partición.

En consecuencia, la colación implica agregar a la masa hereditaria todas las liberalidades otorgadas por el causante, durante su vida, a sus herederos forzosos. Deben existir por tanto, varios herederos forzosos a la muerte del causante, porque si sólo existiera uno con derecho a toda la herencia, entonces la colación carecería de sentido.

La colación establece una relación jurídica entre los herederos beneficiados con liberalidades en vida del causante (sujetos activos) y los otros herederos no beneficiados (sujetos pasivos), a quienes les asiste el derecho de solicitar la colación.

La fuente de la colación es la ley y por su finalidad procede obviamente, tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada. De no ser así, se abriría el camino para la burla del derecho legitimario que se fundamenta en normas de orden público.

La colación además procede siempre a petición de parte y número de oficio, pues es un derecho que sólo la ley concede a los herederos y no a los legatarios ni a los acreedores de la sucesión.

FUNDAMENTOS

1. Voluntad presunta del causante: De inspiración romanista y la teoría más extendida en la doctrina. Está referida a interpretar que cuando el causante donó algún bien a su heredero, lo hizo como una suerte de adelanto, de anticipo a cuenta de su haber hereditario.

2. Igualdad entre los descendientes: Entre los juristas franceses particularmente, prevalece la opinión que fundamenta la colación en el principio de igualdad de los herederos, ya que la colación es una operación cuyo objetivo es evitar la desigualdad hereditaria.

3. Defensa de la legítima: Tiene como único fundamento servir de instrumento para la defensa de la legítima cuando sea vulnerada o disminuida por los donativos hechos por el causante a terceras personas; y es así que se señala que donde la ley reconoce la legítima, reconoce la colación, su-

[3] PEREZ LASALA. Derecho de Sucesiones.
[4] Ibidem.
[5] Artículo 842 del Código Civil.

giriendo con ello que la colación está al servicio de la legítima.

REQUISITOS[6]

La colación, como toda institución jurídica, contiene elementos propios y específicos que la diferencian de otras figuras, los cuales siempre deben estar presentes; de modo que son requisitos condicionantes, acumulativos y específicos, a saber:

1. Coexistencia de varios herederos forzosos: La pluralidad de herederos forzosos resulta esencial, porque de existir sólo uno con derecho a la totalidad de la herencia, carece de sentido la colación, cuya finalidad es mantener la igualdad de derechos entre varios.

2. Alguno o algunos de los herederos deben haber sido favorecidos con donaciones u otros actos de liberalidad por el causante y en vida de éste: Estas liberalidades deben ser restituidas a la masa hereditaria, bien en su valor correspondiente al momento de la apertura de la sucesión o devolviendo el bien a la masa hereditaria.

3. El heredero forzoso favorecido con la liberalidad no debe haber sido dispensado de colacionar: En efecto, el artículo 831 del Código Civil establece la obligatoriedad de la colación salvo dispensa del causante, la cual para que tenga eficacia jurídica deberá ser expresa, formal -bien a través de testamento u otros instrumentos públicos- y que no exceda del valor de la cuota de libre disposición.

A este respecto, debe mencionarse que la cuota de libre disposición puede ser de un tercio, cuando los herederos forzosos son los hijos u otros descendientes y el cónyuge sobreviviente o cuando concurren padres u otros ascendientes con el cónyuge[7], y de la mitad cuando coheredan los padres u otros ascendientes [8]. Todo exceso resulta inoficioso, mas no nulo el acto jurídico de la donación u otra liberalidad[9].

d) **No opera de oficio sino a petición de parte interesada**[10]: La parte interesada está constituida únicamente por los coherederos y no aprovecha a los legatarios ni a los acreedores de la sucesión.

FORMAS DE COLACION

Hay dos sistemas clásicos:

1. En especie.
2. En dinero.

La mayoría de legislaciones admite ambas figuras.

1. **Colación en especie:**

Es la colación real o material por la que se devuelven o reincorporan a la masa hereditaria los mismos bienes que fueron entregados por actos de liberalidad del causante, en vida, a alguno de sus herederos.

En el fondo, cuando en las legislaciones se admitía únicamente esta forma de colacionar, se consideraba al heredero como un deudor de cuerpo cierto y determinado, porque a la muerte del causante, el heredero debía restituir el bien tal como le fue entregado. De lo contrario, la pérdida o deterioro del bien era asumida por este heredero, descontándosele de la cuota hereditaria el valor que le podía corresponder. De manera pues que el heredero beneficiado con la liberalidad en vida del causante, no lo adquiría como propietario, sino únicamente como un simple usufructuario.

2. **Colación en dinero:**

Llamada también colación en valores o ideal, por la que el heredero donatario, ya no tiene como en el sistema anterior la obligación de restitución, sino solamente la obligación de devolver el valor del bien donado o dado en las otras formas de liberalidad. La donación entonces constituye un medio de transferencia de la propiedad, cuyos efectos jurídicos se realizan de conformidad con la naturaleza y el valor de los bienes, en armonía con las reglas contenidas en los artículos 1621, 1623, 1624, 1625 y 1626 del Código Civil.

Uno de los desenvolvimientos de este sistema es por vía de imputación, por lo que a la cuota hereditaria que le corresponde al heredero se le descuenta el valor que tenga el bien y sólo le es entregada la diferencia resultante.

[6] Artículos 831, 832 y 833 del Código Civil.
[7] Artículos 724, 725, 726, 729, 816, 818, 820, 821, 822 y 824 del Código Civil
[8] Artículos 726, 729, 820 y 821 del Código Civil.
[9] Artículos 832, 725, 726 y 1629 del Código Civil.
[10] Artículo 843 del Código Civil.

LAS OPCIONES EN LA LEGISLACION COMPARADA

En nuestro ordenamiento legal se admiten tanto la colación en especie, como la colación en dinero, dejando librada la elección al heredero beneficiado con la liberalidad; o sea, que corresponde decidir al que colaciona, sin que quepa oposición alguna a este derecho señalado en el artículo 833 del Código Civil.

En la legislación argentina se considera el procedimiento de la colación ideal, ficticia o *ad valorem*, por las siguientes consideraciones:

a) porque la colación, al determinarse por el valor del bien, evita las posibles discrepancias entre los herederos;

b) porque no deja inciertos los derechos de los terceros;

c) en atención a que mantiene a la donación con toda la fuerza de ser un acto traslativo de la propiedad; y,

d) debido a que es un método más fácil y sencillo.

En la legislación francesa se regulan dos formas de colacionar:

1. Colación en especie.

2. Colación tomando menos, que a su vez se divide en tres sistemas:

2.1. **Colación tomando menos, por vía de imputación:** Cuando el monto de los valores de la donación se encuentra dentro de la cuota hereditaria del heredero sometido a la colación; en tal caso, éste tiene la obligación de aceptar que sus coherederos le imputen o descuenten de su hijuela, aquellos valores.

2.2. **El procedimiento de la deducción:** La igualdad se restablece por medio de la retención que el coheredero del colacionante ejecuta sobre los bienes existentes, hasta el límite del monto de la liberalidad sujeta a colación.

2.3. **Colación tomando menos dinero:** Se realiza cuando no es posible efectuarse por ninguna de las formas descritas anteriormente y sólo queda que el heredero cumpla con la colación entregando dinero.

En nuestra legislación -Código Civil de 1984- además de mantenerse la colación *ad valorem*, se incorporó el sistema de la colación *ad corpus*, con la cual se facultó al heredero colacionante para elegir el método que más le convenga. En caso que el heredero opte por la colación en dinero, la valorización del bien será de acuerdo al valor que el bien tenga al momento de la apertura de la sucesión, lo cual está en concordancia con lo establecido en el artículo 1629 del Código Civil. También está permitida la colación por vía de imputación, en la que se atribuye al beneficiario el bien que recibió, como parte de su cuota.

En el artículo 777 del Código Civil de 1936 se establecía que la colación debía ser realizada por el valor que los bienes tuvieron al tiempo que los recibió el heredero, lo cual guardaba concordancia con lo prescrito en el artículo 1469 del mismo cuerpo legal, el que disponía que el exceso de las donaciones efectuadas por el causante se regularía por el valor de los bienes que tuvo el donante al tiempo de la donación. Ambas normas beneficiaban directamente al heredero colacionante, pues le permitían -llegado el momento de colacionar- entregar a la masa hereditaria el valor del bien al tiempo de la donación y que realmente no se ajustaba al mayor valor adquirido por el transcurso del tiempo, lo cual era contraproducente porque no igualaba a los herederos, como se pretendía con la colación, sino que más bien se desequilibraban las cuotas hereditarias entre herederos con iguales derechos. Sobre este tema, el Doctor José León Barandiarán decía:

«Más acertada es la solución de que se tome en cuenta el patrimonio tal cual es su importe en el momento de la muerte del *de cujus*, considerando los aumentos, el enriquecimiento que se haya producido, pues es en ese momento que se determina quiénes son los herederos y cuáles deben ser sus proporciones legítimas»[11].

En la legislación argentina, por Ley 17.711 ha sido resuelto este importante problema de la valorización, agregando al artículo 3477 del Código Civil, dos párrafos que disponen que los valores entregados en vida por el difunto deben computarse al tiempo de la apertura de la sucesión, sea que existan o no en poder del heredero. Tratándose de

[11] LEON BARANDIARAN, José. Contratos en el Derecho Civil Peruano. Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1965. t. I, p. 241.

créditos y sumas de dinero, los jueces pueden determinar un equitativo reajuste según las circunstancias del caso. Estos criterios están igualmente establecidos en nuestro Código Civil[12].

SITUACION DE LOS LEGATARIOS

Estos son simples acreedores de la herencia y, por ende, no pueden beneficiarse con la colación, que tiene como fundamento reconstituir la masa hereditaria que será materia de sucesión entre los herederos forzosos.

El legatario tiene derecho a un bien o una parte de la cuota de libre disposición, pero por falta del derecho a la colación puede verse perjudicado por los herederos beneficiados con el anticipo de herencia sin dispensa de colación, quienes a la muerte del causante no soliciten la colación. En este caso, el artículo 843 del Código Civil señala que la colación no aprovecha a los legatarios, ni a los acreedores de la sucesión. ¿El legatario tendrá algún derecho para no verse perjudicado con las actitudes de los herederos forzosos?

Supongamos que el causante que tiene dos hijos, otorga a cada uno de ellos diversos bienes como anticipos hereditarios, los que no son dispensados de colación; con posterioridad el causante fallece dejando testamento, en el cual dispone que la cuota de libre disposición -es decir, la tercera parte de su herencia- la deja íntegramente como legado en favor de su amigo X. Abierta la sucesión, los dos hijos antes citados, únicos herederos forzosos del causante, no solicitan la colación y se establece que el causante sólo dejó como herencia 20 millones de soles.

¿Los derechos de los legatarios sólo girarán en torno a la tercera parte de los 20 millones de soles que dejó como herencia el causante o existe alguna acción que puedan interponer para obligar a los herederos a colacionar y en cuyo caso su legado aumentaría? Creemos que no pueden en ningún caso, ni por sí, ni por la vía de la acción subrogatoria exigir la colación de los herederos.

El título de legatario nace recién con la muerte del causante y sobre la base del patrimonio que queda en ese momento. De manera que el legatario no puede pretender que al patrimonio hereditario se le agreguen las donaciones, pues los valores colacionables no forman parte del contenido de la herencia.

Como apunta Pérez Lasala[13], repitiendo a Ripert y Boulanger, no sólo no pueden los legatarios pedir la colación, sino que ni siquiera tienen derecho a aprovecharse de ella, cuando ha sido efectuada a pedido de los herederos. Los legados, pues, no pueden ser cumplidos sino con el monto de los bienes del causante existentes al momento de su muerte.

SITUACION DE LOS ACREEDORES

El artículo 843 del Código Civil también excluye a los acreedores del beneficio de la colación. No obstante, consideramos que su situación para accionar por vía oblicua la colación se encuentra legitimada, cuando al heredero a quien la colación es debida ha aceptado la sucesión pura y simplemente. Los acreedores del causante se convierten en acreedores de los herederos, de conformidad con los artículos 660 y 661 del Código Civil. Es como acreedores del heredero que pueden ejercer en nombre de éste, la acción de colación. Reclaman la colación no por derecho propio, sino por vía oblicua o subrogatoria. Su interés radica en el incremento de la hijuela de su deudor, como consecuencia de la colación. El amparo legal de tal conclusión se encontraría en lo dispuesto en el artículo 1219 del Código Civil.

NATURALEZA JURIDICA DEL ANTICIPO DE HERENCIA

El artículo 831 del Código Civil, al referir a la colación, señala que las donaciones u otras liberalidades que el causante en vida otorga a sus herederos forzosos son anticipo de herencia. El anticipo de herencia no constituye una figura propia e independiente de otras figuras jurídicas. Carece de autonomía. Cuando el legislador se refirió a ella sólo lo hizo con el objeto de significar que ésta configuraba únicamente una suerte de adelanto de lo que al heredero le iba a corresponder como parte de su hijuela o acervo hereditario.

De tal manera que el anticipo de herencia, por ser un acto jurídico entre vivos (donación u otra liberalidad) no constituye jurídicamente una herencia, por lo que no existe fundamento para que se encuentre exonerada del pago de impuestos, co-

[12] Artículos 833 y 855 del Código Civil.

[13] PEREZ LASALA. Op. cit. Loc cit.

mo lo establecía el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 303, publicado en el diario oficial «El Peruano» el 9 de agosto de 1984.

BIENES COLACIONABLES Y BIENES NO COLACIONABLES

En último término, conviene precisar cuáles bienes -de acuerdo con la ley peruana- son colacionables y cuáles no.

1. **Bienes colacionables**[14]

a) Todos los bienes que sin dispensa de colación ha recibido el heredero forzoso por concepto distinto de la herencia, tanto por donación, como por cualquier otra liberalidad por parte del causante.

b) La parte inoficiosa de las donaciones concedidas a los herederos legitimarios con dispensa de colación, como a terceros.

c) Los intereses legales y los frutos que se produzcan con el dinero y demás bienes colacionables a partir de la muerte del causante y que aumentaran desde ese momento la masa hereditaria.

d) El perdón de una deuda o el pago de un crédito extinguido o la donación por medio de tercera persona, hecho que se realizó para favorecer a un heredero forzoso.

e) Todos aquellos bienes que por razón de su monto u otras circunstancias exceden a lo establecido como bienes colacionables.

2. **Bienes no colacionables**[15]

a) Los recibidos por el heredero al que se le ha dispensado de colación.

b) Las mejoras introducidas en el bien materia de colación, las cuales deberán ser deducidas en favor del heredero colacionante.

c) Los bienes que por causas no imputables al heredero colacionante,hubieran perecido antes de la apertura de la sucesión.

d) Los gastos efectuados por el causante en favor del heredero, con el objeto de proporcionarle alimentos, alguna profesión u oficio, siempre que éstos se encuentren en relación con la condición de quien los hace y la costumbre.

e) El importe del seguro de vida contratado en favor del heredero o las primas pagadas al asegurador, si están de acuerdo a la condición de quien los hace y la costumbre.

f) Las utilidades obtenidas por el heredero como consecuencia de los contratos celebrados con el causante, siempre que éstos al tiempo de su celebración no afecten el derecho de los demás herederos.

[14] Artículos 840, 841 y 842 del Código Civil.

[15] Artículos 836 a 839 del Código Civil.

ABRAHAM VELARDE ALVAREZ

Notario de Lima

Av. Arequipa N° 4036, Miraflores
Telfs. 45-9762 40-1043 22-6853 70-3681
Fax 41-5851

EL DERECHO DE PROPIEDAD EN LA CONSTITUCION *

Jorge Avendaño V.
Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Miembro del Comité Consultivo de
THĒMIS - Revista de Derecho

El análisis de las disposiciones contenidas en la Constitución de 1993 puede resultar interesante para los estudiosos del Derecho, sobre todo por las discrepancias que han mostrado diversos sectores respecto de algunas normas del nuevo texto constitucional.
El análisis que realiza el autor parte de considerar el propio concepto de propiedad admitido mayoritariamente en la actualidad: éste no es, como antaño, un derecho absoluto, que debe ser protegido de los embates del Estado y debe permanecer al margen aun de aquellas acciones motivadas por el interés social. Más bien, hoy se admite mayoritariamente que no existe propiedad absoluta y que, en todo caso, este derecho encuentra sus limitación justamente allí donde comienza el interés de la sociedad.
Nuestra nueva Constitución, sin embargo, ha pasado por alto la mención del interés social como límite válido del dominio de los particulares, por lo que parece necesario analizar cuáles son los alcances de las nuevas normas constitucionales y cuál es el efecto que la modificación de la constitución de 1979, en este nivel, ha generado. El artículo aborda el tratamiento de este y otros temas, vinculados con la propiedad en la Constitución, tales como el régimen de los bienes de uso y de dominio público, y el tratamiento de la expropiación.

El reciente proceso de elaboración de una nueva Constitución sugirió el contenido de este trabajo. A pesar de que el tema de la propiedad no estuvo, ni mucho menos, en el centro del debate, me pareció oportuno revisar antecedentes y reflexionar brevemente sobre el concepto del derecho de propiedad en el Perú.

La propiedad ha sido tradicionalmente un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo. Lo primero significa que confiere al titular todas las facultades posibles, esto es, las de usar, disfrutar y disponer del bien objeto del derecho. Lo segundo quiere decir que, precisamente por ser absoluto o total, el derecho de propiedad no deja lugar o espacio para otro titular. El derecho del propietario excluye así todo otro derecho incompatible con él. Es un derecho perpetuo, finalmente, porque no se extingue por el solo no uso, lo cual hace que la prescripción extintiva no afecte a la propiedad y que la acción reivindicatoria sea imprescriptible.

Dos de estos caracteres (que en ocasiones llegan a confundirse) están en cuestión desde hace varias décadas. En primer término, la perpetuidad. No es posible, se sostiene, que los bienes permanezcan improductivos. A la sociedad le interesa que ellos generen riqueza. El Derecho ampara al poseedor diligente y lo prefiere al propietario negligente, acogiendo así la prescripción adquisitiva. De la misma manera debe sancionar al propietario que no usa o explota, con prescindencia de que otro lo haga. El abandono debe estar sancionado, dispo-

* El presente artículo está basado en el trabajo que leyó el doctor Avendaño en el acto de su incorporación a la Academia Peruana de Derecho.

niéndose que el propietario que no posee por un cierto número de años, pierde su derecho. Se cita a este respecto dos normas del Derecho peruano: el abandono de los predios rústicos, que con arreglo a la legislación vigente se produce a los dos años, y el abandono de los predios en general que conforme al Código Civil ocurre a los 20 años. En ambos casos, el predio pasa al dominio público.

Más aún se cuestiona el carácter de derecho absoluto. La propiedad tiene limitaciones, impuestas por diversas razones. Las limitaciones a la propiedad son hoy tan importantes como crecientes en extensión y número, y ello en razón directa de la estimación del interés público y del concepto social del dominio.

Hay restricciones a la propiedad establecidas en interés público y otras en interés privado. El beneficiario de las restricciones es distinto en uno y otro caso. En las que responden al interés privado, el beneficiario y el obligado por la limitación pueden siempre «determinarse» -es el caso, por ejemplo, de los vecinos-, mientras que en las restricciones por interés público los interesados son «indeterminados».

Puede distinguirse entre las meras «restricciones», en interés público y las «limitaciones» establecidas en interés público. Estas últimas son el género, mientras que las restricciones son una especie.

Debe hablarse entonces de un derecho de propiedad «reglamentado», en contraposición a un derecho «absoluto». El reglamentar la propiedad es objeto de la ley administrativa si las restricciones se imponen por interés público. La potestad de reglamentar se funda en la necesidad de realizar funciones sociales de orden económico y cultural, de bienestar general en suma. El poder administrador, según señalan acertadamente Bielsa y Mayer [1], se limita a hacer efectiva la restricción que potencialmente (en forma negativa) está ya en el derecho de propiedad. La administración no tiene un derecho subjetivo en cuya virtud limita o restringe la propiedad, sino que es el derecho de propiedad el que ya admite de antemano la restricción; y por eso la obligación del propietario consiste en admitir tal limitación.

El interés público limita la propiedad en el sentido de que cuando resultan en conflicto los intereses de los particulares con el interés de la colectividad, el interés privado del propietario debe ceder ante el interés público. Valencia Zea [2] resume así las limitaciones de esta clase:

I.- Los reglamentos relativos a la construcción de edificios.
II.- Los reglamentos expedidos por razones de tranquilidad pública. Por ejemplo, prohibición del establecimiento de fábricas en zonas de vivienda.
III.- Los reglamentos que prohiben industrias peligrosas y que regulan las condiciones mínimas de salubridad.
IV.- Otras restricciones modernas, como por ejemplo:
- la conservación de los monumentos históricos;
- la regulación de los procesos de zonificación, urbanización, uso de la tierra y fraccionamiento de predios;
- la conservación de bosques, ríos y otros bienes por razones ecológicas;
- las obras de defensa nacional, como por ejemplo no construir a determinada distancia de los cuarteles;
- la ocupación de predios para servicios públicos, como por ejemplo: energía eléctrica, teléfonos, agua y desagüe, etc.;
- en materia mobiliaria, la prohibición de la especulación y el acaparamiento, así como el abuso del poder económico en general.
V.- Finalmente, la expropiación por razones de utilidad pública o interés social, que constituye la limitación más importante de la propiedad.

El tratamiento constitucional de la propiedad ha sido generalmente protagónico. Cada sistema constitucional ha tomado siempre una postura sobre la propiedad, ya sea para afirmarla y garantizarla o para suprimirla, lo cual evidencia que ella es una institución que afecta los fundamentos del orden social.

La Constitución peruana de 1933 dijo expresamente que la propiedad debía usarse en armonía con el interés social, fórmula repetida casi textualmente por la Carta de 1979. La norma mereció críticas porque ella se refería tan sólo al uso, siendo así que los atributos del propietario son también el disfrute y la disposición. ¿Podía interpretarse literal y restrictivamente el texto, al punto de que sólo el uso -y no el disfrute ni la disposi-

[1] BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. 6ª ed. La Ley, Buenos Aires, 1965. p. 371 ss.

[2] VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil*. 5ª ed. Temis, Bogotá, 1976. t. II (Derechos Reales). p. 207 ss.

ción- debían armonizar con el interés social? La respuesta era ciertamente negativa: todos los atributos tenían el obligatorio referente del interés social. Por esta razón el Código Civil de 1984 dijo que la propiedad, que es un poder jurídico, debe **ejercitarse** (ya no dijo usarse) en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley. De manera similar al Código Civil, la Constitución que hoy nos rige señala que el derecho de propiedad «se **ejerce** en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley».

Las primeras formulaciones doctrinarias sobre la función social se proyectaron sobre el derecho de propiedad como algo externo a él; gráficamente, puede decirse como una «camisa de fuerza» puesta al derecho subjetivo. La idea de la función social de la propiedad se expresa sustantivamente cuando interviene la administración pública y concreta la referencia al interés social en nombre del interés general, unas veces aplicado a la producción nacional en abstracto, otras a intereses económico-sociales concretos: ordenación de la producción agrícola, regulación urbana, desarrollo de la vivienda, etc. El surgimiento de disfunciones en el proceso productivo (contaminación, degradación ambiental, pérdida de identidad de valores culturales) ha determinado la aparición de una nueva faceta de la función social de la propiedad: la conservación de los valores naturales de los bienes. Como anota Bassols Coma[3], esta acción permanente de la administración en nombre de los intereses generales ha ido desplazando el centro de gravedad de la institución, de una visión centrada exclusivamente en el derecho subjetivo aislado, hacia una relación o situación jurídica vinculada socialmente. La acción administrativa, si bien no llega a absorber o desconocer las facultades jurídicas del propietario, las condiciona y disciplina en su desenvolvimiento, generando una pluralidad de estatutos o subsistemas en los que el derecho de propiedad pierde definitivamente su configuración unitaria tradicional. Al regularse así la relación jurídica, se tutelan no sólo los intereses generales, sino también una serie de intereses difusos o colectivos que van tomando cuerpo en el desarrollo de la sociedad y que pugnan por su expresión y reconocimiento activo. Son los llamados «contraderechos» como son el derecho a la salud, al medio ambiente, la tutela de los consumidores, etc.

Me permito volver brevemente al tema de la pérdida de la configuración unitaria tradicional del derecho de propiedad. El principio de la función social de la propiedad puede admitir en sus múltiples concreciones configuraciones muy diversas. La función social es, como lo ha destacado la doctrina italiana, la causa principal de ese pluralismo porque opera con variedad de técnicas y sobre una pluralidad de bienes. De allí que pueda hablarse de una variedad de «estatutos propietarios». Esto, a su vez, presupone una pluralidad de «contenidos esenciales». Hay que atender a la naturaleza del bien objeto del derecho para precisar el contenido esencial del derecho mismo.

La armonización en cada caso del derecho de propiedad con el interés social queda librada a la ley y los reglamentos. Sin embargo, en el caso peruano la propia Constitución (me refiero a la actual) no ha perdido la oportunidad de hacerlo. Así, el Estado protege los yacimientos y restos arqueológicos, las construcciones, monumentos, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico (artículo 21) y el Estado determina la política nacional del ambiente, promoviendo el uso sostenido de sus recursos naturales (artículo 67).

Como resulta obvio, para alcanzar estos objetivos en relación a la protección de los restos arqueológicos y la preservación de los recursos naturales y la defensa del ambiente, es indispensable que el derecho de propiedad privada se ejercite en armonía con el interés social.

Modernas Constituciones, como la española de 1978, hacen mención expresa a la función social de la propiedad, que debe ser tenida en cuenta por la ley que delimite su contenido. Igual es el caso de la Constitución chilena de 1981 que dice que la propiedad tiene las limitaciones que derivan de su función social. Constituciones muy recientes, como la colombiana de 1991 y la paraguaya de 1992, también se ocupan del tema. La primera declara que la propiedad es una función social que implica obligaciones y que cuando mediare un conflicto, el interés privado debe ceder al interés público o social. La última garantiza la propiedad privada, cuyo contenido y límites son establecidos por la ley atendiendo a su función económica y social.

¿Por qué debe incluirse una provisión de rango constitucional que asegure el ejercicio de la propiedad conforme al interés social? ¿Por qué no dejar la materia librada a la ley, que en cada caso po-

[3] BASSOLS COMA, Martín. *Constitución y sistema económico*. Tecnos, Madrid, 1985. p. 120.

drá tener en cuenta ese referente? La respuesta está en la noción misma de Constitución. Esta es, en primer lugar, el orden jurídico fundamental, que fija los principios rectores con arreglo a los cuales se debe formar la unidad política y se deben asumir las tareas del Estado. Ella determina los principios del orden jurídico en su conjunto. Pero ella no se limita a la ordenación de la vida estatal. Sus normas abarcan también la ordenación básica de la vida no estatal (en particular, garantías tales como las del matrimonio y la familia, la propiedad, la salud, la educación, la libertad, el arte y la cultura)[4].

La Constitución es la expresión de los valores de un orden jurídico y social, es la estructura esencial de ese orden y es, por último, un orden fundamental porque es la base misma, el punto de apoyo del resto del ordenamiento jurídico.

La máxima expresión de las limitaciones del derecho de propiedad está dada por la expropiación forzosa. Esta figura jurídica importa al acabamiento del derecho de propiedad privada, al adquirir el Estado, de modo obligatorio, bienes pertenecientes a los particulares, que son necesarios para la realización de los fines del Estado.

El fundamento jurídico de esta institución es el mismo que sirve al Estado para limitar los derechos individuales, esto es, la realización de sus funciones, ya sean las esenciales o las facultativas. El Estado tiene como fin esencial el orden jurídico, es decir, crear el derecho y asegurar su imperio. Pero además procura el bienestar y el progreso social. La facultad de expropiar está justificada por la realización de los fines jurídicos y sociales del Estado. Ya no es concebible recurrir al concepto del dominio eminente del Estado para justificar la expropiación. El concepto mismo de la propiedad ha variado por el progreso indudable de la doctrina que considera al derecho en función de su valor social. De allí la célebre sentencia de Ihering: «la expropiación es la solución que concilia los intereses de la sociedad con los del propietario»[5].

El tema clásico de la justificación de la facultad de expropiar se vincula estrechamente con el concepto jurídico de **potestad**, que ha desarrollado el derecho administrativo. La potestad, a diferencia del derecho subjetivo, no emerge de una relación jurídica concreta. La potestad es un poder abstracto y genérico, que no nace de vinculaciones negociables. El efecto de la potestad es la modificación de situaciones jurídicas existentes (potestades innovativas) o el mantenimiento, realización o tutela de situaciones jurídicas preexistentes, sin modificarlas o innovarlas. La potestad no encuentra al frente obligados singulares, prestaciones o actuaciones debidas, sino más bien «sujeciones». La facultad de expropiar cuadra perfectamente con la noción de potestad. Es una potestad innovativa cuyos efectos se dirigen a extinguir, o desde otra perspectiva a convertir, situaciones jurídicas patrimoniales de las personas sujetas a ella[6].

La causa que legítima el ejercicio de la facultad expropiatoria está siempre determinada en la ley. Hacerlo en la Constitución es consecuencia de la necesidad de darle el más alto rango, precisamente para configurar a ese nivel las características de la propiedad y garantizar con la mayor plenitud el derecho del expropiado.

Desde hace muchas décadas la facultad expropiatoria estuvo fundada exclusivamente en una razón de «utilidad pública». Esto se justificaba por la indisoluble vinculación de la expropiación con la obra pública y su efecto era que la expropiación quedaba limitada a los inmuebles, precisamente aquellos indispensables para la ejecución de las obras públicas. Este límite estricto se ha desbordado últimamente y por esto se ha ampliado el concepto. Han aparecido las expropiaciones de muebles, se admiten crecientemente las expropiaciones con beneficiarios privados, sin que éstos sean necesariamente concesionarios de obras públicas y, sobre todo, se ha transformado profundamente la expropiación fuera del ámbito estricto de la obra pública hacia operaciones de transformación social (reformas en el agro, protección del ambiente, cambios en la estructura de la tierra urbana, desarrollo de proyectos masivos de vivienda, etc.), todo lo cual ha dado lugar a que la causa justificatoria de la expropiación no sea sólo la utilidad pública sino también el interés social.

Entre nosotros la Constitución de 1933 estableció que a nadie podía privarse de su propiedad sino por causa de utilidad pública probada legalmente. La Ley de Expropiación N° 9125, expedida al am-

[4] Puede verse HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

[5] VON IHERING. *El fin en el Derecho*. Omeba, Buenos Aires, 1960.

[6] GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*. Civitas, Madrid, 1984. p. 44

paro de la Constitución mencionada y fuertemente influenciada por la expropiación vinculada necesariamente a una obra pública, dijo que al decretarse la expropiación forzosa debía expresarse los motivos que justificaran la necesidad y utilidad pública **de la obra**.

La Constitución de 1933 fue modificada en este punto por la Ley 15242 de noviembre de 1964, la cual agregó el interés social a la utilidad pública como causal de expropiación. La regla fue recogida en la Constitución de 1979 y por el Decreto Legislativo 313, que es la actual Ley General de Expropiación. La Constitución que hoy nos rige ha excluido el interés social como una de las causales de expropiación, señalando como seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley.

Interés social es cualquier forma de interés prevaleciente al individual del propietario. El adjetivo «social» como complementario del antiguo de «público» es expresivo de la evolución de la institución expropiatoria: es la sociedad directamente quien se beneficia y a la cual revierte la actividad expropiatoria, mientras que en el sistema de la «utilidad pública» el papel era ocupado por un ente público, sin que mediara la intención de conformar el orden social.

El concepto de utilidad pública alude a beneficio, a ventaja en favor del sector público y, mediatamente, en favor de toda la comunidad. Entre la expropiación y los beneficiarios finales, se ubica la obra pública. Es el caso de la expropiaciones hechas para la construcción de carreteras o puentes. El beneficio es cuantificable: hay una **utilidad** en la realización de la obra pública, que ha de beneficiar a todos, sin distinción. El concepto de interés social, por otra parte, descarta la utilidad y se refiere a la satisfacción de necesidades. Los beneficiarios integran un grupo social, que es diferente que «el público». La obra pública puede no existir, lo que media es una transformación de carácter social. Es el caso de las expropiaciones para el ensanche y acondicionamiento de poblaciones o aquéllas que se fundan en la ejecución de programas educativos, de vivienda o de defensa del patrimonio histórico o cultural.

Las muy recientes Constituciones de Colombia y Paraguay, antes mencionadas, señalan que la expropiación puede basarse en causa de utilidad pública o de interés social determinada en cada caso. Es conveniente indicar que ambas Constituciones, en especial la paraguaya, adhieren a un régimen de economía de libre mercado.

Concluiré con unas breves referencias a los llamados bienes públicos. Obviamente se trata de bienes pertenecientes al Estado, por lo que estamos ante lo que se conoce como el dominio público.

La noción de dominio público no es unívoca. Hay, en primer lugar, el dominio soberano del Estado, que recae sobre bienes esenciales e incondicionalmente dominiales. Entre éstos hay que señalar, en primer término, el territorio y el mar territorial, y en una segunda instancia las playas, costas, puertos; los ríos, lagos y las obras destinadas a la defensa militar. Tratándose de estos bienes, su carácter de cosas públicas y su pertenencia al Estado son dos características inseparablemente unidas.

Hay también los bienes del dominio público propiamente dicho, cuya dominialidad no es genérica. Ella está subordinada a la pertenencia al Estado de cada uno en concreto de los bienes de la especie: son las carreteras, vías férreas, aeropuertos, locales de la administración pública, acueductos, inmuebles de valor histórico, las colecciones de los museos, bibliotecas y todos aquéllos sometidos por ley al régimen propio del dominio.

Dentro de estos bienes de dominio público debe incluirse los que se destinan al uso de todos. Son los llamados bienes de uso público, que en rigor constituyen una subespecie del dominio público.

Se discute en doctrina la naturaleza del dominio del Estado sobre los bienes de dominio público. Una corriente, de corte antiguo, la vinculaba con el derecho de soberanía. Otra afirma que se trata de un verdadero derecho de propiedad, con especiales limitaciones de carácter público en cuanto al goce y la disposición. Por último, la teoría moderna considera que el Estado tiene sobre estos bienes un verdadero derecho real de propiedad pública, regulado por normas de derecho público[7].

En cuanto a su régimen jurídico, los bienes de dominio público son inalienables - término éste que se expresa como **indisponibilidad**-: no son esos bienes susceptibles de transmisión, prescripción, expropiación, constitución de derechos reales de goce o garantía o constitución de derechos de contenido obligacional. Con relación a esto último, la doctrina admite ampliamente la constitución de derechos en favor de terceros mediante

[7] Puede verse ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Bosch, Barcelona, 1970. t. II.

concesiones administrativas, siempre que tales concesiones sean compatibles con el ejercicio de la función a la cual está destinado el bien.

Las Constituciones de 1933 y 1979 aludieron únicamente a los bienes de uso público, omitiendo pronunciarse sobre los bienes de dominio público en general. Respecto de éstos, ambas Constituciones debieron decir que ellos son inalienables e imprescriptibles, regla ésta que debe tener rango constitucional porque es aspecto fundamental que la ley en ningún caso puede modificar.

Por otra parte, la referencia a que las cosas públicas no pueden ser objeto de propiedad privada (como decía la Constitución de 1933) ni objeto de derechos privados (como señalaba la Constitución de 1979), es innecesaria si ya se precisó la inalienabilidad e imprescriptibilidad de todos los bienes de dominio público (artículo 73 de la Constitución actual); y es además contraria al propio artículo 73 y a la moderna doctrina que admite que los bienes de uso público pueden ser objeto de concesión a los particulares de acuerdo a la ley respectiva.

EICA CONSTULTORES S.A.

INGENIERIA DE PROYECTOS
FUNDADA EN 1969

ESTUDIOS, DISEÑO Y SUPERVISION DE
OBRAS, GERENCIA DE PROYECTOS

Av. República de Chile Nº 388
Lima 11 Perú

Telf.: 335524
Fax: (51–14) 332696

LA EJECUCION DE LA HIPOTECA

Francisco Avendaño Arana*
Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú

Con la dación del Decreto Legislativo Nº 495, se creó en el Perú la hipoteca popular, por la que se permitió el otorgamiento de una garantía real de carácter inmobiliario, aun cuando el derecho del constituyente no se encontrara inscrito en los Registros Públicos. Esta norma introdujo, asimismo, la posibilidad de que las partes pactaran la ejecución extrajudicial de la hipoteca así constituida.
En la medida en que se extendió la posibilidad de la ejecución extrajudicial a todo tipo de hipotecas, se generó un clima de confianza en los potenciales acreedores hipotecarios, para los cuales se abría la posibilidad de una ejecución más ágil, lo que el Código Civil de 1984 les negaba. Con posterioridad, algunos sectores criticaron la amplitud de la norma, indicando que el Ejecutivo se había excedido en las facultades conferidas por la Ley que lo autorizó para legislar en materia de hipoteca popular, de modo que aun hoy persiste una discusión respecto de la admisibilidad de la fórmula.
El autor analiza en el presente trabajo los inconvenientes de la ejecución extrajudicial de la hipoteca, tal como está contemplada en el Código Civil vigente, utilizando conceptos tomados del Análisis Económico del Derecho. Su conclusión es clara: el sistema es altamente ineficiente y debe modificarse.

INTRODUCCION

Las garantías juegan un papel fundamental en el crédito, al hacer que disminuyan los riesgos de eventuales pérdidas por incumplimiento de los deudores. Su eficacia radica principalmente en la rapidez de la ejecución, lo que permite al acreedor la pronta recuperación de su crédito.

En materia prendaria el Código Civil permite que el acreedor y el deudor pacten la venta del bien prendado. En materia hipotecaria, en cambio, el pacto está prohibido; la venta del bien debe hacerse necesariamente a través de un proceso judicial.

El presente artículo tiene por objeto analizar los efectos de la venta judicial del bien hipotecado y proponer una modificación del Código Civil coherente con dicho análisis.

LA EJECUCION EN LA LEGISLACION PERUANA

El artículo 2078 del Código Civil de 1852 decía que el acreedor tenía derecho para hacer que se vendan en subasta los bienes hipotecados y se le pague con el precio.

El Código Civil de 1936 no se refirió a la venta del bien hipotecado. Sin embargo, la opinión imperante fue que el bien debía venderse necesariamente a través de un proceso judicial. Romero Romaña, por ejemplo, sostuvo que «la venta judi-

* Colaboró en la elaboración de este artículo Antonio Guarniz Izquierdo, alumno del 5º ciclo de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

cial debe hacerse de acuerdo con los trámites que señala el Código de Procedimientos Civiles [...]» [1]. El proceso judicial era, por lo general, el juicio ejecutivo. Se interponía la demanda, se trababa embargo y una vez terminado el proceso con sentencia que mandaba pagar, se remataba el bien. En la práctica, dicho juicio era sumamente complicado y duraba muchos años, lo cual ocasionó que la hipoteca se devaluara como garantía.

Durante la vigencia del Código Civil de 1936 se expidió el Decreto Legislativo N° 215, creándose un procedimiento de ejecución de garantías reales al cual debían sujetarse la Banca Estatal de Fomento, las empresas de Derecho Público del Sector Economía, Finanzas y Comercio y las empresas estatales cuyas leyes orgánicas o de creación les concedían facultades especiales para la ejecución de las garantías reales otorgadas a su favor. El procedimiento de ejecución era breve y básicamente consistía en lo siguiente: producido el incumplimiento, el acreedor solicitaba al juez la venta en remate público del bien dado en garantía. El juzgado notificaba al deudor, quien disponía de cinco días para acreditar que había pagado. Caso contrario, el juzgado ordenaba el remate. Contra esta resolución procedía recurso de apelación, siempre que se acompañara con prueba instrumental que acreditara el pago de la deuda. Contra lo resuelto en segunda instancia no procedía recurso de nulidad.

El Código Civil de 1984 se refiere a la venta del bien hipotecado en el artículo 1097. Allí se dice que la hipoteca otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado. Al igual que con el Código Civil de 1936, la opinión prevaleciente es que la venta del bien supone necesariamente un previo proceso judicial. Avendaño, por ejemplo, señala que «[...] la mención que hace el artículo 1097 del Código Civil, al derecho del acreedor a vender judicialmente el bien hipotecado, es tan sólo una declaración de sus facultades respecto del bien hipotecado, en el mismo rango o nivel que los derechos de persecución y preferencia. No es una modificación de las normas procesales relativas a la ejecución de la garantía y no refleja, ni remotamente, la intención del legislador en ese sentido» [2]. Bigio, por su lado, dice que «[...] es preciso destacar que la venta sólo es procedente cuando media proceso judicial y no puede ser efectuada sin que se haya debatido y reconocido debidamente el derecho del acreedor respecto de la obligación principal. Por consiguiente, en este precepto (se refiere al artículo 1097 del Código Civil) no se reconoce el derecho del acreedor a la venta extrajudicial del bien hipotecado, ni a la venta judicial sin que se discuta previamente si la obligación es exigible, si es nula, o si se encuentra extinguida o si está prescrita» [3].

A pesar de la promulgación del Código Civil de 1984, la corriente de opinión continuó siendo que la hipoteca en general, y no sólo la hipoteca otorgada a favor de empresas estatales, debía gozar de un proceso de ejecución expeditivo. La hipoteca sería realmente eficaz si el acreedor contara con un proceso que le permitiera vender rápidamente el bien y recuperar su crédito. Esta corriente de opinión fue canalizada por los estudios realizados por el Instituto Libertad y Democracia que se plasmaron en el Decreto Legislativo N° 495.

El Decreto Legislativo N° 495 creó la hipoteca popular y reguló la ejecución extrajudicial y judicial de la hipoteca prevista en el Código Civil y de la hipoteca popular. La ejecución extrajudicial consiste en términos generales en lo siguiente: al constituirse la hipoteca, el deudor, con asentimiento del acreedor, puede otorgar poder especial e irrevocable a un mandatario, que no puede ser el acreedor hipotecario, para que venda el bien en caso de incumplimiento. Producido el incumplimiento, el acreedor dirige una carta notarial al deudor y al mandatario dejando constancia del incumplimiento y este último procede a la venta directa del bien. La venta no puede realizarse en precio menor a las dos terceras partes del valor del bien establecido en el contrato de hipoteca, actualizado a la fecha de la venta, según los índices del Instituto Nacional de Estadística.

La ejecución judicial, por su lado, procedía a falta de pacto de venta extrajudicial, o si, en caso de pacto, hubieran transcurrido 30 días desde que el

[1] ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. *Derecho Civil.* Los Derechos Reales. 2ª ed. t. II, p. 462.

[2] AVENDAÑO V., Jorge. "Ejecución de las Garantías Reales". En: *Derecho Civil.* Ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 16 al 18 de noviembre de 1989, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Departamento de Impresiones de la Universidad de Lima, Lima, 1992, p. 386.

[3] BIGIO, Jack. *Exposición de Motivos Oficiales del Código Civil. Hipoteca* . Separata especial publicada en el Diario Oficial El Peruano. Lima, 9 de noviembre de 1990. p. 7.

acreedor envió la carta notarial dejando constancia del incumplimiento y no se hubiera vendido el bien hipotecado. En cuanto al trámite judicial, era similar al procedimiento de ejecución regulado por el Decreto Legislativo N° 215.

El Decreto Legislativo N° 495 fue expedido por el Poder Ejecutivo al amparo de las facultades delegadas por el Congreso de la República mediante la Ley N° 24913. Esta ley facultó al Poder Ejecutivo para que legislara, entre otras materias, sobre posesión y propiedad de inmuebles ubicados en pueblos jóvenes, sobre la hipoteca popular y sobre el acceso al crédito de los informales, con el respaldo de garantías reales. El Decreto Legislativo N° 495, al regular el procedimiento de ejecución (extrajudicial y judicial) de la hipoteca prevista en el Código Civil, se excedió de las facultades otorgadas por la Ley N° 24913, ya que el Congreso no otorgó facultades al Poder Ejecutivo para que legislara sobre la hipoteca de inmuebles ubicados fuera de pueblos jóvenes. Por esta razón el Decreto Legislativo N° 495 ha sido tachado de inconstitucional. Murillo sostiene, sin embargo, que el citado Decreto Legislativo no viola la Constitución[4].

El Código Procesal Civil, finalmente, derogó el Decreto Legislativo N° 215, así como todos los procedimientos preferentes o especiales para la ejecución judicial de garantías. El Código Procesal Civil ha tenido la virtud de unificar en un solo proceso la ejecución de todas las garantías reales y de simplificar el trámite, el cual en lo esencial es similar al procedimiento judicial contemplado en los Decretos Legislativos N° 215 y 495.

EFECTOS DE LA VENTA JUDICIAL

¿Por qué siempre se ha exigido la participación del Poder Judicial en la venta de los bienes hipotecados? Varias razones podrían darse: en primer lugar, el deudor, apremiado por la necesidad de obtener un crédito, podría celebrar pactos contrarios a sus intereses. En segundo lugar, a través de un proceso judicial se aseguraría el derecho de defensa del deudor y que el bien fuera vendido en los mejores términos y condiciones. Esta es quizá la razón más importante. Finalmente, en caso de ejecución, el juez sería el único que podría otorgar el título de venta al tercer adquirente, en rebeldía del deudor.

Nunca se ha analizado, sin embargo, cuáles son los efectos de la venta judicial del bien hipotecado. Para efectuar dicho análisis nos guiaremos por el criterio de eficiencia, para lo cual utilizaremos dos conceptos del Análisis Económico del Derecho[5]: las titularidades y el Teorema de Coase.

Para Calabresi y Melamed[6] la titularidad es la decisión del ordenamiento jurídico por la cual se favorece a una de dos o más partes en conflicto. Diariamente se presentan conflictos de intereses entre dos o más personas: los que quieren hacer ruido y los amantes del silencio, los que contaminan y los que desean aire puro, los que quieren instalar fábricas en zonas residenciales y los que no lo desean. El Derecho interviene y decide cuál de las partes será favorecida. Así, prohibe que en zonas residenciales se instalen fábricas, asignando una titularidad a favor de los que no desean que se instalen fábricas; o prohibe la contaminación, determinando una titularidad a los que desean aire puro.

No es suficiente la sola asignación de las titularidades. La ley también debe establecer las reglas para protegerlas. Calabresi y Melamed hablan de tres tipos de reglas: reglas de propiedad, de responsabilidad y de inalienabilidad. Cuando la titularidad es protegida por una regla de propiedad, el Derecho la asigna inicialmente, pero luego ella puede ser removida por un precio voluntariamente establecido por las partes. De esta forma, si el derecho a no abrir fábricas en zonas residenciales fuera protegido con una regla de propiedad, tal derecho podría ser libremente negociado por las partes.

Cuando la titularidad es protegida por una regla de responsabilidad, su violación otorga a su titular el derecho a percibir una indemnización. La valuación del daño no es establecido por las partes, sino por el Estado. Si el derecho al silencio fuera protegido por una regla de responsabilidad, aquellos que hicieran ruido tendrían que indemnizar a los que gustan del silencio.

[4] MURILLO, María de los Angeles. "Ejecución Extrajudicial de la Hipoteca". En: *Advocatus*, Año 1, Segunda entrega. Lima, 1990, p. 81.

[5] La corriente del Análisis Económico del Derecho aplica el método del razonamiento económico al Derecho. Sobre el tema puede verse TORRES LOPEZ, Juan. *Análisis Económico del Derecho*. Tecnos, Madrid, 1987.

[6] CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas. "Reglas de la Propiedad, Reglas de la Responsabilidad e Inalienabilidad: Un vistazo a la Catedral". En: THĒMIS - Revista de Derecho. Segunda Epoca, 1992, n° 21. Lima, 1992. p. 63 ss.

Finalmente, si la titularidad es protegida por una regla de inalienabilidad, su transferencia no es posible. La ley prohibe que se instalen fábricas en zonas residenciales. El derecho a no abrir fábricas no podría ser cedido por acuerdo de partes.

¿Cuándo se debe proteger una titularidad con una regla de propiedad, de responsabilidad o de inalienabilidad? Para Calabresi y Melamed debe seguirse principalmente el criterio de eficiencia económica. «El concepto de eficiencia tiene un significado muy preciso en Economía. Una situación es eficiente u óptima cuando no es posible encontrar otra situación en que alguien pueda ver mejorada su posición, sin que para ello al menos otra persona vea empeorada la suya. Dado lo restrictivo de este concepto de eficiencia, también llamado criterio de eficiencia de Pareto, se ha propuesto un concepto más amplio y flexible que la entiende como toda situación en que lo que puede mejorar alguien es más que lo que han de empeorar otras personas para ello, o de otra manera, cuando sería posible «comprar» la aquiescencia de los perdedores con lo que obtienen los ganadores» [7].

Ahora bien, según el Teorema de Coase [8], cuando los costos de transacción [9] son razonablemente bajos, no importa la solución que el Derecho adopte, pues las partes llegarán al resultado más eficiente mediante la negociación. El Derecho puede asignar la titularidad a cualquiera de las partes, pero éstas, mediante acuerdos, se reasignarán la titularidad de la manera más eficiente.

La solución de eficiencia que propone el Teorema de Coase por medio de la autonomía privada sólo es posible cuando la regla de protección de una titularidad permite su remoción y reasignación; es decir, cuando la titularidad está protegida por una regla de propiedad o de responsabilidad. Si lo que se adopta es una regla de inalienabilidad, la eficiencia -o ineficiencia- ya no dependerá del acuerdo de las partes, sino de lo «acertada» que haya sido la norma.

Volvamos a la hipoteca. ¿Existe realmente un conflicto de intereses entre el acreedor y el deudor hipotecario? Ante el incumplimiento del deudor, el inmueble será irremediablemente vendido. Los intereses de las partes son en principio compatibles: el acreedor quiere que el bien sea vendido rápidamente y a un buen precio, a fin de hacerse cobro de su acreencia; el deudor también desea que el bien sea vendido a un buen precio, para cumplir con su obligación sin ver afectados otros bienes de su propiedad y obtener un remanente a su favor, de ser el caso. El legislador, sin embargo, ha asumido que existe un conflicto insalvable de intereses al punto que protege el derecho del deudor a la ejecución judicial con una regla de inalienabilidad. El legislador no sólo asume que existe un conflicto de intereses insalvable, sino que lo protege con una regla que impide la solución de eficiencia del Teorema de Coase.

Si el Derecho hubiera protegido el supuesto conflicto de intereses entre el acreedor y el deudor a ejecutar judicialmente el bien hipotecado con una regla de propiedad o de responsabilidad, no tendría relevancia la asignación de la titularidad (derecho o no a ejecutar judicialmente el bien) porque el pacto podría removerla. Serían las partes, quienes están en mejores condiciones de establecer qué es lo que más conviene a sus intereses, las que decidirían si el bien es vendido judicial o extrajudicialmente.

¿Es eficiente la regla del Código Civil peruano? Veamos qué ocurre en la realidad.

- Los costos en tiempo y dinero que ocasiona la venta judicial del bien hipotecado exceden generalmente los beneficios que otorga la hipoteca.

Rematar un inmueble puede convertirse en una verdadera odisea. El trámite es teóricamente breve; sin embargo, en la práctica dura muchos meses -sino años- y significa cuantiosos gastos que sufraga el acreedor hipotecario. La consecuencia de estos excesivos costos es el desincentivo del uso de la hipoteca como garantía.

- La demanda de inmuebles en remates judiciales es reducida, por lo que la venta se produce por debajo de su valor real.

[7] PASTOR, Santos. "Una introducción al Análisis Económico del Derecho". En: *Hacienda Pública Española*, nº 89. Madrid, 1984. p. 158.

[8] Sobre el Teorema de Coase puede verse POLINSKY, Mitchell A. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Ariel, Barcelona. pp. 23 ss.

[9] Los costos de transacción son aquellos costos "[...] de identificación general de las partes con las que uno ha de tratar, los costes que implica el reunirse con dichas partes, los costes del proceso de negociación en sí y los costes de la puesta en práctica de cualquier acuerdo al que se llegue". POLINSKY, Mitchell. *Op. cit.* p. 24.

La poca demanda se debe principalmente a dos razones. De un lado, a la falta de transparencia en los remates y a las múltiples irregularidades judiciales que se producen, que agregan un elemento de imprevisibilidad en la adquisición. De otro lado, al propio desconocimiento y falta de información del público, que genera incertidumbre en la adquisición de bienes en litigio.

Cuando los bienes se venden por debajo de su valor real, lo que ocurre finalmente es que se produce una incorrecta asignación de recursos. Tanto el acreedor como el deudor sufren perjuicios: el primero no recupera todo su crédito; el segundo corre el riesgo de ver afectados otros bienes de su propiedad y deja de percibir el remanente del valor real de la propiedad.

- Existe una ineficiente asignación de los escasos recursos del Poder Judicial.

Los juicios aumentan y se tornan excesivamente largos. Los jueces ven aumentada su carga de trabajo y terminan ocupándose de vender inmuebles en innumerables remates sin postores, en lugar de encargarse de asuntos de su especialidad.

- El crédito se reduce o se encarece.

Las penurias que significa ejecutar judicialmente un bien y la falta de certeza absoluta de recuperar el crédito garantizando con la hipoteca, ocasionan que no se utilice la hipoteca como garantía o que se reduzca el valor del gravamen. El efecto en el crédito puede ser muy grave ya que, o se reduce (al no haber garantías) o se encarece (al aumentar el costo de recuperarlo).

Debe tenerse en cuenta que actualmente cuando las instituciones financieras otorgan créditos respaldados con hipotecas, deben considerar solamente el 50% de la valorización del bien hipotecado a fin de determinar el valor de cobertura de las garantías (Circular N° B-1964-94).

MODIFICACION DEL CODIGO CIVIL

La regla adoptada por el Código Civil peruano es altamente ineficiente, por lo que debe ser modificada. Debe darse al acreedor y al deudor hipotecario la facultad de pactar la venta extrajudicial del bien (regla de propiedad). De esta forma, las partes siempre llegarán mediante la negociación al resultado más eficiente: prescindir, por ahora, del Poder Judicial. Decimos por ahora, porque en las actuales circunstancias acudir al Poder Judicial es ineficiente. Eso no significa, sin embargo, que en el futuro el proceso judicial pueda resultar lo más eficiente para las partes, por lo que ellas podrían optar por él.

Además de todo lo antes expuesto, existe una razón adicional que justifica la modificación del Código Civil: en el caso de la hipoteca popular y de la prenda con entrega jurídica, la legislación peruana permite que se pacte la venta extrajudicial.

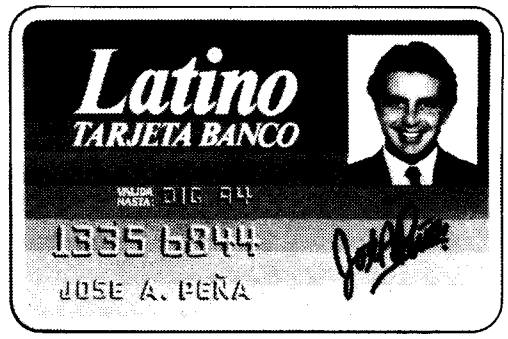
La hipoteca popular recae sobre la posesión de lotes de terreno ubicados en pueblos jóvenes y sobre la propiedad de las edificaciones construidas sobre ellos. Los requisitos de su constitución son idénticos a los de la hipoteca regulada por el Código Civil, con la única diferencia de que el constituyente de la garantía debe ser el poseedor del lote. Entonces, ¿por qué permitir la venta extrajudicial en la hipoteca popular y no en la hipoteca civil? ¿Acaso no existen las mismas razones en una y otra hipoteca para permitir el pacto?

Debe tenerse en cuenta que la ejecución extrajudicial de la hipoteca popular no fue un invento del legislador peruano. Su antecedente lo encontramos en la Ley Hipotecaria española y en su reglamento. Allí se prevén dos procedimientos de ejecución: el judicial sumario y el ejecutivo extrajudicial. En este último procedimiento, al igual que en la hipoteca popular, la venta del bien hipotecado la efectúa un mandatario.

En la prenda con entrega jurídica se afecta un bien mueble, el cual queda en poder del deudor. La entrega jurídica sólo procede respecto de bienes muebles inscritos y la garantía surte efecto desde su inscripción. En cuanto a la ejecución, el Código Civil (artículo 1069) prevé la venta extrajudicial tanto de la prenda con entrega física como de la prenda con entrega jurídica.

La diferencia principal entre la prenda con entrega jurídica y la hipoteca es que en la primera se afecta un bien mueble, mientras que en la segunda un inmueble. En lo demás son similares; en ninguna de las dos hay desposesión y en ambas el acreedor sujeta el bien a través del registro. Casi podría decirse que la prenda con entrega jurídica es una hipoteca sobre bienes muebles. En estas circunstancias, ¿por qué permitir la venta extrajudicial en el caso de la prenda con entrega jurídica y no en la hipoteca civil? Al igual que con la hipoteca popular, ¿no existen acaso las mismas razones en las dos garantías para permitir el pacto?

SONRIA



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. Unica 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 CONTROVERSIA SOBRE LAS OBLIGACIONES NATURALES*

Felipe Osterling Parodi
Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú

La regulación de la obligación natural es un tema que ha sido dejado de lado por el Código Civil de 1984, de forma tal que no existe un referente normativo preciso con el que pueda definirse cuál es su relevancia jurídica y cuáles son sus alcances.
Por tal razón, puede resultar interesante reflexionar acerca de la historia que ha tenido en el pensamiento jurídico el concepto de «obligación natural» y desarrollar una posición coherente respecto de la ubicación de este tipo de «obligaciones» en el marco general de la Teoría de la Obligación. El doctor Felipe Osterling Parodi expone sus ideas en el presente artículo, distinguiendo con claridad las propiamente llamadas obligaciones civiles y las obligaciones naturales. Su conclusión es precisa: la obligación natural no es propiamente una obligación entendida como un deber jurídico de carácter patrimonial, sino que corresponde más bien al ámbito de los deberes morales, cuya coercibilidad es muy discutible.

La obligación civil es un deber jurídico. Pero con las obligaciones civiles no se agotan los deberes jurídicos, los deberes morales o de solidaridad social, ni los deberes generales. El ámbito de los deberes jurídicos, morales y generales, es amplísimo y excede, largamente, la noción de obligación civil. Por esas razones, efectuamos la clasificación siguiente:

PRIMERO

En primer término, existen las obligaciones civiles, las mismas que requieren de contenido patrimonial. Pasemos ahora a analizar lo que, en nuestro concepto, constituye la verdadera naturaleza jurídica de la obligación civil.

La doctrina admite numerosas teorías que intentan explicarla. Las resumimos refiriéndonos a las más importantes, esto es a las teorías subjetivas, a las teorías objetivas y al sistema del débito y la responsabilidad.

Las teorías subjetivas son consideradas como las tradicionales y se caracterizan por concebir a la obligación como un sometimiento del deudor a la capacidad jurídica que tiene el acreedor para constreñirlo. Así, Savigny, uno de los tantos juristas que junto con Hedemann o de Ruggiero se adhiere a la teoría subjetiva, considera que la obligación es un señorío sobre los actos del deudor, que quedan subordinados a la voluntad del acreedor. Puede apreciarse que en las teorías subjetivas lo que caracteriza a la obligación es el poder de la voluntad del acreedor sobre su deudor.

* Ponencia presentada por el autor en el Congreso de Derecho Civil Patrimonial organizado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el 12 de agosto de 1994.

En las teorías objetivas, la relación obligacional no se caracteriza por el sometimiento personal del obligado a la voluntad de su acreedor, sino por un sometimiento del patrimonio del deudor en favor del acreedor. De esta manera, el punto central de la obligación ya no es la persona obligada sino su patrimonio. Estas teorías son sostenidas, entre otros, por Dulcket y Gaudemet.

La teoría en boga, aportada por la doctrina alemana, pero de gran desarrollo en países tales como Francia, Italia y España, es la del débito y la responsabilidad (*Schuld und Haftung*). Ella explica la naturaleza jurídica de la obligación a partir de un criterio objetivo, aunque con caracteres distintivos e innovadores.

Fue Pacchioni uno de los que asimiló la relación jurídica obligatoria no como algo unitario, sino como una relación compleja, formada por dos elementos, el *Schuld* (débito o deuda) y el *Haftung* (garantía o responsabilidad).

Se asume en esta teoría que en la relación obligatoria existe una deuda entre deudor y acreedor, por la cual el primero, esto es el deudor, se encuentra sometido a satisfacer un interés de su acreedor, por medio de la realización de cierta prestación. A su vez, hay una situación de garantía, pues el patrimonio del deudor queda a disposición del acreedor en caso de incumplimiento, lo que algunos autores denominan «prenda genérica o universal».

Para opinar sobre esta tercera posición, bastante atractiva por cierto, debemos recordar el vínculo jurídico o relación jurídica, que viene a ser el nexo que une a una persona con otra, en este caso al acreedor con el deudor. Dicho vínculo o relación requiere de dos elementos: el débito y la responsabilidad.

El débito, que constituye propiamente la deuda, esto es, la obligación de cumplir con una prestación, existe frente al derecho del acreedor, integrado por la prestación, que le otorga la facultad de exigir su cumplimiento. Sería ilógico, por esa razón, que pudieran existir obligaciones en que la deuda no fuera exigible por el acreedor, sino que ésta quedara a voluntad del deudor.

Parece claro, entonces, que el débito constituye una situación de deber alguna prestación, que existe desde que nace la obligación hasta que ella desaparece, cuando el deudor la cumple voluntariamente.

La responsabilidad sólo se presenta cuando se incumple y, en este caso, el Derecho otorga al acreedor la facultad de accionar contra el patrimonio del deudor.

Entonces, aquí podemos pensar en dos tiempos. El primero, que la relación obligatoria no es un vínculo que somete ni a la persona del deudor ni exclusivamente a su patrimonio, sino que le exige determinada conducta y, subsidiariamente, en caso de incumplimiento, responder con su patrimonio.

Pero, volviendo al tema de la separabilidad entre el débito y la responsabilidad, expresiones conceptualmente diferentes y, por tanto, desligables, pueden o no serlo en la realidad, según la teoría que se adopte. Cabe preguntarse entonces: ¿puede alguien deber sin poder ser compelido a cumplir? O a su turno, ¿puede alguien ser compelido a cumplir sin deber previamente?

Son estos los polémicos casos de deuda sin responsabilidad y de responsabilidad sin deuda.

Para la primera hipótesis, la de deuda sin responsabilidad, se presenta el típico ejemplo de las denominadas obligaciones naturales, en las que se dice que existe un «derecho» -en rigor, en nuestra opinión, es un «deber jurídico con contenido patrimonial» - no exigible por medio de una acción. Así, tenemos los casos de las obligaciones originadas por el juego y la apuesta no autorizados por la ley, en las que no hay acción para reclamar por su resultado; o de las obligaciones en las que se ha declarado prescrita la acción para ejercitarla, en las que el deudor carece de acción para repetir lo pagado.

En el segundo supuesto, el de responsabilidad sin deuda, se apela al caso de la fianza, en la que es un tercero quien asume la responsabilidad por incumplimiento del deudor.

No obstante lo señalado, creemos que la separabilidad entre débito y responsabilidad no se puede dar en la realidad de los hechos, pues son las dos caras de un mismo concepto. En las denominadas obligaciones naturales, en las que se expresa que hay débito, pero no responsabilidad, no estamos ante una relación obligatoria, por lo menos desde un punto de vista jurídico, ya que por definición el derecho debe tener capacidad de coacción estatal, y mal podríamos asimilar una obligación natural al campo de las obligaciones civiles o jurídicas, si no es posible su cumplimiento forzoso. En todo caso, las obligaciones naturales deben tratarse, como lo hemos señalado, en la condición de deberes jurídicos.

Por otra parte, tampoco existen obligaciones con responsabilidad, pero sin deuda. Para que exista responsabilidad tiene que haber, necesariamente, una deuda. Así, el ejemplo de la fianza resulta engañoso, pues parecería que el fiador no asume también la calidad de obligado frente a la deuda de un tercero, es decir la del deudor ante el acreedor. Si analizamos la figura de la fianza a la luz de los artículos 1868 y siguientes del Código Civil peruano, comprobamos que la relación obligatoria de la fianza, aunque subordinada a una principal, es entre el fiador y el acreedor. Más aún, en el caso de la fianza sin beneficio de excusión, conforme al artículo 1883 del mismo Código, el acreedor no requiere accionar previamente contra el deudor, sino que puede hacerlo directamente contra el fiador. Existe entonces un débito entre el fiador y el acreedor, sólo que el mismo se encuentra condicionado al cumplimiento del deudor principal. Pero si el fiador no tiene derecho a la excusión de los bienes de su deudor, el acreedor puede accionar, como lo hemos expresado, directamente contra el fiador, sin necesidad de hacerlo previamente contra su deudor. En estos casos -salvando las distancias jurídicas entre ambas instituciones-, el fiador prácticamente estaría actuando como deudor.

En conclusión, el débito y la responsabilidad son dos elementos inseparables, siempre presentes en la relación obligacional, en la que se encuentran interconectados. Deuda y responsabilidad no pueden constituirse en elementos autónomos y distintos. La responsabilidad sólo se justifica a través de la idea de la obligación jurídica.

Se es responsable porque se debe algo. No existe responsabilidad sin deber previamente, y un deber que quiera ser calificado como jurídico, en el sentido de obligación civil, constituye bajo una u otra forma un caso de responsabilidad.

La teoría que hemos desarrollado es importante, nos inclinamos hacia ella, pero sin tratar deuda y responsabilidad como fenómenos independientes y autónomos, sino vinculados por una relación jurídica patrimonial, que le atribuye la característica inseparable de exigibilidad.

Débito, crédito, prestación, vínculo jurídico o relación jurídica, con su atributo de exigibilidad y patrimonialidad, constituyen, en suma, elementos inseparables en toda obligación civil. Un quíntuplo que explica su naturaleza jurídica.

Son obligaciones civiles típicas, por ejemplo, las que provienen de un contrato de compraventa. Por él, conforme al artículo 1529 del Código Civil peruano, el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero. Existen aquí acreedores y deudores recíprocos, prestaciones, vínculo o relación jurídica de la que deriva su exigibilidad y patrimonialidad.

Por otra parte, constituyen obligaciones civiles las que nacen de la voluntad unilateral. Vamos a poner tan sólo dos ejemplos. Primero, el caso del testador, quien impone determinadas modalidades obligacionales en sus disposiciones de última voluntad.

El día en que tal testador fallece, automáticamente, inflexiblemente, sin solución de continuidad, se establece la relación obligatoria; por ejemplo, entre sus herederos y un legatario, este último favorecido por ciertas modalidades obligacionales. O el caso de la promesa unilateral, prevista por el artículo 1956 del Código Civil, en virtud de la cual el promitente queda obligado, por su sola declaración de voluntad a cumplir una determinada prestación en favor de otra persona. Aquí, desde que el destinatario presta su asentamiento expreso o tácito, se convierte en acreedor de la prestación, la cual opera retroactivamente al tiempo de la promesa.

Es también obligación civil la de prestar alimentos, porque ella origina una relación acreedor-deudor, por un vínculo que emana de la ley, con la característica de patrimonialidad. El hecho del nacimiento o del matrimonio, la existencia de ascendientes, descendientes o hermanos, determinan que imperativamente se deban en forma recíproca alimentos, como lo ordena el artículo 474 del Código Civil. Conviene en esta instancia llamar la atención respecto del erróneo concepto en que incurren algunos autores, al descartar la obligación civil del Derecho de Familia. Es verdad, como luego veremos, que usualmente de los derechos de familia tan sólo emanan deberes jurídicos, generalmente sin contenido patrimonial. Pero también es cierto que en algunos casos, como en la obligación de prestar alimentos, nace una verdadera obligación civil.

Constituyen obligaciones civiles, en fin, todas las previstas por las relaciones de responsabilidad extracontractual a que se refieren los artículos 1969 y siguientes del Código Civil. No aludimos desde luego a la circunstancia de que cada persona sea acreedora de todas las demás personas del planeta por la simple existencia de la ley. Pero sí afirmamos, y lo hacemos enfáticamente, que la obligación civil nace, por orden de la ley, desde el momento en que una persona, por dolo o por culpa,

causa un daño a otra, o desde que aquel que usa un bien riesgoso o peligroso, o ejercita una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro. En ese instante surge la obligación de indemnizar, y esta obligación, qué duda cabe, es de carácter civil.

SEGUNDO

Luego existen los deberes jurídicos con contenido patrimonial. Tratamos, dentro de esta denominación, a las llamadas obligaciones naturales.

Empleamos la expresión «obligaciones naturales» por estar divulgada, pero su uso importa, a nuestro juicio, una *contradictio in adjecto* o una *contradictio in terminis*. Aquí no hay obligación porque no existe exigibilidad. Se trata, simplemente, de un derecho que carece de acción, y por tanto debe clasificarse como un «deber jurídico con contenido patrimonial».

Citaremos los dos únicos casos previstos por nuestra ley civil, que a su turno son clásicos en la doctrina. El de las obligaciones declaradas prescritas, en las que si se efectúa el pago, el acreedor no puede repetir (artículo 1275 del Código Civil). Y el del juego y la apuesta no autorizados, cuando tienen carácter lucrativo y no están prohibidos por la ley; dado que aquí no se otorga acción para reclamar por su resultado. Se trata, simplemente, de un deber jurídico con contenido patrimonial, llamado obligación natural. Por eso, al igual que en el caso de las obligaciones prescritas, quien paga voluntariamente una deuda emanada del juego y la apuesta no autorizados, no puede solicitar su repetición (artículo 1943 del Código Civil).

En esas hipótesis, quien paga no está obligado, pero si lo hace responde a un imperativo de su conciencia y, por tanto, cumple con un deber previsto expresamente por la norma jurídica, que sí le confiere contenido patrimonial y que la impide repetir.

TERCERO

A continuación, mencionamos los deberes jurídicos que carecen de contenido patrimonial.

Aquí podemos enunciar múltiples casos. Referirnos, por ejemplo, a las numerosas situaciones que emanan del Derecho de Familia, tales como la recíproca fidelidad entre los cónyuges; el deber de hacer vida común en el domicilio conyugal; la obligación de ejercer la patria potestad en virtud de la cual los padres tienen el deber de cuidar de la salud y los bienes de sus hijos menores, y todos los deberes que emanan de este ejercicio, como la educación de los hijos, el corregirlos moderadamente, etc.

O mencionar valores ajenos a los de la familia, y que carecen de contenido patrimonial; tales como el deber de no mancillar el honor del prójimo, o de que nadie se entrometa en la intimidad personal o familiar, o de que se respeten la voz y la imagen ajena, etc.

Estos deberes jurídicos carecen de contenido patrimonial, pero pueden, en algunos casos, adquirir ese contenido. Por ejemplo, los padres que ejercen la patria potestad usufructúan los bienes de sus hijos. En consecuencia, si se pierde la patria potestad, se pierde, consiguientemente, el derecho de usufructuar tales bienes. Esta circunstancia tiene, sin duda, evidente contenido económico. O el caso del abandono del hogar conyugal, que puede constituir causal de divorcio, y que acarrea, por tanto, consecuencias económicas, entre ellas las hereditarias, de contenido patrimonial cierto. El lesionar el honor ajeno da origen a una indemnización de daños y perjuicios, generando la obligación civil de reparar.

Otros casos tan sólo quedan como deberes jurídicos, sin consecuencias ulteriores. Por ejemplo, la obligación de educar a los hijos. Dudamos de que el hijo, al adquirir la mayoría de edad, decida por sí y ante sí que no ha sido bien educado, y trate de constituir, a partir de ese hecho, una obligación civil a cargo de sus padres de indemnizarlo por daños y perjuicios.

CUARTO

En cuarto lugar tenemos a los deberes morales o de solidaridad social. Este es un tema en que se pueden presentar numerosísimos casos, con contenido patrimonial o sin él. Desde el conductor de un vehículo que transporta a un hospital a una persona herida a quien encuentra en la vía pública -caso no patrimonial-, hasta la persona que sufraga el mantenimiento de un pariente lejano, a quien no tiene la obligación de prestarle alimentos -caso patrimonial-.

La trascendencia de esta clasificación se desprende del artículo 1275 del Código Civil, cuando prescribe que: «No hay repetición de lo pagado [...] para cumplir deberes morales o de solidaridad social [...]». Se trata, en ambos casos, de deberes morales, pues la solidaridad social emana de la moral y no es jurídica. Aquí no hay una obligación civil ni natural. Tampoco hay deberes jurídicos. Hay solamente razones éticas, o de beneficencia, o de calidad, que inducen a una persona a acudir con la

prestación.

Queremos aclarar que muchas veces el llamado «cumplimiento de deberes morales», tiene un antecedente vinculatorio entre quien cumple con ellos y aquél con quien se cumple. Sería el caso de la restitución después de declarado un acto jurídico nulo. El acto nulo es inexistente y, por tanto, de él nada queda. Sin embargo, si el beneficiado con la nulidad restituye, lo hace acatando un mandato de su conciencia, y no en razón de una obligación civil, o natural, o de un deber jurídico.

QUINTO

Tenemos, como última clasificación, a los deberes generales que carecen de contenido patrimonial. Ellos no se encuentran previstos por la norma jurídica. Por ejemplo: la obligación de hacer una venia ante la bandera de la patria, la obligación de entonar el himno nacional en una actuación pública, la obligación de escuchar el himno nacional de pie.

Estos deberes generales no dan origen a obligación alguna. Responden, simplemente, a otros valores tales como la educación, el amor por los símbolos patrios, etc. Si su infracción estuviera penada, por ejemplo, con una multa, tal infracción sí generaría una obligación civil, pero allí estaríamos hablando, entonces, de una relación jurídica vinculatoria propia de las obligaciones civiles.

Hasta aquí la enunciación de las obligaciones civiles; de los deberes jurídicos con contenido patrimonial; de los deberes jurídicos que carecen de contenido patrimonial; de los deberes morales o de solidaridad social; y de los deberes generales.

Con este marco conceptual, ingresamos al estudio de la naturaleza jurídica de las obligaciones naturales.

Afirma Pothier que se llama obligación civil a aquella que es un lazo de derecho (*vinculum iuris*) y que da a aquél respecto de quien se ha contratado, el derecho de exigir en justicia lo que en ella se halla contenido. A su turno, se llama obligación natural a aquella que, en el fondo del honor y de la conciencia, obliga a aquél que la ha contratado al cumplimiento de lo que en ella se halla contenido.

Laurent dice que Pothier coloca entre las obligaciones naturales las contraídas por personas que tienen un discernimiento y un juicio suficiente para comprometerse, pero a quienes la ley civil declara incapaces de hacer un contrato: tal, por ejemplo, la obligación de una mujer que bajo el dominio de su esposo convino sin estar autorizada a ello. Jaubert, según Laurent, desarrolla la misma opinión. Agrega Laurent que esta doctrina también es la de los autores del Código Civil francés y la de numerosos tratadistas.

Laurent no duda, sin embargo, en decir que ella es errónea. Una obligación es natural cuando la ley no la reconoce, cuando niega una acción al acreedor. ¿Acaso, se pregunta Laurent, el acreedor de una mujer casada o de un menor de edad no puede obrar? Ciertamente, tiene una acción. Entonces, la deuda es más que natural: es civil, solamente está marcada por un vicio que permite al deudor demandar su nulidad, pero es necesario que él la demande; en tanto que no se pronuncie la nulidad, subsiste la obligación y produce todos los efectos de una obligación civil.

A pesar de ello, concluye Laurent, la ley no define la obligación natural y su naturaleza es muy vaga; de ahí que en la jurisprudencia reinen la incertidumbre y la confusión.

Baudry-Lacantinerie afirma que la mayoría de los autores que reproducen en diversas formas la definición de Pothier, dicen que las obligaciones naturales son aquellas que, fuera de toda coacción legal, derivan de la equidad o de la conciencia, o bien de las que imponen la delicadeza y el honor.

Se criticó estas definiciones, agrega el príncipe del Derecho Civil, objetándoles que producen una confusión de la obligación natural con los deberes morales, pues se dice que son dos cosas que es importante distinguir. El que cumple una prestación en ejecución de un deber moral, por ejemplo, el hombre rico que da limosna, hace una donación; por el lado contrario, aquél que cumple una prestación en ejecución de una obligación natural, hace un pago. De donde se entiende que todas las diferencias son entre la donación y el pago. Sin embargo, ¿cómo se pueden distinguir los deberes morales de las obligaciones naturales? He aquí la dificultad. Cada autor tiene su sistema.

Ante esas divergencias, la jurisprudencia se pronuncia por una concepción amplia de la obligación natural; al juez del hecho le corresponde apreciar discrecionalmente si hay o no obligación natural, y la proclama con regularidad ahí donde hay un simple deber moral.

Según Giorgio Giorgi los jurisconsultos romanos distinguieron sin duda una *obligatio civilis* y una *obligatio naturalis*, y al hablar de *obligatio naturalis*

entendieron precisamente una obligación desprovista de acción. Por otro lado, concedieron a la *obligatio naturalis* una eficacia indirecta. Le atribuyeron ciertos efectos jurídicos, por virtud de los cuales el acreedor, en la obligación natural, tenía la *soluti retentio* para oponerse al deudor que, después de haber pagado voluntariamente, intentase repetir lo satisfecho. Respecto de la causa inmediata o, como otros dicen, los modos por los cuales nacían las obligaciones naturales, los eruditos modernos conjeturan que se compendiaban o en el origen imperfecto, o en la extinción imperfecta de la *obligatio civilis*. El contrato del esclavo, del pupilo, del hijo de familia, del menor y ciertos oficios de piedad, son ejemplos del origen imperfecto. La confusión, la *litis contestatio*, y acaso la prescripción extintiva, son ejemplos de extinción imperfecta.

Marcel Planiol y George Ripert, por su parte, expresan que es indiscutible que la obligación natural constituye una anomalía jurídica. La ausencia de sanción, sea cual fuere su eficacia en otro sentido, la sitúa en los confines últimos de Derecho, en los límites de la moral. Por eso, afirman, se puede buscar el criterio de ella haciendo depender su origen bien del Derecho Civil, bien de la moral.

Hay un método que habla de la teoría de la obligación civil degenerada, el mismo que permite mantener una completa separación entre los respectivos ámbitos del Derecho y de la moral. Se inspira en la tradición romana, transmitida por Domat y recogida por la mayoría de los juristas del siglo XIX.

La obligación natural, añaden Planiol y Ripert es, por su origen, una obligación civil, pero imperfecta, pues se halla desprovista del principal atributo de la obligación ordinaria, o sea, la facultad de constreñir al deudor a su cumplimiento. La imperfección de que se halla afectada procede de que su desarrollo, por así decirlo, ha sido entorpecido al nacer, por un obstáculo jurídico, o por el hecho de que, posteriormente, como consecuencia de especiales circunstancias, se ha visto privada de su sanción, si bien subsiste en todo lo demás.

Desde esta óptica, la obligación natural aparece como el residuo de una obligación civil preexistente, cuando ésta ha sido anulada por la incapacidad del deudor, no obstante que éste la había concertado con pleno conocimiento de causa y entera libertad de espíritu, o bien cuando resulta extinguida sin que el acreedor haya recibido lo que se le debía. Este es el caso de la prescripción.

En otros casos, por lo contrario, la obligación civil no ha podido nacer en momento alguno y desde su origen la relación jurídica no se ha constituido más que en la forma de obligación natural. Así, en materia de juego o de apuesta, el ganador no puede obtener ante los tribunales el pago de la suma jugada. La obligación natural suple en estos casos a la obligación civil ausente: el prestatario está obligado naturalmente a satisfacer la deuda de juego.

La explicación que entiende que la obligación natural pende en todo caso de una obligación civil, degenerada o abortada, continúan los ilustres civilistas, es puramente verbal y nada justificada. Es sorprendente ver atribuir como base de la obligación natural una obligación civil anulada, es decir, como consecuencia del efecto retroactivo de la nulidad decretada la nada. La extinción de una obligación no es susceptible de graduarse; el pago no constituye para el Derecho un modo de extinción dotado de eficacia superior a la de los demás.

Otra teoría de la obligación natural se funda en el deber de la conciencia; la existencia de un deber de conciencia en el deudor en favor del acreedor. Aquí la obligación natural no depende de una obligación civil más o menos transformada. Es un deber moral al que el Derecho reconoce cierto valor, si bien no lo adopta plenamente, hasta convertirlo en una obligación provista de la sanción del Derecho, manteniéndolo sólo en sus fronteras.

Si bien se advierte una equiparación progresiva de la obligación natural con el deber moral, agregan Planiol y Ripert, no existe sin embargo una completa identificación. La separación del Derecho y la moral ha de mantenerse. Por consiguiente, no todo deber de conciencia constituye una obligación natural. Por tanto, existen obligaciones morales de índole tal que no tienen ni podrán nunca llevar unida eficacia jurídica en cualquier grado; los actos de beneficencia inspirados en una idea de caridad, de devoción, de amor, aun cuando estén impuestos por la moral, no pueden estimarse a la luz del Derecho más que como liberalidades.

Héctor Lafaille señala que cuando en la Roma primitiva al *ius civile* se oponía el *ius gentium*, extensivo a todos los pueblos, de igual manera, frente a las obligaciones surgidas de ese régimen quiritario, se reconocieron otras con relativa eficacia, nacidas fuera de su marco estrecho, y que recibieron más tarde el nombre de «naturales». Carecían de valor compulsivo y no daban acción al acreedor; pero una vez cumplidas, éste podía excepcionarse al exigirse la repetición.

Aparte del nombre y de la propia categoría que están hoy en camino de suprimirse, el Derecho positivo actual se inclina a conceder eficacia para el pago y la garantía a todas las prestaciones basadas en un deber de conciencia, respondiendo de ese modo a la marcada inclinación ética que distingue a la ley moderna.

Por último, Lafaille expresa que existe un dilema en saber si en una obligación natural, al cumplirse, existe un pago o una liberalidad. El pago presupone una deuda. No habiéndola propiamente en el caso, correspondería dejarlo sin efecto. El cumplimiento de estas deudas no sería por tanto un verdadero pago, aunque así acostumbre denominárselo. ¿Podría llamársele, en cambio, «donación»? Tampoco se usaría la expresión correcta, porque quien da cumplimiento a una «obligación natural» considera que está en el deber de hacerlo aun por encima de los textos del Derecho positivo, y no se coloca en la situación de quien favorece a otros.

Una tentativa de cambiar totalmente los conceptos de la teoría clásica surgió con Savatier, quien desde el principio advierte y declara sin ambages que con su sistema se invierten en cierta forma los datos del problema. En tanto que hasta entonces se consideraba la obligación natural de una esencia jurídica superior a la del deber moral, Savatier, colocado fuera del dominio del Derecho, pretende haber demostrado que la verdad se halla exactamente en lo opuesto. «La obligación natural -declara-, no será ya un deber moral al que la ley, sin erigirla en civilmente obligatoria, le dispense, no obstante, ciertos favores; por el contrario, será un deber moral al que, mediante un acto expreso, niega la sanción del Derecho común. Al examinar sucesivamente a las obligaciones naturales reconocidas por nuestro Derecho, veremos que, en efecto, es así como se presentan las cosas».

Por tanto, el sistema de Savatier se levanta contra toda teoría que acepte una diferencia de naturaleza entre la moral y el Derecho; en efecto, para él la obligación natural es un deber moral degenerado, siendo los deberes morales jurídicamente obligatorios por sí mismos.

Savatier deriva de los textos antiguos y los trabajos preparatorios la definición siguiente: «La obligación natural es el deber moral que, sin la intervención expresa y contraria de la ley, habría sido civilmente obligatoria en virtud de la fuerza legal de la equidad y, en muchos casos, en virtud de los textos legales que corroboran la fuerza de la equidad».

Bonnecase critica la teoría de Savatier. Pero no es el único. Con anterioridad lo había hecho Ripert diciendo que «declarar que la obligación natural, lejos de ser un deber moral que se beneficia espontáneamente con el favor de la ley, es un deber moral que sufre especialmente su enemistad», o que «todas las obligaciones naturales propiamente dichas, son obligaciones ilícitas», es un juego del espíritu. En efecto, tales fórmulas sólo pueden establecerse cuando se plantea como primer principio la identidad del deber moral y la obligación civil, siendo que la distinción de estas dos nociones siempre ha sido admitida por los juristas, y continúa siendo verdadera, por lo menos para la buena organización de la sociedad civil.

Ripert agrega, en pocas palabras, que hay obligación natural, cuando la ley atribuye ciertos efectos jurídicos al cumplimiento del deber moral. A medida que la jurisprudencia se afirma, la doctrina adquiere más audacia. Los autores contemporáneos no vacilan en afirmar la identidad de naturaleza entre la obligación natural y el deber moral. Si la obligación natural se confunde por su naturaleza con el deber moral, debe obtenerse de esto la consecuencia de que no existe una teoría general de la obligación natural, sino más bien obligaciones naturales susceptibles de producir efectos diferentes. Nos encontramos en el dominio de la conciencia. La persona que ejecuta una acto jurídico se inspira en la idea de que no hace sino cumplir su deber.

Pero, añade Ripert, la obligación natural no existe, mientras el deudor no haya afirmado su existencia, mediante el cumplimiento de la misma. Nace del reconocimiento del deber moral por parte del deudor.

Por las citas que acaban de reproducirse, se advierte que según Ripert no existe una teoría general de la obligación natural, sino obligaciones naturales susceptibles de producir efectos diferentes. Nos vemos así proyectados, empleando la expresión del propio Ripert, en el dominio de la conciencia y, al mismo tiempo, en una profunda incertidumbre.

En opinión de Bonnecase, la obligación natural es una noción exclusivamente técnica, que traduce una obligación civil imperfecta o condicional. La obligación natural debe distinguirse esencialmente, por una parte, del deber moral y, por otra, de la obligación civil impuesta, a falta de ley, por los datos de las fuentes reales del Derecho.

Agrega que en tanto que un grupo de juristas se esfuerza por reducir el Derecho a la moral, los fi-

lósofos moralistas separan claramente ambas disciplinas. El deber moral u obligación moral y la obligación jurídica, la responsabilidad moral y la responsabilidad jurídica.

Dice Bonnecase que si no temiera recurrir a una imagen muy forzada, diría que la obligación natural es una obligación civil relegada en el limbo y que espera su libertad por un acto del mismo deudor.

Según Luis de Gásperi, ya Ulpiano había advertido que si en este punto se admite la existencia de una obligación, es sólo por un abuso del lenguaje. Al mencionar la obligación natural, dice Cuq, citado por De Gásperi, se alude más a los hechos que la han engendrado que a las reglas relativas a la formación de las obligaciones, razón por la cual ella produce efectos análogos a los de las obligaciones civiles. No se la debe confundir ni con la obligación reprobada por la ley, ni con la obligación de conciencia. Se la concibió, bajo la influencia del estoicismo, como *vinculum aequitatis*, para atemperar el rigor de la ley y como reacción contra varios prejuicios, tal, por ejemplo, la idea de que algunos seres humanos no eran personas. Está desprovista de acción, pero sirve de base a un pago válido.

La teoría de las obligaciones naturales, dicen Colin y Capitant, también citados por De Gásperi, es desconocida en nuestro primitivo Derecho, refiriéndose al Derecho francés. Sólo aparece en el renacimiento del Derecho Romano. Combatida entonces por D'Argentre, que en su *Costumbre de Bretaña* se esfuerza en demostrar que es una sutileza y no tiene fundamento jurídico serio, va a encontrar, por el contrario, defensores en Domar y Pothier.

Según Eduardo B. Busso, el Código alemán no menciona para nada a las obligaciones naturales; al legislar sobre el enriquecimiento sin causa se limita a establecer que no es repetible el pago que correspondería a un deber moral. Disposiciones similares contienen el Código Federal suizo de las Obligaciones y el Código italiano de 1942. En doctrina se discute el alcance que corresponde dar a esas disposiciones.

Un primer problema que se debate es si las obligaciones naturales constituyen o no un vínculo jurídico.

Algunos autores se inclinan por la solución negativa: desde el momento en que carecen de exigibilidad las llamadas obligaciones naturales no configuran una relación jurídica.

La llamada obligación natural, dice otro autor, no es propiamente tal, pues le falta el elemento de coerción que es indispensable para configurar esa noción jurídica. Vendría a ser una «obligación no obligatoria» y esa contradicción terminológica demuestra que la palabra «obligación» está mal empleada.

La teoría de las obligaciones naturales, se agrega, carece de lógica, pues no siendo exigibles ocurre que sólo adquieren el carácter de tales cuando el deudor voluntariamente las paga, y esto importa un contrasentido, porque el pago extingue las obligaciones, pero no las crea. Es un ser jurídico extraño y absurdo, se añade, aquél que sólo adquiere vida al convertirse en cadáver y que no tiene eficacia sino cuando pierde su existencia.

La obligación natural, en opinión de estos autores, es una quinta rueda en el Derecho, que no responde a nada práctico y que debe ser proscrita de los Códigos.

La teoría de las obligaciones naturales -dice Bonfante, citado por Busso- es un injerto inorgánico en las legislaciones modernas. Gran error fue el de no haber sabido relegarla en momento oportuno al puesto histórico que le corresponde. Y actualmente representa un peligro, por el atractivo que ejerce sobre el espíritu de los teóricos, ofreciendo pábulo a una fantasía científica que se pone de manifiesto en la elaboración de doctrinas dotadas de una cierta *elegantia juris*, pero que carecen de toda base en el Derecho positivo.

Entre quienes admiten que las obligaciones naturales constituyen vínculos de Derecho, surgen diversas opiniones para precisar cuáles son sus caracteres jurídicos propios y específicos: a) las que definen las obligaciones naturales por asimilación a las civiles; b) las que recurren a la figura técnico-histórica del *debitum* sin garantía, y c) quien las define como institución de Derecho natural o que llegan a la consagración jurídica de los deberes de conciencia.

Una corriente de opinión sostiene que las obligaciones naturales por su estructura y por su contenido, son una simple variante de las obligaciones civiles. En definitiva, la obligación natural vendría a ser un vínculo reglamentado por la ley, y al que, por razones especiales, el legislador no le ha atribuido una acción judicial que lo consagre.

Se intenta, por otra parte, una interesante explicación de la naturaleza jurídica de las obligaciones naturales, sobre la base de la distinción entre el *debitum* y la «garantía», considerados como ele-

mentos integrantes del concepto de la obligación.

La obligación natural sería en Derecho positivo una aplicación de la distinción conceptual entre los elementos integrantes de la obligación. Hay *debitum*, pues hay razones para justificar la pretensión del sujeto activo; pero no hay garantía, pues no se dan para esta pretensión medios para obtener su cumplimiento.

En opinión de otros autores, las obligaciones naturales son deberes morales o de conciencia, tomados en consideración por la ley positiva en cuanto a la producción de efectos jurídicos de Derecho Civil.

Los deberes de conciencia no quedan ya confinados a un campo puramente moral, sino que penetran decididamente en el terreno de lo jurídico.

Algunos autores hablan de obligaciones de Derecho natural o de equidad; otros se refieren a deberes de conciencia; pero en el fondo son dos maneras de expresar una misma idea, a la que se llega a través de conceptos que son entre sí concordantes. La expresión «deberes de conciencia» implica hacer referencia a las convicciones íntimas del individuo, y simultáneamente también a los conceptos supremos del bien, de la justicia y de la virtud que el sujeto llega a conocer por la vía de la intuición moral y que se convierten para él en imperativo de conducta.

Manuel Albaladejo afirma que hay varias tesis respecto de la obligación natural:

1. A tenor de una teoría, la obligación natural es una obligación no jurídica, sino moral o de conciencia, o social, etc., a la que se atribuye un efecto jurídico: la irrepetibilidad del pago (pago jurídicamente no debido).

2. Para otra teoría, la obligación natural es una obligación no jurídica inicialmente, pero que se convierte en jurídica cuando se paga.

3. Por último, la tesis que considera acertada Albaladejo es que la obligación natural, aparte de que desde un punto de vista no jurídico pueda ser calificada de «deber» o de «obligación», jurídicamente no es una obligación, no es un vínculo entre dos personas (deudor y acreedor), ni antes ni después del «pago». Jurídicamente, sólo es un hecho que justifica la atribución patrimonial que se hizo al «acreedor», es decir, es sólo una justa causa de cada atribución (entrega o pago).

Borda afirma que las obligaciones naturales son obligaciones anormales, pues a primera vista no parece jurídico hablar de obligación o de derecho sin acción para obligar al deudor a cumplir. Porque precisamente lo que define la obligación normal desde el punto de vista jurídico es la posibilidad del acreedor de compulsar al deudor a darle cumplimiento y, en su defecto, a pagar la indemnización correspondiente. Pero si las obligaciones naturales no confieren acción para demandar el cumplimiento, no por ello están desprovistas de toda protección jurídica, ya que si el deudor ha pagado voluntariamente (única vía concebible desde que el acreedor no puede compulsarlo), el acreedor tiene derecho a retener lo pagado.

Llambías, en fin, afirma que las obligaciones civiles están especialmente tuteladas por el Derecho positivo, que les reconoce la plenitud de la eficacia: exactamente los efectos que usualmente se le atribuyen. En cambio, las obligaciones naturales no se sustentan en el Derecho positivo, sino exclusivamente en el Derecho natural y la equidad. Ello explica su reducida eficacia, en la medida que el legislador ha entendido que debía darles carta de ciudadanía en la vía jurídica, por la sola consideración de su origen.

Hasta aquí las citas de ilustres civilistas sobre la materia.

En el Perú, poco o nada se ha escrito sobre las obligaciones naturales. Ello obedece, sin duda, a que el Código Civil vigente de 1984, y su antecedente inmediato, el Código de 1936, no se refieren a ellas, al menos utilizando esa denominación.

En efecto, el Código de 1984 sólo contiene dos normas que podrían inscribirse en la categoría de obligaciones naturales. El artículo 1175, cuando establece que no hay repetición de lo pagado en virtud de una deuda prescrita. Y el artículo 1943, cuando dispone que quien paga voluntariamente una deuda emanada del juego y la apuesta no autorizados, no puede solicitar su repetición.

A su turno, el Código de 1936 contenía reglas similares en cuanto a la prescripción, en el artículo 1285, y en cuanto al juego y la apuesta, en los artículos 1768 y 1770.

En el caso de la prescripción, la obligación nace como civil, plenamente válida, pero al carecer de acción no es exigible. Entonces ya no estamos ante una obligación, ni civil, ni natural, ni de ninguna otra naturaleza, pues si no existe exigibilidad es porque el vínculo jurídico ha desaparecido. Y si no existe vínculo jurídico, tampoco existe obligación. Lo que queda, como expresamos al analizar

la naturaleza jurídica de la obligación, es un deber jurídico con contenido patrimonial, que quien tuvo la condición de deudor puede cumplir o no. Ello dependerá, exclusiva y soberanamente, de su voluntad. Si cumple lo hace porque sus sentimientos íntimos lo impulsan a ello; porque existe un deber moral, un deber de conciencia, que quiere satisfacer. Y por eso la ley le veda la posibilidad de exigir la restitución de lo pagado.

Algo similar ocurre con el juego y la apuesta no autorizados. En este caso, a diferencia de la prescripción, nunca nació obligación alguna, ni civil, ni natural, ni de otras características. No hay vínculo jurídico entre las partes y por ello no existe el requisito de la exigibilidad. Tal relación sólo origina un deber -muy distinto por cierto de la obligación- con contenido patrimonial, que una persona -a quien no podemos llamar deudora, porque nunca lo fue- satisface respecto de otra, cumpliendo, al igual que en el caso de la obligación prescrita, con un imperativo de su conciencia. Por eso, como cuando se paga una obligación prescrita, no se puede repetir. Y añadimos que nada tiene de ilícito el juego y la apuesta no autorizados, pero no prohibidos por la ley. Se trata de actos lícitos que carecen de acción. Por tal razón, justamente, se impide exigir la restitución de lo pagado. Y por eso, cuando se paga, se responde a un deber íntimo.

Con esto terminan, en nuestra ley civil, las situaciones jurídicas que la doctrina tradicional denomina «obligaciones naturales».

Los antecedentes de estos dos únicos casos de las llamadas obligaciones naturales, previstas por los Códigos de 1984 y 1936, se encuentran, en el caso del juego, en el artículo 1739 del Código Civil peruano de 1852, antecedente inmediato, a su vez, del Código de 1936, que impedía repetir lo pagado voluntariamente por causa de juego, salvo que hubiere habido dolo o estafa por parte de quien ganó. Nada decía el Código de 1852 respecto de las obligaciones prescritas. Pero sí se refería a supuestos no previstos por los Códigos de 1984 y 1936, en su artículo 2126 («No se puede recobrar lo pagado en virtud de una obligación natural y que no se debía por obligación civil, como una deuda de un menor o de una mujer casada»). Aquí, a diferencia de la prescripción y del juego y la apuesta, había nacido -y para calificarla nos conferimos una licencia en el lenguaje- una «obligación irregular», susceptible de nulidad o anulabilidad, que luego de pagada la ley impedía repetir.

Y no existen, en la historia de los tres últimos Códigos Civiles peruanos, otras relaciones jurídicas que puedan denominarse «obligaciones naturales». Con esto se agota el tema. No hay otros casos, dentro del concepto de obligación natural, en los que se pague y no se pueda repetir.

Situaciones similares son las que generan los llamados «deberes morales o de solidaridad social». A ellos, exactamente con esta misma denominación, se refieren los artículos 1275 del Código de 1984 y 1284 del Código de 1936.

El antecedente de estos preceptos lo encontramos en el artículo 2127 del Código de 1852, que disponía que: «Tampoco se puede recobrar lo que se hubiese dado con objeto de alimentos, o por causas de piedad, o por efecto de entusiasmo, si antes o en el acto de entrega no se protestó, por documento público y con noticia del agraciado o de quien lo representaba, el derecho de reclamar el pago».

En todos esos casos hay razones éticas, ánimo de beneficencia, muestras de gratitud o como quiera llamársele, pero no existe obligación alguna, ni civil ni natural.

¿Cómo se juzgan los deberes morales y de solidaridad social? Por las circunstancias de cada caso concreto. Vamos a ubicarnos, para ilustrar situaciones, en los extremos.

Dice el artículo 1223, *in fine*, del Código de 1984, que quien recibió en pago bienes que se consumen por el uso o dinero de quien no podía pagar, sólo está obligado a devolver lo que no hubiese consumido o gastado. Hasta aquí su obligación, y sin duda de carácter civil. Pero si restituye lo que hubiese consumido o gastado, entonces estaría cumpliendo con un deber moral -no con una obligación civil ni natural- y, conforme al artículo 1275 del Código, no podría repetir. Y como éste, existen decenas de casos en nuestra ley civil.

Al otro extremo, si una persona alimenta a un mísero que padece de hambre, y con quien no lo une vínculo alguno, ni siquiera de amistad, también está cumpliendo con un deber moral o con un imperativo de solidaridad social. La ley, por tanto, le impide repetir lo pagado. ¿De qué obligación podríamos hablar en este caso?

La gama de los deberes morales o de solidaridad social puede remontarse hasta el infinito. Ellos impregnan al Derecho de un concepto ético y por eso elogiamos, sin reservas, los preceptos que los consagran.

Estas situaciones prácticamente se confunden con

las que generan la denominadas «obligaciones naturales», que, por esas razones, deben pertenecer a una casta en vías de extinción.

Su clasificación en Roma, con todas las singularidades del Derecho allí vigente, es inapropiada en las puertas del siglo XXI. Por esto, porque la propia denominación de «obligación natural» es incoherente, y porque basta que los principios morales estén cada día más arraigados en la norma jurídica, es que en el Código de 1984 sólo quedan dos rezagos, que hemos preferido denominarlos como «deberes jurídicos con contenido patrimonial» y no tan sólo como «deberes morales o de solidaridad social». Y lo hacemos así porque las dos normas existen, no podemos eludirlas, aunque preferiríamos clasificar esos dos casos, insistimos, simplemente como «deberes morales», dejando de lado todos los sofisticados artilugios a los que se apela para penetrar en la denominada «obligación natural», sin percibirse que ella sólo constituye un «deber moral», pues de obligación poco o nada tiene. Es en razón de ley expresa que preferimos asignarle clasificación expresa, pero tan sólo con propósitos de identificación.

Concluimos citando a Saleilles: «Cuando alguien realiza una prestación con el propósito de satisfacer un deber de conciencia, sería escandaloso que el Derecho le proporcionara el medio de recobrar lo que ha entregado, dado que lo que ha hecho, lo ha hecho con conocimiento de causa y con plena voluntad y libertad».

BASES DEL PRIMER CONCURSO DE CUENTO JURIDICO

En el marco de las actividades por la celebración del décimo aniversario de nuestra segunda época, THĒMIS - Revista de Derecho ha organizado el Primer Concurso de Cuento Jurídico, que busca motivar la inspiración artística de los estudiantes universitarios, tomando como base algún motivo vinculado con el Derecho y su ejercicio en nuestro país.

Los premios no son nada desdeñables y, en todo caso, pueden ser un buen aliciente para quienes, descargándose de sus agitadas labores diarias, decidan ejercitar un buen rato la pluma y someter a prueba su vena literaria.

A continuación, las bases del concurso:

1. Los trabajos participantes serán recibidos a partir del 30 de noviembre de 1994 hasta el 15 de febrero de 1995, y podrán ser presentados en los Centros Federados de las facultades invitadas a participar, hasta dicha fecha. También podrán ser presentados directamente en la oficina de THĒMIS - Revista de Derecho, ubicada en el segundo piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, sito en Avenida Universitaria s/n, Pueblo Libre.
2. El jurado de la primera edición del Concurso de Cuento Jurídico estará compuesto por Luis Jaime Cisneros, Fernando de Trazegnies y Abelardo Oquendo.
3. El primer premio otorgado por THĒMIS - Revista de Derecho constará de un trofeo simbólico y de una suma equivalente a US$ 500.00 (quinientos dólares de los Estados Unidos de América). Asimismo, el trabajo ganador será publicado en THĒMIS - Revista de Derecho, en la fecha y oportunidad que los organizadores determinarán.

   El segundo premio otorgado por THĒMIS - Revista de Derecho constará de una suma equivalente a US$ 50.00 (cincuenta dólares de los Estados Unidos de América).
4. Los cuentos que se envíen al concurso tendrán una extensión máxima de diez páginas tamaño A4, de 25 renglones cada página y 60 golpes por renglón. El cuento debe ser presentado en idioma español, en original y cuatro copias mecanografiadas, compaginadas y engrapadas.
5. El tema central debe ser jurídico, sin que se requiera necesariamente que todo el argumento se centre en aspectos o situaciones jurídicas.

   El Comité Directivo de THĒMIS - Revista de Derecho se reserva el derecho de calificar previamente todo trabajo presentado para apreciar que su temática sea la requerida por el concurso. Los trabajos que no tengan temática jurídica no serán presentados al jurado para su evaluación.
6. Pueden participar en el concurso todos los alumnos regulares de la Facultades de Derecho de las Universidades del país y de las Facultades de Letras y Humanidades o Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
7. Los trabajos participantes deberán presentarse dentro de un sobre identificado con un seudónimo, el que también figurará en la primera página del cuento. Los datos de identidad del concursante deberán adjuntarse en sobre cerrado y aparte al que contiene el original y las cuatro copias. Este sobre se identificará exteriormente con el seudónimo del autor, y en su interior deberá consignarse nombres y apellidos completos, documentos de identidad, dirección, teléfono y/o fax y Facultad a la que pertenece. Asimismo, deberá acompañar los documentos que acrediten su calidad de alumno regular, tales como boletas de matrícula o de pago de la Universidad, certificados de estudios, constancias, etc. Los cuentos que omitan el seudónimo o revelen la identidad del autor serán automáticamente descalificados.
8. Cada autor podrá presentar más de un cuento, siempre que utilice distintos seudónimos.
9. Los cuentos deberán ser originales e inéditos. No se aceptarán trabajos presentados en forma de guión de cine, de radio o de televisión. Los cuentos no deberán haber sido presentados con el mismo o distinto título a otro premio o concurso literario, aun cuando éste se encuentre pendiente de resolución. La infracción a esta disposición descalificará automáticamente al concursante.
10. Los cuentos que no obtuvieran la primera premiación podrán ser publicados por THĒMIS - Revista de Derecho si hubieran recibido mención especial del jurado, en la oportunidad que THĒMIS - Revista de Derecho lo considere conveniente.

    Los derechos de publicación de los cuentos premiados serán de propiedad de THĒMIS - Revista de Derecho, la que podrá disponer su difusión y publicación en la forma y oportunidad que estime conveniente.
11. Los miembros de THĒMIS - Revista de Derecho quedan inhabilitados de participar en este concurso.
12. La participación en este concurso supone la aceptación de todas las disposiciones enunciadas anteriormente. THĒMIS - Revista de Derecho no devolverá ningún cuento participante a sus autores, y no se responsabiliza de la pérdida de originales o copias.
13. El Comité Directivo de THĒMIS - Revista de Derecho se reserva el derecho de resolver sobre cualquier punto o aspecto no previsto en estas bases.

HACIA LA REFORMA DEL LIBRO VI DEL CODIGO CIVIL *

Carlos Cárdenas Quirós
Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú
Universidad de Lima

El doctor Carlos Cárdenas participó activamente en la elaboración del Código Civil de 1984 y ha sido también un activo participante en los trabajos que, para la reforma del Código Civil, se han venido desarrollando con la promoción del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Lima.
En el presente artículo, el autor nos presenta una serie de propuestas de modificación del Libro VI del Código de 1984, correspondiente a Las Obligaciones. Como él mismo señala, algunas modificaciones consisten simplemente en corregir ciertos defectos de redacción advertidos en las normas, pero otras son más profundas y merecen -por tanto- particular atención.

«El Derecho Civil, como el Derecho en general, es, a la vez, un producto del espíritu humano y un producto del medio social, y por ello depende de las ideas morales y jurídicas y de las variables condiciones de vida propias de cada momento histórico. Modificada la constitución política de la sociedad [...], alteradas las bases de su economía, iniciado un nuevo espíritu nacional, ¿cómo no ha de ser necesario adaptar el Derecho privado a estas hondas transformaciones de orden político, económico e ideológico?»

José Castán Tobeñas[1]

I. INTRODUCCION

Si se participa de la convicción de que el Derecho es vida en permanente y constante fluir, resulta sencillo comprender la necesidad de actualizar, poner al día, la legislación para mantenerla a compás del tiempo, teniendo en cuenta, como presupuesto, las exigencias que impone el orden social.

No puede pretenderse que el legislador asuma el papel pasivo de mero espectador del cambio cotidiano, ni puede admitirse que se muestre indiferente frente a cuestiones cuya solución es reclamada para un adecuado desenvolvimiento de las relaciones sociales.

Por ello, resulta inaceptable la idea de que los Códigos sean definitivos e inmutables. Las obras

* Ponencia sustentada en el Congreso Internacional sobre "Los diez años del Código Civil: balance y perspectivas", realizado entre el 12 y 16 de septiembre de 1994 en la Universidad de Lima.

[1] CASTAN TOBEÑAS, José. *Hacia un nuevo Derecho Civil*. Reus, Madrid, 1933p. 56.

legislativas no pueden ser contempladas con ceguera, creyendo ilusamente en su carácter inmodificable.

Es de advertir que la reforma de la legislación debe descartar como idea inspiradora el mero afán de malabarismo técnico. Si así sucediera, se correría el serio riesgo de que la norma reformada terminara siendo letra muerta debido a su nula correspondencia con la realidad a la que pretende ser aplicada.

La prudencia debe presidir la labor de reforma. No obstante, a este respecto debe tenerse muy presente la observación de Luis Díez Picazo cuando señala que, «se degrada la idea de "prudencia" cuando se la quiere hacer sinónima de cautela, de precaución o de ritmo despacioso. La prudencia verdadera, la "*sofrosiné*" clásica, es una virtud humana que consiste en una consciente utilización de los medios más convenientes y ajustados para la consecución de un fin. Pues bien, es claro que cuando lo exijan así las condiciones, lo prudente puede ser la audacia o la anticipación. Con un símil automovilístico, en muchos casos lo prudente no es frenar, sino acelerar»[2].

II. ALCANCES DE LA REFORMA QUE SE PROPONE EN MATERIA DE DERECHO DE OBLIGACIONES

Se ha afirmado con toda razón que «en el Derecho en general y en el Derecho de Obligaciones en particular, no hay verdades absolutas, sino opciones del legislador y de los intérpretes en punto a la resolución de problemas concretos»[3].

En efecto. La orientación de las soluciones normativas se sustenta en la inclinación del legislador por una u otra posición. Así ocurre en el Código Civil.

No obstante, comprobada la incorrección de determinada opción legislativa, no parece lo más aconsejable mantenerla, contribuyendo a la confusión. En este sentido es preciso tener en cuenta el hecho de que la ley debe ser también un vehículo de docencia, **la ley debe enseñar**.

Ahora bien, a propósito del Derecho de Obligaciones, concretamente del que está regulado en el Código Civil, ¿qué alcances deben tener las modificaciones?

Son distintos los matices de la reforma que propongo:

a) En algunos casos se trata simplemente de corregir imprecisiones en la redacción, de afinar ciertos términos utilizados, de suplir pequeños olvidos.

Así ocurre, por ejemplo, en relación con el inciso 6 del artículo 1138, donde se ha dejado de consignar, entre comas, a diferencia de los incisos anteriores, la frase "si la hubiere", después del vocablo «contraprestación».

b) En otros casos se trata de regular materias enteras obviadas por completo en el Código y cuyo uso en la práctica no es precisamente infrecuente.

A título de ejemplo, el Código brinda una regulación muy minuciosa de las obligaciones con prestación de dar bienes inciertos, pero no se ocupa para nada de las obligaciones con prestación de dar bienes fungibles. Ambos tipos integran la categoría de las obligaciones con prestación de dar bienes genéricos.

Cosa parecida ocurre respecto de las obligaciones con pluralidad de prestaciones. A propósito de ellas, el Código se ocupa de las obligaciones llamadas alternativas y de las facultativas (a las que habría que denominar mejor como obligaciones con facultad de sustitución). Su regulación es muy prolija. Sin embargo, se ha omitido toda referencia a las obligaciones con prestaciones conjuntivas.

En mi opinión, hay que brindar regulación a las dos materias referidas no consideradas por el Código vigente.

c) También se presentan casos en los cuales el Código confunde notoriamente instituciones.

Así sucede con las denominadas obligaciones mancomunadas. Las que el Código regula con este nombre son propiamente las parciarias (*pro parte* o *pro rata*) y no las obligaciones en mano común (*zur gesamten Hand*) del Derecho alemán. Sólo así

[2] DIEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*. Ariel, Barcelona, 1983. p. 304.

[3] DIEZ-PICAZO, Luis. "El Derecho de Obligaciones en la codificación civil española". En: *Centenario del Código Civil*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990. t. I, pp. 713-714.

resulta comprensible que el Código establezca que dichas obligaciones están sometidas a las reglas de las obligaciones divisibles (artículo 1182).

En la práctica encontramos, sin embargo, un uso adecuado de la expresión. Así ocurre con las cuentas corrientes o de ahorro mancomunadas, en las que la nota característica es la necesaria actuación conjunta de los titulares de la cuenta para hacer cargos o retiros.

Esto debe corregirse en el Código, no sólo atribuyendo la denominación correcta a la figura ya regulada, sino también brindando tratamiento a las obligaciones propiamente mancomunadas.

d) Cabe advertir otro caso y es el de las figuras inadecuadamente ubicadas en el libro dedicado al Derecho de Obligaciones.

Me refiero en primer lugar al caso de lo que impropiamente se llama «pago indebido».

En esta figura lo característico es el desplazamiento patrimonial de lo que no se debe y la consiguiente obligación de restituir. No hay propiamente pago, pues éste importa necesariamente la existencia de una relación obligatoria y la ejecución de la prestación debida. ¿Qué razón hay entonces para ubicar el tema dentro del capítulo del pago?

Convengo plenamente con el profesor Luis Moisset de Espanés[4] en el sentido de que nos encontramos frente a una verdadera fuente de obligaciones y, por tanto, que la figura debe estar ubicada junto con las demás fuentes de las obligaciones, como una Sección autónoma después de la gestión de negocios y antes de la Sección dedicada al enriquecimiento sin causa.

Cabría discutir también la ubicación de la transacción. ¿Es efectivamente un medio de extinción de obligaciones?

No puedo dudar de que la transacción, en algún caso, porque así lo deciden las partes, produzca como efecto la extinción de la relación obligatoria a propósito de la cual versó la cuestión dudosa o litigiosa. Pero de allí llevar las cosas a sostener que esa es la consecuencia inevitable de toda transacción parece excesivo.

La transacción es un contrato que tiene por propósito resolver una controversia, como ocurre también con el llamado convenio arbitral. Empero, cabe diferenciar ambas figuras, pues mientras en la primera la solución de la discrepancia se produce como consecuencia de las concesiones que las propias partes se hacen recíprocamente (autocomposición del conflicto), en la segunda se alcanza por obra de un tercero, el árbitro, que es nombrado voluntariamente por las partes y a cuya decisión se someten éstas (heterocomposición del conflicto).

La transacción debiera estar ubicada también en el libro de fuentes de las obligaciones, salvo mejor parecer.

e) Un último aspecto a considerar es lo que cabría denominar como la enmienda de la reforma. Aludo con ello a la necesidad imperiosa de corregir los excesos y errores de las modificaciones introducidas por el Código Procesal Civil al Código Civil, concretamente respecto al tema del pago por consignación. Estas reformas, que alteraron los artículos del Código sustantivo dedicados a la cuestión, son hoy día origen de conflictos y traban peligrosamente el funcionamiento de la institución.

III. PROYECTO DE MODIFICACIONES AL LIBRO VI DEL CODIGO CIVIL

Precisa indicarse que el proyecto de modificaciones que se reproduce a continuación, presentado por el autor a la Comisión de obligaciones constituida en el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, no incluye propuestas de reforma al Titulo IX -Inejecución de Obligaciones- del Libro VI, pues la materia atinente a la responsabilidad civil es abordada por una Comisión distinta.

LIBRO VI
RELACION OBLIGATORIA
SECCION PRIMERA
Clases de relaciones obligatorias

TITULO I
Relaciones obligatorias con prestación de dar
CAPITULO PRIMERO
Relaciones obligatorias con prestación de dar bienes ciertos

Artículo 1132.- Este artículo debe ser trasladado al Título II, Capítulo Primero, como artículo 1219 bis

[4] MOISSET DE ESPANES, Luis. "Repetición del pago indebido y sus efectos respecto a terceros en Perú y Argentina". En : THEMIS - Revista de Derecho. Segunda Epoca, 1992, nº 23. Lima, 1992. pp. 55-68.

y con la siguiente redacción: El acreedor de un bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aun cuando sea de igual o mayor valor que el debido.
Tampoco en las obligaciones con prestación de hacer o no hacer podrá ser sustituido el servicio o la abstención contra la voluntad del acreedor.
Artículo 1134.- La obligación con prestación de dar [...]
Artículo 1138.- En las obligaciones con prestación de dar bienes ciertos se observan, hasta su entrega, las reglas siguientes:
6.- [...] una reducción proporcional de la contraprestación, si la hubiere [...]
Artículo 1141 bis.- Las mejoras naturales en el bien corresponden al propietario desde que se contrae la obligación hasta que se produce la entrega.
Si el propietario fuese el deudor, podrá solicitar al acreedor el pago del valor de las mejoras; y si el acreedor no estuviera dispuesto a abonarlas, el deudor, a su sola elección, podrá dejar sin efecto la obligación o exigir su cumplimiento tal como estuvo originalmente pactada.
Artículo 1141 ter.- El deudor no podrá introducir mejoras en el bien sin el asentimiento del acreedor, excepto cuando sean necesarias.
Si el acreedor fuese el propietario, está obligado a abonar el valor de las mejoras necesarias al deudor. Si el deudor fuese el propietario, podrá solicitar al acreedor el pago del valor de dichas mejoras, y si el acreedor no estuviera dispuesto a abonarlas, el deudor, a su sola elección, podrá dejar sin efecto la obligación o exigir su cumplimiento tal como estuvo originalmente pactada.
Artículo 1141 quat.- Los frutos y productos del bien, si es mueble, corresponden al deudor desde que se contrajo la obligación hasta su entrega; y si es inmueble, corresponden al acreedor desde la fecha en que ella se contrajo. Los frutos pendientes al día de la entrega pertenecen al acreedor.

CAPITULO SEGUNDO
Relaciones obligatorias con prestación de dar bienes genéricos
SUB-CAPITULO I
Relaciones obligatorias con prestación de dar bienes inciertos

Artículo 1143.- En las obligaciones con prestación de dar bienes determinados [...]
Artículo 1147.- Practicada la elección, se aplican las reglas establecidas sobre obligaciones con prestación de dar bienes ciertos.

SUB-CAPITULO II
Relaciones obligatorias con prestación de dar bienes fungibles

Artículo 1147 bis.- En las obligaciones con prestación de dar bienes fungibles, el pago se efectúa con la entrega de una cantidad correspondiente al objeto de la prestación, de la misma especie y calidad.
Artículo 1147 ter.- Antes de la entrega de los bienes, el deudor no puede eximirse de ella invocando la pérdida sin su culpa.
Artículo 1147 quat.- La regla del artículo 1147 ter no se aplica cuando la entrega debe efectuarse entre bienes fungibles de género limitado y todos ellos se pierden sin culpa del deudor.
Si la pérdida fuera sólo parcial, el deudor sufre las consecuencias de ella, efectuándose una reducción proporcional de la contraprestación, si la hubiere.

TITULO II
Relaciones obligatorias con prestación de hacer

Artículo 1150.- El incumplimiento de la prestación de hacer [...]
Artículo 1151.- El cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la prestación de hacer [...]
Artículo 1153.- El cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la prestación de hacer [...]

TITULO III
Relaciones obligatorias con prestación de no hacer

Artículo 1158.- El incumplimiento por culpa del deudor de la prestación de no hacer [...]
Artículo 1160.- Son aplicables a las obligaciones con prestación de no hacer las disposiciones de los artículos 1154, 1155, 1156 y 1157.

TITULO IV
Relaciones obligatorias con pluralidad de prestaciones
CAPITULO PRIMERO
Relaciones obligatorias con prestaciones conjuntivas

Artículo 1160 bis.- El obligado a diversas prestaciones conjuntivas, debe cumplir por completo todas ellas.
Artículo 1160 ter.- La imposibilidad sobreviniente de una o más prestaciones no afecta la ejecución de las demás, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de obligación o de las circunstancias del caso. Son de aplicación, en lo que fueran pertinentes, las disposiciones de los artículos 1138, 1139, 1154, 1155, 1156, 1157 y 1160.

CAPITULO SEGUNDO
Relaciones obligatorias con prestaciones alternativas

Artículo 1161.- El obligado a diversas prestaciones alternativas, debe cumplir por completo sólo una o algunas de ellas.
Artículo 1162.- La elección de la prestación corresponde al deudor, si no se ha atribuido esta facultad al acreedor o a un tercero.

Si la elección es encomendada a un tercero son de aplicación los artículos 1407 y 1408. En lo demás, son aplicables las reglas del artículo 1144.
Quien deba practicar la elección no podrá elegir parte de una prestación y parte de otra.

CAPITULO TERCERO

Relaciones obligatorias con facultad de sustitución

Artículo 1168.- La obligación con facultad de sustitución se determina únicamente por la prestación debida que constituye su objeto.
Artículo 1169.- La obligación con facultad de sustitución se extingue cuando la prestación debida resulta imposible, aunque la prestación solutoria sea posible de cumplir.
Artículo 1170.- La obligación con facultad de sustitución se convierte en simple si la prestación solutoria resulta imposible de cumplir.
Artículo 1170 bis.- La nulidad de la obligación con facultad de sustitución por causal inherente a la prestación debida afecta la obligación entera aun cuando la prestación solutoria no tenga vicio alguno. En el caso inverso, la obligación se convierte en simple.
Artículo 1171.- En caso de duda sobre si la obligación es con prestación alternativa o con facultad de sustitución, se la tiene por la primera.

CAPITULO CUARTO

Relaciones obligatorias con prestación subsidiaria

Artículo 1171 bis.- En la obligación con prestación subsidiaria la imposibilidad de la prestación originaria, con o sin culpa del deudor, da derecho al acreedor a exigir el cumplimiento de la prestación subsidiaria.

TITULO V

Relaciones obligatorias con pluralidad de sujetos

CAPITULO PRIMERO

Relaciones obligatorias con prestaciones divisibles e indivisibles

SUB-CAPITULO I

Relaciones obligatorias con prestación divisible

Artículo 1174.- El beneficio de la división no puede ser opuesto por el heredero del deudor encargado de cumplir la prestación o que se encuentre en posesión de la cosa debida, si ésta es cierta y determinada.

SUB-CAPITULO II

Relaciones obligatorias con prestación indivisible

Artículo 1181. 2do. párrafo.- Si la obligación indivisible es solidaria, se aplican las normas de la solidaridad, con excepción del artículo 1187, así como lo dispuesto por el artículo 1177.

CAPITULO SEGUNDO

Relaciones obligatorias mancomunadas, parciarias y solidarias

SUB-CAPITULO I

Relaciones obligatorias mancomunadas

Artículo 1181 bis.- Si los acreedores son mancomunados, el derecho de crédito debe ser ejercitado conjuntamente por ellos. El deudor se libera pagando a todos los acreedores conjuntamente.
Si los deudores son mancomunados la exigencia de pago debe efectuarse al conjunto de ellos. Los deudores se liberan pagando conjuntamente al acreedor común.
Artículo 1181 ter.- El crédito o deuda mancomunados se benefician o perjudican sólo por los actos colectivos de los acreedores o deudores, respectivamente.

SUB-CAPITULO II

Relaciones obligatorias parciarias

Artículo 1182.- Los actos que benefician o perjudican a uno o algunos de los acreedores o deudores parciarios, no producen efecto respecto de los demás.
Artículo 1182 bis.- Las obligaciones parciarias se rigen por las reglas de las obligaciones divisibles.

SUB-CAPITULO III

Relaciones obligatorias solidarias

Artículo 1183.- La solidaridad de deudores se presume, salvo que lo contrario resulte de la ley o del título de la obligación.
La solidaridad de acreedores no se presume. Sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa.
Artículo 1192.- Cada uno de los deudores solidarios puede oponer sólo los medios de defensa que le son personales y los comunes a todos ellos.
A su turno, el deudor común no puede oponer a un acreedor solidario los medios de defensa que son personales de los otros acreedores.
Artículo 1193.- La sentencia pronunciada en el proceso seguido entre el acreedor y uno de los deudores solidarios, o entre el deudor y uno de los acreedores solidarios, no surte efecto contra los demás codeudores o coacreedores, respectivamente.
Sin embargo, los otros deudores pueden oponerla al acreedor, salvo que se fundamente en las relaciones personales del deudor que fue parte en el proceso. A su turno, los demás acreedores pueden hacerla valer contra el deudor, salvo los medios de defensa que éste pueda oponer a cada uno de ellos.
Artículo 1197. 2do. párrafo.- Sin embargo, el deudor constreñido a pagar tiene derecho a dirigirse contra sus codeudores en vía de subrogación, incluso de haber transcurrido el plazo de prescripción. A su turno, el acreedor que cobra [...]
Artículo 1198.- La renuncia a la prescripción por uno de los codeudores solidarios no surte efecto respecto de los demás. El deudor que hubiese renunciado a la prescripción no tiene derecho a reembolso contra los codeudores que se hubieran

favorecido con la prescripción declarada.
Artículo 1202.- El acreedor que, sin reserva, recibe de uno de los deudores solidarios parte de los frutos adeudados, pierde contra él la acción solidaria por el saldo, pero la conserva en cuanto a los frutos futuros.
Artículo 1204.- Si alguno de los codeudores es insolvente, su porción se distribuye entre los demás, incluyendo al que hizo el pago, de acuerdo con sus intereses en la obligación. [...]

TITULO VI
Reconocimiento de la deuda
Artículo 1205.- El reconocimiento puede efectuarse por testamento o por acto entre vivos. Se practica empleando la misma forma utilizada para constituir la obligación, bajo sanción de nulidad.

TITULO VII
Transmisión de las obligaciones
CAPITULO UNICO
Cesión de derechos
Artículo 1207.- La cesión debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad.
Artículo 1210. 2do. párrafo.- El pacto por el que se prohibe o restringe la cesión no es oponible al cesionario de buena fe, salvo que conste del instrumento por el que se constituyó la obligación o se pruebe que el cesionario conocía dicho instrumento al momento de la cesión.
Artículo 1216.- El deudor que antes de la comunicación, cumple la prestación respecto al cedente, no queda liberado ante el cesionario si éste prueba que dicho deudor conocía de la cesión realizada.

SECCION SEGUNDA
Efectos de la relación obligatoria

TITULO II
Pago
CAPITULO PRIMERO
Disposiciones Generales
Artículo 1219 ter.- El deudor responde con todos sus bienes, presentes y futuros, del cumplimiento de la prestación a su cargo.
Artículo 1225.- Es válido el pago hecho de buena fe a persona que, de modo aparente, goza verosímilmente de la calidad de acreedor, aunque luego se establezca que carecía de ella.
Artículo 1236. 1er. párrafo.- Cuando por mandato de la ley o resolución judicial deba determinarse el valor de una prestación, aquél se calcula al que tenga el día del pago, salvo disposición legal diferente o pacto distinto.
CAPITULO SEGUNDO
Pago de intereses
Artículo 1242.- El interés es retributivo cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro capital en especie.
Es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago.
Artículo 1243.- La tasa máxima del interés voluntario retributivo o moratorio [...]
Artículo 1245.- Cuando deba pagarse interés, sin haberse fijado la tasa, el deudor debe abonar la del interés legal.
Artículo 1246.- (Teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 1324 -aplicable específicamente a las obligaciones con prestación dineraria-, resulta necesario unificar la regla para el caso de que el deudor incurra en mora y no haya pacto de interés moratorio. La regla debe estar diseñada en el sentido de que el acreedor obtenga una efectiva indemnización por la mora, a pesar de la ausencia de tal estipulación.)
Artículo 1250.- Es válido el convenio sobre capitalización de intereses celebrado por escrito, bajo sanción de nulidad, después de contraída la obligación, siempre que medie no menos de un año de atraso en el pago de los intereses.
CAPITULO TERCERO
Pago por consignación
Artículo 1251.- Si el acreedor a quien se hace el ofrecimiento de pago se niega injustificadamente a admitirlo, el deudor queda liberado de la prestación a su cargo si consigna la que debe.
Es necesario, en tal caso, que el ofrecimiento se haya efectuado concurriendo todos los requisitos para que el pago sea válido.
La consignación procede también cuando el deudor, por causas no imputables a él, está impedido de efectuar el pago directamente.
Artículo 1252.- La consignación se tramita de acuerdo con lo establecido en el Código Procesal Civil.
Artículo 1253.- La consignación de dinero u otros bienes que no es impugnada por el acreedor dentro de los cinco días siguientes a su emplazamiento, surte los efectos del pago retroactivamente al día del ofrecimiento o de la fecha en que se produjo el depósito, según el caso.
Artículo 1254.- La consignación impugnada surte los efectos del pago retroactivamente al día del ofrecimiento o de la fecha en que se produjo el depósito, según el caso, cuando la impugnación del acreedor es desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada.
Artículo 1255.- El bien consignado puede ser retirado por quien efectuó la consignación:
1. Antes de su aceptación por el acreedor.
2. Cuando hay impugnación, mientras no sea desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada.
CAPITULO SEXTO
Dación en pago

Artículo 1265.- Si el acreedor consiente en que el deudor se libere ejecutando una prestación distinta de la debida, la obligación se extingue cuando aquélla se cumple.
Artículo 1266.- Si la prestación consiste en la transferencia de la propiedad, posesión o uso de un bien, el deudor está sujeto al saneamiento, salvo que el acreedor prefiera exigir la prestación originaria y el resarcimiento del daño.

CAPITULO SEPTIMO

Pago indebido

Este capítulo debe ser trasladado al Libro VII de Fuentes de las Obligaciones, como Sección Quinta, después del enriquecimiento sin causa y antes de la promesa unilateral.
Se propone el siguiente articulado:
Desplazamiento patrimonial indebido
Artículo A.- El que por error de hecho o de derecho entrega a otro algún bien o cantidad que no debe, puede exigir la restitución de quien la recibió.
Artículo B.- Queda exento de la obligación de restituir quien, creyendo de buena fe que la entrega se hacía por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, limitado o cancelado las garantías de su derecho o dejado transcurrir el plazo de prescripción contra el verdadero deudor. El que hizo la entrega indebida podrá dirigirse sólo contra el verdadero deudor.
Artículo C.- El que de buena fe acepta un bien indebidamente responde de su pérdida o deterioro en cuanto por ellos se hubiese enriquecido.
Artículo D.- El que acepta un bien indebidamente, si ha procedido de mala fe, debe abonar el interés legal cuando se trate de capitales o los frutos percibidos o que ha debido percibir cuando el bien recibido los produjera, desde la fecha del pago indebido.
Además, responde de la pérdida o deterioro que haya sufrido el bien por cualquier causa, y de los perjuicios irrogados a quien lo entregó, hasta que lo recobre.
Puede liberarse de esta responsabilidad, si prueba que la causa no imputable habría afectado al bien del mismo modo si hubiera estado en poder de quien lo entregó.
Artículo E.- Si quien recibe un bien indebidamente de buena fe, lo hubiese enajenado a título oneroso a un tercero que también tuviera buena fe, restituirá la contraprestación o cederá la acción para hacerla efectiva.
Si el bien se hubiese transferido a un tercero a título gratuito, o el tercero, adquirente a título oneroso, hubiese actuado de mala fe, quien efectuó la entrega indebida puede exigir la restitución. En estos casos sólo el tercero, adquirente a título gratuito u oneroso, que actuó de mala fe, estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios irrogados.
Artículo F.- Si quien recibe un bien indebidamente de mala fe, lo enajena a título oneroso a un tercero que tuviera buena fe, quien recibió el bien deberá devolver su valor, más la indemnización de daños y perjuicios.
Si la enajenación se hizo a título gratuito y el tercero procedió de buena fe, quien efectuó la entrega indebida puede exigir la restitución del bien. En este caso, sin embargo, está obligado a pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios sólo quien recibió el pago indebido de mala fe.
Si quien recibe un bien indebidamente de mala fe, lo enajena a un tercero que también actúa de mala fe, quien efectuó la entrega puede exigir la restitución, y a ambos, concurrentemente, la indemnización de daños y perjuicios.
Artículo G.- Corre a cargo de quien pretende haber efectuado la entrega probar el error con que lo hizo, a menos que el demandado negara haber recibido el bien que se le reclame. En este caso, justificada por el demandante la entrega, queda relevado de toda otra prueba. Esto no limita el derecho del demandado para acreditar que le era debido lo que se supone recibió.
Sin embargo, se presume que hubo error cuando se ejecuta una prestación que nunca se debió o que ya estaba pagada. Aquel a quien se pide la devolución, puede probar que la entrega se efectuó a título de liberalidad o por otra causa justificada.
Artículo H.- La restitución de lo indebidamente pagado prescribe a los cinco años de efectuada la entrega.
Artículo I.- No hay repetición de lo pagado en virtud de una deuda prescrita o para cumplir deberes morales o de solidaridad social o para obtener un fin inmoral o ilícito.
Lo pagado para obtener un fin inmoral o ilícito corresponde a la institución encargada del bienestar familiar.
Artículo J.- Las reglas de este capítulo se aplican, en cuanto sean pertinentes, a las obligaciones con prestación de hacer en las que no proceda restituir la prestación y a las obligaciones con prestación de no hacer.
En tales casos, quien cobró indebidamente de buena fe, está obligado sólo a indemnizar aquello en que se hubiese beneficiado. Si procede de mala fe, queda obligado a restituir el íntegro del valor de la prestación, más la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

TITULO III

Novación

Artículo 1278.- Hay novación objetiva cuando el

acreedor y el deudor sustituyen la obligación primitiva por otra, en la que la prestación o su objeto son distintos o el título es diferente.

TITULO V

Condonación

Artículo 1296.- La condonación a uno de los garantes no extingue la obligación del deudor principal. Tampoco extingue, total o parcialmente, la de los demás garantes, salvo que sean solidarios.

TITULO VII

Este título debe pasar a formar parte de la Sección Segunda del Libro VII -Fuentes de las obligaciones-. Podría estar ubicado como Título XI, en el lugar que antes ocupaban la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral.

Los actuales artículos 1302, 1303, 1304, 1305, 1306, 1307, 1310, 1311 y 1312 podrían conservar su texto sin modificaciones, con nueva numeración. Los artículos 1308 y 1309 deberían tener la siguiente redacción:

Transacción

Artículo A.- Si la obligación sobre la cual versa la cuestión dudosa o litigiosa fuera nula, la transacción adolecerá de nulidad. Si fuera anulable y las partes, conociendo el vicio, la celebran, tiene validez la transacción.

Artículo B.- Si la cuestión dudosa o litigiosa versara sobre la anulabilidad de la obligación, y las partes así lo manifestaran expresamente, la transacción será válida.

TITULO VIII

Mutuo disenso

Artículo 1313.- Por el mutuo disenso, las partes acuerdan extinguir una relación obligatoria. Si perjudica el derecho de tercero se tiene por no efectuado.

IV. CONCLUSION

El camino de la reforma está trazado. No es sencillo anticipar el tiempo que tomará, si bien resulta menos complicado imaginar los obstáculos que habrá de enfrentar.

No importa. Parafraseando a un legendario torero español, Rafael Guerra, Guerrita, lo que tiene que ser, tiene que ser y, además, es inevitable. En este sentido participo de lo que decía George Bataille, cuyas palabras hago mías para terminar:

«Todo aquello que es humanamente posible se debe intentar, merece la pena hacerlo y se puede lograr con éxito».

LA OBLIGACION DE ENAJENAR Y EL SISTEMA DE TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD INMUEBLE EN EL PERU *

Gastón Fernández Cruz
Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú
Universidad de Lima

Aun cuando la doctrina peruana ha discutido con insistencia acerca del régimen de transferencia de la propiedad inmueble adoptado por nuestro Código Civil, puede afirmarse con certeza que la mayor parte de los estudios realizados hasta la fecha son de carácter exegético, e intentan explicar simplemente qué es lo que las normas civiles quisieron decir; para estos trabajos, el objetivo principal consiste en salvar las contradicciones en que incurre nuestro Código por las disposiciones contenidas en los artículos 949, 1135 y 1529 del Código Civil, por citar tan solo algunas normas.

El doctor Gastón Fernández Cruz desarrolla en el presente artículo su posición particular respecto a los alcances del sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú, pero cambia la perspectiva que usualmente ha venido siendo utilizada en estudios de este tipo: el trabajo del autor es una defensa del consenso como sistema adecuado de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú. Para realizarla, recurre al análisis de los diversos sistemas de transferencia de la propiedad inmueble en el mundo y procura definir cuáles son los fines que un sistema de transferencia ideal debe cumplir. Este es, sin duda, un trabajo destinado a generar polémica, por la audacia con que algunas ideas son expuestas y por la frontal crítica que, en algunos de sus puntos, se hace a las normas de nuestra codificación civil.

SUMARIO: I. Introducción. II. La función económica de los sistemas de transferencia del dominio inmobiliario. III. La función social de los sistemas de transferencia del dominio inmobiliario. IV. La transferencia de la propiedad por medio de la cooperación. V. Obligación de dar; obligación de enajenar y transferencia de la propiedad. VI. El principio consensualístico y la codificación peruana: análisis de la transferencia de la propiedad inmueble en el Perú. VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCION

1. Uno de los temas en el Derecho Civil Patrimonial sujeto siempre a polémica, posiciones encontradas y disenso doctrinario casi absoluto, está representado por la fórmula legal que debe adoptar la transmisión del dominio inmobiliario en un sistema jurídico determinado. De allí que, en el año de 1989, nos sintiéramos tentados a escribir un trabajo que, bajo la perspectiva del rol que cumple la publicidad en los derechos reales, analizara los distintos sistemas de transferencia de la propiedad inmueble en el Derecho Comparado. Dicho artículo -de carácter meramente expositivo y hasta acrítico- tuvo en realidad la sola pretensión de servir como marco introductorio general a otro trabajo que debía realizarse con posterioridad y en el cual se analizaría, esta vez a profundidad, cuál de todos los sistemas de transmisión del dominio inmobiliario conocidos por la legislación comparada, respondía a la realidad del Perú contemporáneo.

* Ponencia sustentada por el autor en las "Primeras Jornadas de Derecho Civil" organizadas por el Colegio de Abogados de Lima y el Seminario de Derecho Privado "Ramón Serrano Suñer", llevadas a cabo en la ciudad de Lima, capital de la República del Perú, del 8 al 19 de noviembre de 1993.

Razones que no vienen al caso explicar, llevaron a que aquel trabajo introductorio al que estamos haciendo alusión, fuera recién publicado en el año de 1992[1], lo que nos obligó a la pronta elaboración y publicación del presente estudio. Este, pretende ahora analizar la bondad o defecto de reputar al **consenso** como el sistema ideal de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú y, más aún, pretende cuestionar si la obligación constituye el medio idóneo, como vehículo de cooperación, para servir de instrumento de traspaso de la propiedad. En suma, se trata del análisis funcional del artículo 949 del Código Civil peruano: «La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él [...]».

2. Nosotros creemos que, si de lo que se trata es de elegir cuál es la mejor fórmula legal para regular la transmisión del dominio inmobiliario en un sistema jurídico dado, no hay duda que la elección a tomarse al respecto, más allá de representar una opción legislativa, debiera reposar en argumentos de conveniencia económica, social y jurídica.

En rigor, hablar de una argumentación del tipo antes señalado podría llevar a cuestionarnos sobre las funciones que cumple la propiedad en una comunidad dada y la regulación jurídica que debe merecer la transmisión del dominio inmobiliario, la cual, creemos, debe ser consecuente con la realidad económica y social que se pretende reglar.

Sin embargo, queremos advertir al lector que la pretensión de este estudio, no es la de realizar un análisis económico o social de la propiedad como derecho, por lo que no cuestionaremos el carácter de «derecho primario»[2] que posee aquélla en los sistemas jurídicos que reconocen valor a la propiedad privada. Más bien, pretenderemos estudiar las funciones que todo sistema de transferencia de propiedad -y, en nuestro caso, exclusivamente de bienes inmuebles- tiene en una realidad social dada; concretamente, la de la sociedad peruana. Nuestra pretensión es entonces más precisa: el análisis de la circulación de la riqueza inmobiliaria en el Perú y el de su formulación legal.

Empero, precisamente porque nuestro estudio gira en torno al concepto de función, ya doctrina de vieja data nos advierte de lo etéreo, diverso y confuso que puede resultar dicho concepto para el Derecho[3]. La variedad de significados atribuidos al mismo -que nos lleva indistintamente a hablar tanto de función económica o social de la propiedad, como de función económica o social del negocio jurídico, por ejemplo- nos impone la necesidad de precisar el significado que, en este trabajo, asignaremos al vocablo «función». Así, como quiera que nos vamos a referir a la función o funciones reservadas a un sistema jurídico, resulta obvio que no nos estaremos refiriendo a la finalidad o propósito práctico que las partes de un negocio jurídico determinado pretenden alcanzar como resultado empírico[4], sino a la finalidad que el ordenamiento jurídico (entendido como Derecho objetivo) persigue alcanzar mediante la regulación de la transferencia de la propiedad, para la tutela de los intereses subjetivos sometidos al mismo.

3. En el orden de ideas así expuesto, la primera parte de nuestro trabajo estará orientada hacia el análisis de las funciones económico y social que debe cumplir todo sistema de transferencia de dominio inmobiliario, con especial hincapié en la primera de sus funciones, y su aplicación a la realidad concreta del Perú contemporáneo. La segunda parte de nuestro estudio, tratará de demostrar lo innecesario y artificioso que resulta recurrir al concepto de obligación -como argumento jurídico- para justificar el traspaso de la propiedad como modo de adquisición derivada, efecto que debiera producirse en forma directa e inmediata del contrato.

[1] FERNANDEZ CRUZ, Gastón. "La publicidad en la transferencia del dominio inmobiliario". En: *Advocatus. Revista de Derecho.* Año III. Cuarta Entrega. Lima, 1992. pp. 29-40.

[2] BRANCA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Privado.* Traducción de la 6ª ed. italiana realizada por Pablo Macedo. Porrúa, México D.F., 1978. p. 176.

[3] AZPIAZU, Joaquín. *El Derecho de Propiedad. Estudio jurídico y económico.* 2ª ed. Razón y Fe, Madrid, 1930. p. 125.

[4] Y que ha dado lugar a la polémica, aún vigente, sobre la causa subjetiva u objetiva del negocio jurídico en general y del contrato en particular. Para una visión de las posiciones más actuales sobre este tema, ver por todos: SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría General del contrato.* Traducción realizada por Fernando Hinestrosa de la edición italiana que, como volumen cuarto, fascículo segundo, forma parte del Trattato Grosso - Santoro Passarelli. Empresa Editorial Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1991. pp 165-247; y, DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial.* 2ª ed. Tecnos, Madrid, 1983. vol. I, pp. 157-181; en especial, p. 175.

II. LA FUNCION ECONOMICA DE LOS SISTEMAS DE TRANSFERENCIA DEL DOMINIO INMOBILIARIO

4. Hemos afirmado que la mejor regulación jurídica a la transmisión de la propiedad inmobiliaria debe responder a exigencias económicas y sociales que broten de la propia realidad que se pretende normar. Creemos por ello que, en primer lugar, un sistema de transferencia de la propiedad debe responder a un criterio de política social: si el Derecho, para ser efectivo, debe regular una realidad determinada, la solución legal a adoptarse debe responder a las necesidades de los propios individuos integrantes de la comunidad sobre la cual pretende aplicarse un cuerpo legal. Por ello, la fuente primaria y más importante del Derecho, en este aspecto, debe ser **la costumbre**, pues la misma responderá a la función económica que los propios sujetos han escogido para regular sus relaciones de intercambio. Los **usos**, contra lo que muchos juristas espontáneamente están en capacidad de descubrir y admitir, constituye el basamento de nociones tan importantes para el Derecho como son las de **función** e **interés típico**, entendido éste último como «interés de categoría socialmente apreciable en su configuración abstracta»[5].

5. En segundo lugar, sobre la base de la natural orientación que toman las relaciones de intercambio, el legislador debe analizar si esa costumbre, económicamente hablando, traduce la opción más adecuada que maximice la circulación de la riqueza, reduzca los costos de transacción y relativice los riesgos propios de una transferencia de dominio. Esta es, tal vez, la más difícil decisión que debe afrontar y tomar el legislador, pues no siempre la solución más adecuada para dinamizar las transferencias (circulación de la riqueza) coincide con la reducción de los riesgos (que se obtiene a través de un adecuado sistema de publicidad). Ante tal disyuntiva, creemos que el legislador debe optar por privilegiar la solución que favorece la máxima circulación de la riqueza, sacrificando -de ser necesario- la solución óptima de publicidad.

La afirmación antedicha, constituye para nosotros, uno de los puntos de abierta discrepancia con destacados juristas nacionales sobre el tema de transferencia de la propiedad inmueble. No hay duda de que el sistema perfecto de transferencia de dominio es aquél que conjuga las tres finalidades enunciadas líneas arriba:

a) La maximización de la circulación de la riqueza inmobiliaria.

b) La reducción de los costos de transacción, cuando la transferencia de la propiedad inmueble opere por la vía de la cooperación[6].

c) La reducción o eliminación, de ser esto último posible, de todo riesgo de adquisición de un «*non domino*» o de pérdida ulterior de eficacia del derecho adquirido, a través de un sistema publicitario adecuado de exclusión.

6. La esencia del problema, no está entonces en discutir aquello que constituye una verdad evidente, cual es, el de las bondades que debe presentar todo sistema ideal de transferencia de propiedad inmobiliaria. La discusión puede presentarse -y se presenta-, a dos niveles de análisis distintos:

a) Sobre cuál de las tres finalidades o funciones enunciadas en el punto precedente debe priorizarse, por considerarse **esencial** a todo sistema de transferencia de propiedad inmueble.

b) Sobre si la realidad concreta del Perú contemporáneo permite que pueda aplicarse eso que hemos llamado «sistema ideal de transferencia de propiedad inmobiliaria»; esto es, la aplicación concreta, en la sociedad peruana, de las tres finalidades antes mencionadas de maximización de la circulación de la riqueza; reducción de costos de transacción; e implantación de un adecuado sistema de publicidad que elimine riesgos transaccionales.

Nosotros creemos que la función esencial de todo sistema de transferencia de propiedad inmobiliaria es la de maximizar la circulación de la riqueza. Es más, la publicidad resulta necesaria, en tanto y por cuanto es indispensable para todo sistema traslativo de propiedad amparar la buena fe como sustento de la «seguridad dinámica» del Derecho, para favorecer, precisamente, la circulación de la

[5] BETTI, Emilio. *Teoría General de las Obligaciones*. Traducción de la edición italiana realizada por José Luis de los Mozos. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969. t. I, p. 61.

[6] No siempre la transferencia del dominio inmobiliario opera por la vía del contrato -institución jurídica típicamente de cooperación debida-. Así, por ejemplo, la transferencia de propiedad puede operar por la vía *mortis causa*.

riqueza. Oportunamente explicamos en un trabajo nuestro anterior[7] que ya Demogue había sustentado -y creemos, demostrado- que la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario radicaba en la protección de la buena fe de los adquirentes, pues estos representaban el «dinamismo» del comercio jurídico: el Derecho es más seguro, cuando la «gran masa colectiva» que clama por ver protegido su derecho de adquisición, tiene la certeza de estar adquiriendo bien, aún cuando se trate de un no propietario real, sino aparente. De lo contrario, como siempre existiría un gran margen de duda sobre la autenticidad del derecho adquirido, los eventuales adquirentes, al considerar demasiado elevado el riesgo de pérdida de su inversión, dejarían de ser adquirentes, paralizando el tráfico jurídico inmobiliario. Por ello, el Derecho moderno ha abandonado principios jurídicos absolutistas y estáticos como el del «*nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*» (nadie puede transmitir más derecho que el que posee), reemplazándolo por el de «protección al tercero adquirente de buena fe».

7. A diferencia de lo que estamos afirmando, algunos autores como Bullard, en nuestro medio, propugnan la priorización de las funciones de reducción de costos de transacción y de exclusión, como ejes de todo sistema de transferencia de propiedad inmobiliaria. El destacado profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú afirma que «el sistema ideal de propiedad es aquél que permite el máximo grado de exclusión al menor costo posible»[8], negando que el consenso pueda cumplir eficientemente dichas funciones y, por ende, constituye un sistema imperfecto de transferencia de dominio inmobiliario. Al respecto, indica que «[...] si la propiedad se basara en contratos (es decir, que sólo podría excluir a aquellos que celebren contratos conmigo) el valor de ésta será determinado por la cantidad de contratos que se celebren. Así, quien tiene una propiedad que permite excluir a mil personas tiene un bien más valioso que aquél que sólo puede excluir a cien. En este sentido, la propiedad más valiosa imaginable sobre un mismo bien es aquélla que permite excluir a todos los demás [...]»[9].

La opinión antes transcripta -teóricamente válida- constituye sin embargo una verdad ideal, por estar referida, precisamente, a un «sistema ideal de propiedad». En múltiples ocasiones, la realidad social puede demostrarnos que nuestros modelos teóricos de análisis no son compatibles con la situación concreta que pretendemos regular[10]. De allí que en el punto 6 de este estudio, hayamos indicado que la pregunta esencial que cabe formularnos es aquella que nos cuestione sobre si la realidad concreta del Perú actual permite aplicar un sistema de transferencia de la propiedad inmueble que, «otorgando el máximo grado de exclusión, al menor costo posible», maximice la circulación de la riqueza inmobiliaria.

Nuestra respuesta, ante el cuestionamiento anteriormente formulado, es negativa: en el Perú, principalmente por su problema estructural de Estado-Nación (problema de orden sociopolítico)[11], y por su economía aún preponderantemente rural y agraria, se materializa un divorcio entre la función esencial de maximización de la circulación de la riqueza inmobiliaria y la función complementaria de reducción de riesgos a través de un adecuado sistema de publicidad. En nuestra patria, la puesta en práctica, por ejemplo, del sistema registral constitutivo de transferencia de la propiedad inmueble, como modo de transmisión del dominio inmobiliario, dado el nivel socioeconómico y cultural de las grandes mayorías nacionales y la imposibilidad de extender el registro inmobiliario a todos los confines de la patria, pese a significar el sistema más perfecto de seguridad jurídica individual imaginable, incrementaría los costos de transacción a un nivel inaceptable, paralizando las transacciones jurídicas.

[7] FERNANDEZ CRUZ, Gastón. "La Buena Fe en la Concurrencia sobre Bienes Inmuebles". En: *Derecho. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.* n° 41. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, diciembre de 1987. p. 186-194.

[8] BULLARD GONZALES, Alfredo. "Un mundo sin propiedad (análisis del sistema de transferencia de la propiedad inmueble)". En: *Derecho. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.* n° 45. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, diciembre de 1991. p. 138.

[9] BULLARD GONZALES, Alfredo. *Op. cit.* p 139.

[10] Ello, por cuanto responden a valores que consideramos deben darse, pero no se dan en la realidad, representando a fin de cuentas una aspiración social. Estos son los valores puramente ideales. Ver al respecto: FERNANDEZ CRUZ, Gastón. "La Buena Fe...". *Op. cit.* p. 195.

[11] En lo que a este tema atañe, conviene consultar: COTLER, Julio. *Clases, Estado y Nación en el Perú.* En: Colección Perú Problema, n° 17. Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 1978.

8. Repárese que, en el fondo, la abierta discrepancia que mantenemos con posiciones como las del profesor Bullard, radica en la distinta concepción que se tiene del concepto de seguridad jurídica. Creemos percibir que para el citado jurista, así como para tantos otros formados en el análisis económico de la propiedad, en escuelas americanas tan prestigiosas como la Universidad de Yale, dicho concepto (la propiedad) sigue teñido de un gran contenido liberal-individualista. Su afirmación transcripta en este artículo -que motiva la nota a pie de página número nueve- trata de demostrar cómo la seguridad reclamada por un adquirente es de **su propiedad** (estática) frente a otras, de alguien que quiere oponer **su adquisición** a todo el mundo, para que de esta manera, **su propiedad** se torne lo más valiosa imaginable (visión individualista, tutelar del propietario de derechos como personaje inatacable y dueño de una situación jurídica oponible atodos, *erga omnes*).

El consenso, en cambio, tiene la virtud de ser más ágil como modo de transmisión inmobiliaria, aunque -no hay duda-, **individualmente hablando** deje al adquirente a merced de mayores riesgos de pérdida de su propiedad personal, comparado con el registro constitutivo, también como modo de transferencia de la propiedad inmueble. Lo que a veces no se repara es que, colectiva y socialmente hablando, como el consenso constituye la forma más rápida y menos onerosa de generar transferencias, su elección como modo legal de transmisión inmobiliaria en un sistema jurídico concreto, determinará que más transferencias existan, con la lógica consecuencia de crear más y nuevos casos de riqueza.

Sin embargo, como la publicidad que pueda brindar el consenso como modo de transferencia es casi nula a nivel individual, el sistema jurídico -que ha tenido que adoptar a dicho instituto como modo legal de transmisión inmobiliaria, por cuanto es el único que maximiza la circulación de la riqueza inmobiliaria según su realidad determinada- tiene que brindar o permitir medios alternativos de protección de la propiedad individual. Así, se introducen o se permiten medidas tales como:

a) La implantación, con carácter general, del registro declarativo de la propiedad inmueble, como modo de oponer derechos sobre inmuebles a terceros.

b) La exigencia de que el registro de la propiedad inmueble, adoptado como medio de publicidad declarativo para oponer derechos, no sea convalidante de actos nulos, permitiendo anular la inscripción registral cuando ésta se ha realizado en contravención de la buena fe civil que norma la contratación (por ejemplo, artículos IX del Título Preliminar del Código Civil y 173, inciso c, del Reglamento General de los Registros Públicos del Perú); y acoja el principio registral aquel de «el conocimiento suple el defecto de publicidad».

c) Que, en los lugares donde no exista un registro público, los enajenantes y adquirentes tengan plena libertad contractual de pactar el medio de publicidad que consideren el más conveniente a sus intereses, tales como el de testigos, con vecinos y notables de la localidad, o autoridades.

En consecuencia, cuando nosotros propugnamos un concepto de seguridad jurídica dinámica, en contra del concepto clásico de seguridad jurídica estática, en el fondo, estamos afirmando que el «principio jurídico de protección al tercero adquirente de buena fe», debe inspirar toda solución en el Derecho (y no solamente respecto al derecho de propiedad) y que la sola protección legal al mejor modo de generar más riqueza inmobiliaria, incentiva la circulación de bienes y, en general, el tráfico jurídico inmobiliario, que es el concepto de seguridad jurídica que reclama la sociedad (visión colectiva), protegiendo a los adquirentes en conjunto, en su condición de tales (configuración abstracta), con prescindencia de la situación concreta del señor «x», quien, individualmente, deberá buscar los medios alternativos que le brinda el orden jurídico para la tutela de su interés específico (acceder al registro declarativo de la propiedad, por ejemplo).

9. Creemos merecer, cuando menos, el beneficio de la duda razonable. Sobre este punto, a los escépticos cabría pedirles que se cuestionen por qué aún hoy, en países como Italia, cuna del Derecho moderno contemporáneo en la familia romano-germánica, sigue vigente el consenso como modo de transferencia del dominio inmobiliario y el registro de la propiedad, como medio declarativo de oponer derechos a terceros. Obviamente, la razón no puede estar en una aparente economía subdesarrollada (argumento que muchos invocan para sostener el consenso como modo de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú), toda vez que Italia conforma el denominado «Grupo de los Siete» (las naciones más desarrolladas del mundo); sino, por el contrario, precisamente porque se considera que la realidad socioeconómica italiana (de origen agrario) encuentra en el consenso, el mejor modo de maximizar la circulación de la riqueza.

Tal circunstancia ha sido puesta de relieve, acertadamente, por el profesor de la Universidad de

Bologna, Massimo Franzoni [12], quien ha afirmado que «en el ámbito de la macroeconomía, las grandes elecciones tendientes a favorecer la máxima circulación de la riqueza son regidas por el principio consensualista [...]. La propiedad pasa con el consentimiento legítimamente manifestado por las partes y no por efecto de la entrega de la cosa objeto de la transferencia, o por efecto de la transcripción en los registros inmobiliarios [...]. Es indudable que tal elección es fuente de mayores controversias -piénsese en las vicisitudes judiciales en el tema de la doble venta inmobiliaria- [...]. No obstante, tal elección, está dirigida a favorecer las ocasiones orientadas a hacer circular la riqueza, aún cuando éstas traigan consigo el riesgo de incrementar las hipótesis de recursos a la Magistratura. [...]

En otros términos, eso significa que la elección de fondo radica en que, a más transferencias existan, más los adquirentes son tutelados, pues mayores son las ocasiones de crear casos de nueva riqueza. Se quiere tutelar la seguridad del tráfico y, por consiguiente, el interés del comerciante, poniéndolo al reparo del riesgo de la acción de reivindicación del propietario originario [...]».

Consideramos que lo dicho por el joven profesor extraordinario de la Universidad de Bologna explica, de la mejor forma posible, aquello que pretendemos nosotros sustentar: que existe seguridad jurídica en el derecho de propiedad, cuando aquella es concebida en forma «dinámica»; esto es, mediante la tutela de la buena fe de los adquirentes que persiguen rapidez y bajo costo en sus transacciones comerciales; protección que no sólo brinda el Derecho, a nivel individual, mediante la inscripción registral, sino a través de la incorporación legislativa de manera general del principio jurídico de «protección al tercero adquirente de buena fe».

En nuestro Código Civil, hay múltiples ejemplos que demuestran que la intención de la ley ha sido la de consagrar -de manera general- este principio. Así tenemos:

- En el Libro de Acto Jurídico, los artículos 152 y 162, en materia de Representación; 191 y 194, en materia de Simulación; 195 y 197, en materia de Fraude;

- En el Libro de Reales, los artículos 903 y 908, en materia de Posesión; 941, 942, 944, 945, 946 y 948, en materia de Adquisición y Transmisión de la Propiedad; 950 y 951, en materia de Prescripción Adquisitiva;

- En el Libro de Obligaciones, los artículos 1135 y 1136, en materia de Concurrencia de Acreedores; 1210, en materia de Cesión de Derechos; 1223, 1268, 1270, 1271, 1272 y 1276, en materia de Pago;

- En el Libro de Contratos, los artículos 1363, 1439, 1466 y 1495; pero, sobre todo, los artículos 1539 y 1540, sobre Compraventa de Bien Ajeno.

Entre todos los artículos antes mencionados, merece destacarse en forma especial, el numeral 948 que regula la «adquisición a *non domino*», precepto que representa la piedra angular de protección a los terceros adquirentes de buena fe, que son protegidos en su adquisición, aún en los casos que el enajenante carezca de facultad de disposición.

10. Repárese también que, aún dentro de los sistemas registrales constitutivos de la propiedad convalidante de actos nulos, esa pretensión de hacer coincidir seguridad colectiva con seguridad individual, no es total, pese a recurrirse a la ficción del «acto abstracto», desde que siempre cabe la indemnización del Estado a un dueño injustamente despojado de su propiedad por error en la inmatriculación [13].

Este concepto de «seguridad dinámica» -en palabras de Betti- refiriéndose al sistema alemán de transferencia de la propiedad inmobiliaria, «implica una función constitutiva que es extraña a la tarea de la publicidad inmobiliaria», prefiriendo los sistemas que, como el italiano y el español, adoptan el registro declarativo de la propiedad, por cuanto «sin merma de la seguridad dinámica de los actos de circulación e intercambio, constituye un elemento de agilidad para la actualización de

[12] FRANZONI, Massimo. "El Libro de las Obligaciones y de los Contratos". Ponencia presentada en el Congreso Internacional "Presencia Jurídica Italiana en el Perú" organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima en el mes de noviembre de 1992. Traducción no oficial realizada por los organizadores. p. 4. Trabajo inédito.

[13] Ver al respecto, por todos: NOAILLES. *Derechos Reales*. Roque de Palma Editor, Buenos Aires, 1958. p. 530; y MIRANDA. "Transmisión y constitución de derechos inmobiliarios en Australia". En: Ponencias de la Delegación Argentina ante el XVI Congreso Internacional del Notariado Latino. Lima, 1982. p. 421. Citados en: FERNANDEZ CRUZ, Gastón. "La Publicidad...". *Op. cit.* pp. 38, 40.

las fincas registrales» [14]. En el fondo, el destacado profesor italiano, criticaba la creación de un concepto «artificial» de «seguridad dinámica», basado en una ficción jurídica de orden legal, como es la teoría del acto abstracto alemán, en donde «la transmisión por inscripción es abstracta con relación al acto jurídico que la determinó. Lo abstracto del acto se manifiesta en su contenido formal y en sus efectos. En su contenido formal porque en el registro no se inscribe la conformidad de las partes con relación al contrato que determinó la transmisión, sino directamente su conformidad con la transmisión misma. En sus efectos, porque la transferencia de propiedad que se produce en virtud del acto de inscripción, depende exclusivamente de este acto y sigue su suerte, y no depende para nada del contrato que haya determinado la inscripción [...]» [15].

11. No puede pues, en definitiva, olvidarse que el concepto de seguridad jurídica reclamado por un orden legal determinado, es aquél que brota como exigencia de la propia realidad que se pretende normar. En ese orden de ideas, nosotros creemos que el Perú de hoy, de economía aún básicamente agraria, de ingresos «*per capita*» sumamente bajos y de problemas de configuración de un Estado-Nación, reclama la puesta en práctica de un modo de transferencia de la propiedad inmueble que maximice la circulación de la riqueza inmobiliaria, a bajos costos de transacción, aún cuando dicha elección suponga un incremento de riesgos transaccionales. Esa elección debe recaer -y ha recaído- en el **consenso** como modo de transferencia de la propiedad inmobiliaria.

Es pues el presente artículo, una defensa del consenso. No como sistema ideal de transmisión del dominio inmobiliario, pero sí como un sistema que responde a la realidad concreta del Perú contemporáneo. Si no, habría que cuestionarse por qué hoy, en el Perú de 1994, en San Mateo, ciudad serrana ubicada aproximadamente a cincuenta kilómetros de Lima, capital de la República, las transferencias de propiedades inmobiliarias se realizan consuetudinariamente por la vía del contrato y sin más publicidad a veces que la exigida por la reducida comunidad, representada a través de la intervención de testigos, que no son sino vecinos y notables de la localidad, o a través de «escrituras imperfectas» extendidas ante el Juez de Paz de la circunscripción.

III. LA FUNCION SOCIAL DE LOS SISTEMAS DE TRANSFERENCIA DEL DOMINIO INMOBILIARIO

12. Hemos afirmado con anterioridad (*supra*, numeral 2), que por «función» entenderíamos la finalidad que el ordenamiento jurídico persigue alcanzar mediante la regulación de la transferencia de la propiedad, para la tutela de los intereses subjetivos sometidos al mismo. Sin embargo, hemos también afirmado, que la pretensión de este trabajo no es la de realizar un análisis económico o social de la propiedad como derecho, produciéndose así una diferenciación entre adquisición de la propiedad y propiedad en sí.

Aun cuando -en términos económicos- es fácilmente entendible la diferencia antes propuesta y en donde, hemos afirmado, la función económica de un sistema de transmisión del dominio inmobiliario es, esencialmente, la de maximización de la circulación de la riqueza inmobiliaria en términos sociales; tal diferenciación es difícil de sustentar, generándose, en la doctrina comparada, cuando menos, dos discrepancias muy marcadas:

a) Una primera, que discute y niega que pueda hablarse de «función social de los sistemas de transferencia de la propiedad», cuando en realidad sólo cabe hablar de una «función social del derecho de propiedad». Así, por ejemplo, Natoli señala: «[...] no interesan, obviamente, aquellas diferencias que puedan demostrar, con referencia a la naturaleza (por ejemplo, mobiliaria o inmobiliaria, artículo 812) de la cosa, ciertas vicisitudes de la propiedad (por ejemplo, adquisición, pérdida, transferencia, etc.), las cuales, aún si a menudo se justifican con la referencia a la relevancia económico-social de la misma cosa [...], no sólo no ponen en evidencia diferencias de régimen relevantes en el ámbito de la disciplina específica del derecho de propiedad, sino antes bien, un campo de acción bastante más vasto; pero producido, también, desde afuera [...], no tocando, ni siquiera indirectamente, el momento de la determinación del contenido de la propiedad [...]» [16].

[14] BETTI, Emilio. "Critica al sistema de transmisión de inmuebles por el mero consentimiento". En: *Revista de la Facultad de Derecho/Universidad Central de Venezuela*. nº 32. Imprenta Universidad de Caracas. Caracas, diciembre de 1965. p. 21.

[15] BETTI, Emilio. "Crítica...". *Op. Cit.* p. 19.

[16] NATOLI, Ugo. *La Proprietá*. 2ª ed. Giuffré, Milán, 1976. t. I, pp. 199-200.

b) Una segunda, que discute la presunta sinonimia que pretende presentarse entre los términos «función» y «finalidad»[17].

13. Las discrepancias antedichas, nos llevan a la necesaria discusión -previa a cualquier toma de posición al respecto- sobre lo que debe entenderse por «función social del derecho de propiedad» y, concretamente, a la discusión de si la propiedad «es» o «tiene» una función social.

En principio, la discusión se ha centrado en admitir o negar un conjunto de permisiones o restricciones impuestas al propietario por el ordenamiento jurídico para disponer de su derecho de propiedad. Así entendido el debate, la problemática de la «función social de la propiedad», no es otra cosa, para algunos, «que una expresión comprensiva de deberes especiales, impuestos al propietario por particulares disposiciones de la ley»[18], que no pueden calificar al derecho de propiedad en sí. Antes bien, la discusión apunta a entender si ese conjunto de limitaciones se colocan fuera del concepto de propiedad, como dato externo, o si se entienden conformantes de la estructura misma del concepto de propiedad.

Así, por ejemplo, la concepción cristiana de la propiedad entiende la función social de ésta como «el ejercicio o uso de la propiedad ordenada directamente e inmediatamente al bien común»[19], en donde se aprecia que la propiedad «tiene» y no «es» una función social. En palabras de Azpiazu, «tener una función social indica no pocas veces encerrar una finalidad, una tendencia dirigida al bien de la sociedad»[20], en donde puede apreciarse la identificación de los términos «función» y «finalidad».

Esta posición, sin embargo, ha sido objeto de variadas críticas, siendo la principal la ensayada por el francés Duguit[21], quien afirmara que la propiedad no es un derecho subjetivo (poder), es una función social.En esta afirmación, hay una toma de posición distinta a la anterior, en donde no se enfoca a la función como una meta a alcanzar, como algo externo a la propiedad como concepto, sino como componente o parte integrante del concepto mismo de propiedad. Es Rodotá[22] en Italia, quien resume de la mejor forma la crítica a la concepción cristiana de la función social de la propiedad. Enseña el destacado autor italiano sobre esta concepción (la cristiana) que «encuadrada dentro del más general conjunto de obligaciones a las que el creyente está sometido, la función social aparece como un temperamento de la propiedad del mismo modo que los límites que se le imponen. Al igual que cualquier otro instrumento a disposición del hombre, la propiedad no se sustrae al destino, a un fin que trasciende al individuo: la función social no es tanto la característica típica como el concreto modo de manifestarse de este fin supraordenado, manteniéndose así como un dato externo, aunque no eliminable [...]»[23]. A continuación, afirma que existe -a su modo de ver- «sólo un parentesco verbal» entre la concepción antes expuesta y el uso moderno de la expresión «función social». La concepción cristiana revela, en verdad, «que su auténtica característica no es la funcional, sino la finalista», que confirman que «el móvil y el fin se colocan en el exterior» de la Institución[24]. Y es que, para el citado autor, debe distinguirse entre «fin» y «función» de una determinada estructura:

- Fin, sería, «el destino a una tarea abstractamente fijada e inmutable».

[17] Confróntese, por ejemplo: RODOTA, Stéfano. *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada.* Traducción del italiano por Luis Díez-Picazo. Civitas, Madrid, 1986. p. 219.

[18] COCO, Giovanni Silvio. *Crisi ed Evoluzione nel Diritto di Proprietá.* Giuffré, Milán, Italia, 1965. p. 34.

[19] NOGUER. *Cuestiones Candentes sobre la Propiedad y el Socialismo.* Madrid, 1924. pp. 7-8. Citado por: AZPIAZU, Joaquín. *Op. cit.* p. 126.

[20] AZPIAZU, Joaquín. *Op. cit.* p. 142.

[21] DUGUIT. *Les Transformations Générales du Droit Privé depuis le Code Napoleón.* París, 1912. p. 27. Citado por: Ibidem. pp. 135, 136. Confróntese también: VILLEY, Michel. En torno al contrato, la Propiedad y la Obligación. Traducción del francés por Carlos Raúl Sanz. Ediciones Ghersi, Buenos Aires, 1980. p. 103.

[22] RODOTA, Stéfano. *Op. cit.* Ver allí, la referencia a la extensa bibliografía existente sobre la concepción cristiana de la propiedad, que entiende a la función social como finalidad a alcanzarse; concretamente, en la nota a pie de página nº 128. pp. 214, 215.

[23] *Ibidem.* p. 216.

[24] *Ibidem.* p. 218.

- Función, en cambio, «la histórica y concreta toma de actitud frente a situaciones siempre renovadas y diversas»; siendo este último «el significado que se atribuye a la función en el uso jurídico más frecuente: en la forma de contraposición entre una estructura rígida y siempre idéntica a sí misma y una función mudable [...]»[25].

La idea de una función social como «elemento constitutivo esencial y no solamente como finalidad sobre la que gira la propiedad»[26], ha llevado a considerar a la función como componente de la estructura de la propiedad, para algunos[27], manifestándose la función social «en el tiempo presente y en los países de democracia occidental, como el instrumento a través del cual una sociedad que reconoce la propiedad privada de los bienes trata de dar a ésta un amplio respiro para extraer de ella las oportunas ventajas. Entendida como un elemento del derecho de propiedad, la función social demuestra ser una característica típica del sistema jurídico capitalista [...]»[28].

Rodotá, por ello, concluye indicando que, para él, la función no puede identificarse con «la banda externa» de la propiedad [29], manifestándose la función social:

a) «Como falta de atribución al propietario de determinadas facultades»;

b) «Como conjunto de condiciones para el ejercicio de las facultades atribuidas»;

c) «Como obligación de ejercitar determinadas facultades sobre la base de una apreciación libre o de acuerdo con modalidades señaladas [...]».

«[...] En ninguna de estas hipótesis el parámetro de referencia es el de la utilidad social»[30].

14. En realidad, la discusión planteada por la doctrina italiana, en torno a si la propiedad «es» o «tiene» una función social, tiene una base legislativa en el artículo 42, segundo párrafo, de la Constitución italiana de 1947, que señala: «[...] La propiedad privada es reconocida y garantizada por la ley, la cual determina los modos de adquisición, de goce y los límites con la finalidad de asegurar su función social yde hacerla accesible a todos [...]»; norma absolutamente compatible con lo dispuesto por el artículo 832 de su Código Civil[31]. La referencia, pues, expresa, a la función social de la propiedad motiva toda la discusión antes reseñada.

En el Perú, no tenemos nosotros norma constitucional análoga que justifique la polémica italiana, por lo que es pacífica la recepción de la sinonimia «función» y «finalidad». Recordemos, al respecto, que la Constitución peruana de 1979, en su artículo 124 prefirió una redacción que aludía al concepto de «interés social» y no al de «función social»[32], norma que ha sufrido variación en la primera parte del artículo 70 de la nueva Constitución aprobada en referéndum el 31 de octubre de 1993, que señala expresamente:

«Artículo 70.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley [...]».

La sustitución de los términos «interés social» por el de «bien común», hace viable una interpreta-

[25] *Ibidem*. p. 219.

[26] BARASSI. "Proprietá e Comproprietá". En: *La Proprietá nel nuovo Codice Civile*. Milán, 1941. p. 174. Citado por: COCO, Giovanni Silvio. *Op. cit.* pp. 34, 35.

[27] RODOTA, Stéfano. *Op. cit.* pp. 220-221. En contra: NICOLO. *L'adempimento dell'obbligo altrui*. Milán, 1936. p. 36. Para este autor, la estructura es "inherente a la naturaleza de una situación y la función a su eficacia en el ordenamiento". Citado por: RODOTA, Stéfano. *Op. cit.* Nota a pie de página nº 147. p. 220.

[28] *Ibidem*. pp. 222-223.

[29] *Ibidem*. p. 239.

[30] *Ibidem*. p. 238.

[31] Artículo 42, segundo párrafo, Constitución italiana de 1947: "[...] La proprietá privata é riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti [...]".
Artículo 832 del Código Civil italiano de 1942: "[...] Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico".

[32] Artículo 124 de la Constitución peruana de 1979: "La propiedad obliga a usar los bienes en armonía con el interés social. El Estado promueve el acceso a la propiedad en todas sus modalidades.
La ley señala las formas, obligaciones, limitaciones y garantías del derecho de propiedad".

ción «finalista» del precepto constitucional, próximo a la interpretación socialcristiana criticada por Rodotá. Esta norma finalmente obliga ahora a interpretar el artículo 923 del Código Civil peruano de 1984, desprovisto de contenido ideológico, entendiéndose por «interés social», el «bien común» de la sociedad peruana[33].

En consecuencia, sí creemos viable una identificación de los términos «función» y «finalidad», que representa la posición que hemos tomado al abordar el presente trabajo; asimismo, no creemos trascendente la discusión en torno a si dicha finalidad o función, se sitúa «dentro» o «fuera» del derecho de propiedad. Al respecto, compartimos la opinión vertida por Natoli en punto a la discusión si la propiedad «es» o «tiene» una función social, para quien, en el fondo, lo que se discute es si se trata «aún de considerar un derecho garantizado al titular de su interés, o bien, si a este tradicional derecho se le ha sustituido por un "deber para la tutela de intereses ajenos"». El desaparecido autor italiano, consideraba en realidad a la propiedad -en el estado actual del ordenamiento italiano- un derecho subjetivo y no una función, el cual, «sin embargo, no se encuentra sin límites y, entre estos, asume particular importancia aquél impuesto por la instancia y el contorno social, en general, en el sentido negativo que se ha visto y que hace que la posibilidad (de poder, no de deber) del comportamiento del propietario se detenga en el límite del comportamiento antisocial»; agregando a continuación: «[...] Si, en este sentido, quiere decirse que la propiedad "tiene" una función social, se puede también considerar que esta afirmación es del todo inocua. Pero se debe ciertamente negar si, contrariamente, se la toma como pretexto para operar una subordinación de lo social a lo individual [...]»[34].

Compartimos la opinión de Natoli antes expresada, pero no aquélla referida a que ciertas vicisitudes de la propiedad, tales como la transferencia de dominio, «no ponen en evidencia diferencias de régimen relevantes en el ámbito de la disciplina específica del derecho de propiedad» (ver *supra*, numeral 12). Creemos que hablar de la función social que cumple un sistema de transferencia de la propiedad no es lo mismo que hablar de la función social de la propiedad, como derecho, simplemente porque entre ambas hay una relación de especie a género; esto es, que aquélla se encuentra indudablemente contenida en ésta.

Si por función social de la propiedad estamos entendiendo el conjunto de condiciones, permisiones y prohibiciones dadas e impuestas al propietario para el ejercicio de su derecho (de propiedad), con el objeto de alcanzar el bien común, la función social que debe cumplir todo sistema de transferencia del dominio inmobiliario queda comprendido dentro de esta noción mayor y no es otra cosa que el conjunto de condiciones, permisiones y prohibiciones dadas e impuestas a los individuos para la autorregulación de su riqueza inmobiliaria: Esto es, si la comunidad en su conjunto, respondiendo a las necesidades de los propios individuos, ha decidido, por ejemplo, considerar suficiente a la voluntad privada para producir un efecto traslativo o, si por el contrario, ha decidido exigir que dicha voluntad se «exteriorice» a través de un modo publicitario concreto que, en sí mismo, sea reputado como el hecho jurídico de transmisión de la propiedad.

Adoptado por un determinado sistema jurídico, un concreto modo de transferencia del dominio inmobiliario, la ley puede establecer permisiones o limitaciones específicas a la transmisión de la propiedad. Así, por ejemplo, permitir o prohibir que las partes puedan pactar un modo distinto de transferencia de la propiedad de aquél señalado por ley (lo que significa considerar a la norma que recoja el sistema de transferencia de la propiedad, como norma imperativa o no); permitir o prohibir que las partes puedan pactar prohibiciones de enajenar; permitir excepciones al principio del «*nemo plus juris*» (vía protección a los «terceros adquirentes de buena fe» y acogimiento de la institución de la «venta de cosa ajena», por ejemplo); permitir o prohibir supuestos de expropiación por interés social o utilidad pública (en aras del bien común); etc.

Vemos entonces, que la función social reconocida a un sistema de transferencia del dominio inmobiliario, no puede ser sino el complemento de la propia función económica reconocida al mismo

[33] Artículo 923 del Código Civil peruano de 1984: "La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley". No obstante, Bobbio cree que las nociones tipo "función social", "interés social" e, incluso, "bien común", son "típicos problemas extradogmáticos que no conciernen a la teoríageneral del derecho y requieren una previa toma de posición ideológica". BOBBIO. *Studi sulla Teoria Generale del Diritto*. Turín, 1955. pp. 9-10. Citado por: RODOTA, Stéfano. *Op. cit.* Nota a pie de página nº 147. p. 220.

[34] NATOLI, Ugo. *Op. cit.* pp. 201-202.

sistema. En el caso del consenso, como modo de transferencia de la propiedad inmueble, la función económica esencial reconocida a este sistema, cual es la de maximización de la circulación de la riqueza inmobiliaria, conlleva la necesidad de que la ley establezca un conjunto de condiciones, permisiones y prohibiciones que regulen el efecto traslativo del contrato. Varias de estas condiciones serán discutidas a continuación; concretamente dos, de naturaleza jurídica: ¿pueden los individuos gozar de competencia para disponer del efecto jurídico traslativo?; y ¿de qué forma, o por qué medio, pueden los particulares disponer del efecto jurídico traslativo? Intentaremos, a continuación, dar respuesta a estas interrogantes.

IV. LA TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD POR MEDIO DE LA COOPERACION

15. Entendido el por qué el consenso constituye el sistema de transferencia de la propiedad inmueble más adecuado para su aplicación a la realidad peruana, por ser aquél que traduce -en términos económicos- la opción más conveniente para maximizar la circulación de la riqueza, dado el carácter eminentemente agrario de la economía nacional, cabe preguntarse por ese tercer argumento de conveniencia del cual hablábamos en la introducción de este ensayo, sobre el que también debiera reposar la elección de la fórmula legal a adoptarse por un sistema jurídico determinado para regular la transmisión de la propiedad inmobiliaria: el jurídico. En términos de dogmática jurídica, la pregunta cabe ser realizada en los términos siguientes:

¿Cuál es el medio de cooperación idóneo para transmitir una propiedad derivada?; ¿basta el consenso para transmitir propiedad, o es necesario recurrir a otro medio de cooperación distinto al contrato?[35].

Para nosotros, el recurso a la noción de obligación -tal y como lo hemos sustentado en un trabajo anterior[36]- se justifica solamente si el interés de un sujeto puede ser satisfecho por otro (que es quien posee aquello que puede satisfacer la necesidad experimentada por aquél), a través de un despliegue de energías de trabajo denominado «prestación». Esto es que, la cooperación entre sujetos puede revestir variadas formas, siendo algunas veces necesario que, para brindar la utilidad deseada, se despliegue el desarrollo de una conducta; mientras que, por otro lado, algunas veces la utilidad deseada puede obtenerse sin el desarrollo de ninguna conducta; esto es, como efecto directo e inmediato de la voluntad contractual.

Lo que en el fondo puede estar en discusión, es la suficiencia de la voluntad para producir el efecto traslativo de la propiedad; pues, de considerarla insuficiente, se debería recurrir a algún medio adicional que «externalice» la voluntad traslativa. La discrepancia así planteada descansa, finalmente, en la diversa importancia y en el diverso contenido que se dé a aquello que Betti llamaba «exigencias de recognoscibilidad social»[37]; esto es, la necesidad de que, para que pueda hablarse propiamente de propiedad, ésta sea oponible «*erga omnes*». Al respecto, nos recuerda Bianca[38], que la más primaria oposición doctrinaria al principio del consenso traslativo, encuentra sustento en la afirmación de que el simple consenso no habría transferido nunca más que una propiedad «relativa», pues la adquisición de la propiedad, como «derecho absoluto», sólo podría producirse como «resultado ulterior al acuerdo: resultado brotado del cumplimiento de la formalidad necesaria para oponer a los terceros la transferencia». De allí afirmaciones como las de HUC: «la publicidad está en la esencia de los derechos reales y [...] el consentimiento no basta para constituirlos»[39], o aquellas de Carnelutti: "la propiedad de una persona contra otro no es propiedad; la propiedad, que es de-

[35] La pregunta así formulada, supone que el análisis de la transferencia de la propiedad inmueble se realice como efecto del consentimiento traslativo, o del consentimiento obligatorio. Esto es, como efecto inmediato o mediato del contrato. Sólo en este último aspecto -se dice- se requiere a la obligación como vehículo de cooperación para alcanzar el efecto real. Perseguiremos, en adelante, averiguar la veracidad de este aserto.

[36] FERNANDEZ CRUZ, Gastón. "La Obligación: Apuntes para una Dogmática Jurídica del Concepto". En: THĒMIS - Revista de Derecho. Publicación trimestral editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda Epoca. nº 27-28. Lima, 1994. pp. 41 a 56.

[37] BETTI, Emilio. "Critica...". *Op. cit.* p 18.

[38] BIANCA, Massimo. "Riflessioni sul Principio del Consenso Traslativo". En: *Studi in Onore di Francesco Santoro - Passarelli. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoles, 1972. vol. I, pp. 295-296.*

[39] HUC. *Le Code Civil Italien et le Code Napoleón.* París, 1868. Citado en: BIANCA, Massimo. *Ibidem.* Nota a pie de página nº 3. p. 296.

recho real por excelencia, o existe frente a todos o no existe [...] »[40].

La recognoscibilidad social gira entonces alrededor de aquella tercera finalidad que nosotros decíamos debía cumplir todo sistema ideal de transferencia de dominio: la reducción de todo riesgo de adquisición de un «*non domino*» o de pérdida ulterior de eficacia del derecho adquirido, a través de un sistema publicitario adecuado de exclusión. Sin embargo, decíamos antes que la importancia y el modo cómo se entienda dicha recognoscibilidad social es diferente en los sistemas jurídicos contemporáneos, dependiendo ello de su adscripción a la categoría general de los sistemas transmisivos de «causa única», a los de «doble causa», o a los de «causa abstracta».

En efecto, en los denominados sistemas transmisivos de causa única, al reputarse a la voluntad suficiente para producir la mutación jurídico-real, puede afirmarse que el contrato -adicionalmente a que pueda producir efectos obligatorios- está en capacidad de producir directamente efectos reales. Aquí, la recognoscibilidad social interesa en un plano individual y concreto, por cuanto se entiende que la finalidad de la publicidad inmobiliaria es distinta a la función constitutiva de la propiedad, que debe responder, ante todo, a la finalidad esencial de maximización de la circulación de la riqueza. Por ello, no es casualidad que la gran mayoría de legislaciones que consagran al consenso como causa atributiva de propiedad, acojan también al registro inmobiliario como declarativo frente a terceros.

En cambio, en los denominados sistemas transmisivos de doble causa, al considerarse a la voluntad insuficiente para producir efectos reales, éstos sólo pueden producirse a través de "actos de disposición" con suficiencia para brindar una recognoscibilidad social adecuada a la constitución de derechos reales. En este sentido, afirma -en nuestro medio- Barchi, lo siguiente: «[...] Decir que el efecto real es mediato, significa que no basta el acto que genera la relación obligatoria («acto de obligación»), sino que se requiere, además, otro acto a través del cual se produce el efecto real («acto de disposición»). A esto se denomina «teoría de la doble causa» o, más comúnmente, «teoría del título y del modo».

En la teoría de la doble causa, el acto que crea la relación obligatoria se denomina «acto de obligación», «título» o «causa remota» (ej. el contrato de compraventa). El acto que produce el efecto real es el «acto de disposición», «modo» o »causa próxima», por medio de éste la situación subjetiva sale del patrimonio del transmitente e ingresa al del adquirente (ej. la tradición, la inscripción, etc.).

En la teoría de la doble causa el «acto de obligación» (título) y el «acto de disposición» (modo) son dos actos distintos pero dependientes [...]»[41].

Repárese que, en realidad, puede resultar no del todo exacto llamar a estos sistemas transmisivos «de doble causa», por cuanto existe sólo una causa jurídica relevante que da origen y justifica una adquisición [42], encontrando lo que se ha llamado «causa próxima» su fundamento en la «causa remota», representando aquélla, sólo la fase ejecutiva de ésta.

Sin embargo, es claro que dentro de estos sistemas, no basta el principio consensualístico para transmitir propiedad, siendo necesaria la ejecución de actos ulteriores como la tradición o la inscripción registral, que serían los únicos capaces de brindar una recognoscibilidad social. En estos sistemas, pues, se privilegia la función publicitaria, por encima de aquélla que persigue la maximización de la circulación de la riqueza inmobiliaria.

Finalmente, en los denominados sistemas transmisivos de causa abstracta, la recognoscibilidad social tiene también otro contenido y otro alcance. En estos sistemas, la causa atributiva de propiedad es independiente de la causa remota que le dio origen, llegando a configurar una verdadera abstracción de la misma, con identidad propia, construyéndose una nueva concepción de seguridad dinámica bajo una presunta conformidad en-

[40] CARNELUTTI. *Teoria Giuridica della Circolazione*. Padua, 1933. Citado en: BIANCA, Massimo, *Ibidem*. Nota a pie de página nº 4. p. 296.

[41] BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. "La Disposición de los Bienes Comunes por la Comunidad de Gananciales: A propósito del artículo 315 del Código Civil peruano". En: *Ratio Iuris. El Informativo. Revista de los estudiantes y bachilleres de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima*. Año I, nº 2. Lima, marzo de 1993. pp. 88 y 89.

[42] De allí que por título, se ha entendido el negocio jurídico que es causa de una adquisición, mientras que el modo, sería el hecho jurídico mismo de adquisición de un derecho. Confróntese: SALVAT. Tratado de Derecho Civil Argentino. Buenos Aires, 1946. Citado en: FERNANDEZ CRUZ, Gastón. "La Publicidad...". *Op. Cit.* p. 30.

tre función constitutiva de la propiedad y función publicitaria. Señala, al respecto, Betti: «[...] El efecto constitutivo descansa sobre la idea de que, con motivo y en ocasión de una transmisión querida por las partes, la ley, para la mayor seguridad del comercio -seguridad dinámica de los actos de transmisión-, pone en marcha un mecanismo de fundación o constitución de derechos que surte sus efectos en la medida y dirección establecidas por la misma ley y prescindiendo relativamente de la voluntad de los otorgantes del acto, según la exigencia de que éste se pueda reconocer en el mundo social, (principio de la recognoscibilidad social) [...]»[43].

16. Los sistemas de transmisión del dominio inmobiliario responden, en general, a cualquiera de las categorías generales indicadas en el punto precedente y, de acuerdo a la dependencia o independencia de las causas en ellos involucradas, responden también a una categoría aún más general que Larenz[44] denominó «sistema de unidad o separación del contrato», en atención a la cantidad de acuerdos de voluntades necesarios para operar la transmisión de la propiedad. De este modo, podríamos ensayar -con exclusivo interés metodológico- la siguiente clasificación general de los sistemas de transmisión del dominio inmobiliario:

SISTEMA DE UNIDAD DE CONTRATO	a) SISTEMA TRANSMISIVO DE CAUSA UNICA	- Sistema Espiritualista o Consensualístico
	b) SISTEMA TRANSMISIVO DE DOBLE CAUSA	- Sistema Real o de "Tradición" - Sistema Registral Constitutivo No Convalidante o Causal
SISTEMA DE SEPARACION DE CONTRATO	SISTEMA TRANSMISIVO DE CAUSA ABSTRACTA	- Sistema Registral Constitutivo Convalidante - Sistema Real Abstracto

Ejemplos típicos de sistemas espiritualistas se indica que son, el sistema italiano (artículo 1376 de su Código Civil), el sistema francés (artículo 1138 de su Código Civil), el sistema portugués (artículo 408 de su Código Civil), el sistema checo (artículos 133 y 134 de su Código Civil), el sistema polaco (artículo 155 de su Código Civil), el sistema japonés (artículo 176 de su Código Civil) y, en América, el sistema mexicano (artículo 2014 de su Código Civil), el sistema paraguayo, pero sólo para inmuebles o en el caso de muebles cuando el adquirente está ya en posesión de la cosa (artículos 1966, 1968 y 2062 de su Código Civil), el sistema boliviano (artículo 521 de su Código Civil), el sistema venezolano (artículo 1161 de su Código Civil), el sistema costarricense (artículo 480 de su Código Civil) y el sistema dominicano (artículo 1138 de su Código Civil).

A su vez, de sistemas reales o de tradición, en los sistemas transmisivos de doble causa: el sistema español (artículos 609 y 1095 de su Código Civil), el sistema argentino (artículos 577, 2524, 2601 y 2609 de su Código Civil), el sistema uruguayo (artículo 775 de su Código Civil), el sistema cubano (artículo 178 de su Código Civil), el sistema portorriqueño (artículos 549 y 1048 de su Código Civil) y el sistema hondureño (artículos 697 y 713 de su Código Civil). En seguida, sólo para muebles, recogen el sistema real: el sistema chileno (artículos 670 y 684 de su Código Civil) y los sistemas que de él derivan: el sistema colombiano (artículos 740 y 754 de su Código Civil) y el sistema ecuatoriano (artículos 705 y 719 de su Código Civil); el sistema salvadoreño (artículo 651 de su Código Civil), el sistema brasileño (artículos 620 y 675 de su Código Civil), el sistema paraguayo (artículo 2062 de su Código Civil) y el sistema peruano (artículo 947 de nuestro Código Civil).

Del mismo modo, dentro del grupo de sistemas transmisivos de doble causa, acogen el sistema registral constitutivo no convalidante o causal, pero sólo para inmuebles: el sistema brasileño (artículo 676 de su Código Civil) y, bajo la ficción de reputar efectuada la tradición con la inscripción en el registro inmobiliario: el sistema chileno (artículo 686 de su Código Civil), el sistema colombiano (artículo 756 de su Código Civil) y el sistema ecuatoriano (artículo 721 de su Código Civil).

Finalmente, en lo que respecta al grupo de sistemas transmisivos de causa abstracta, acogen -para inmuebles- el sistema registral constitutivo convalidante: el sistema alemán (artículo 873, I Parte,

[43] BETTI, Emilio. "Crítica...". *Op. cit.* p. 20.

[44] LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones. Traducción de la edición alemana por Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1957. t. II, p. 27. Confróntese también, en nuestro medio: TORRES MENDEZ, Miguel. *Estudios sobre el contrato de Compraventa.* Parte I. Grijley, Lima, 1993. pp. 51-99.

BGB), el sistema suizo (artículo 971 de su Código Civil) y el sistema Torrens australiano (*Real Property Act* - Ley del 27 de enero de 1958). El denominado sistema real abstracto, es recogido para muebles por el sistema alemán (artículo 929 del BGB) y el sistema suizo (artículos 714 y 717 de su Código Civil).

17. En términos generales, se reconoce que el sistema de transmisión de la propiedad por el mero consentimiento o sistema espiritualista «está en abierto contraste con la concepción del antiguo Derecho Romano, según el cual "el *contractus*" era únicamente fuente del "*vinculum iuris*" denominado "*obligatio*" y, como tal, inidóneo para producir la adquisición del dominio [...]»[45]. Así, resultará importante entender el por qué, históricamente hablando, el sistema consensualístico surge del propio sistema romano, tal y como nos lo recuerda Betti. En Roma, para que una transmisión dominical se produjera, «era necesario un modo de transmitir que hiciera reconocible en la órbita social la modificación jurídica, ya a través del traspaso de la posesión por la "*traditio*", la entrega de la cosa, ya mediante el acabamiento de ciertas formas solemnes, como la "*mancipatio*" y la "*in iure cessio*". Con la compraventa, por ejemplo, el vendedor asumía solamente la obligación de transmitir una posesión que garantizaba como libre de pretensiones ajenas (*vacua possessio*) y de llevar a cabo el acto de transmisión necesario para la "*res mancipi*". Sólo en un momento ulterior, después de concluido "*el contractus*", tenía lugar la *traditio* y la *mancipatio*, integradas, si era preciso, por la *usucapio* [...]»[46].

Sin embargo, se admite ya en Roma, por excepción, una «forma espiritual» de tradición representada por la tradición ficta y, en especial, por el "*constitutum possessorium*", del cual se valdrá todo el Derecho postclásico [47] para deducir de él, la transmisión por el mero consentimiento. Dice, al respecto, Betti: «[...] De hecho, el constituto posesorio aplicado sin limitaciones ha servido también de anillo histórico y de puente de pasaje para destruir el sistema fundado sobre la necesidad de la "*traditio*"» y dar lugar al sistema opuesto de la transmisión por el mero consentimiento [...]»[48].

Así, se arriba al sistema francés, que constituye el primer cuerpo legal, a través del *Code* Napoleón, en consagrar legislativamente el sistema espiritualista de transmisión de la propiedad, prescribiendo en su artículo 1138, primer párrafo: «la obligación de entregar la cosa se perfecciona por el simple consentimiento de las partes contratantes».

Aún cuando hoy, la propia doctrina comparada, reconoce más que nada una imprecisión en la redacción de la norma del *Code* Napoleón [49], antes que dudar de que el sistema francés sea un sistema transmisivo de causa única, muchos de los códigos que tomaron de modelo al francés, heredaron no sólo la redacción imprecisa, sino la interpretación errónea que se hizo de la misma, en dos sentidos:

a) Una primera, que exige la presencia de la obligación, como vehículo de cooperación para transferir propiedad (dado que la propia norma hablaba de «la obligación de entregar la cosa [...]»).

b) Una segunda, que llevando al extremo una ficción jurídica, ha intentado entender dicha norma (o sus equivalentes en cada código heredero del francés) como sustentatoria de un sistema transmisivo de doble causa; esto es, de título y modo.

En realidad, tal y como pretenderemos demostrarlo a continuación, ninguna de las dos interpreta-

[45] BETTI, Emilio. "Crítica...". *Op. Cit.* p. 9.

[46] *Ibidem.*

[47] Principalmente, la Escuela del Derecho Natural con GROCIO y PUFENDORFF. Confróntese: MAZEAUD, Henri, León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda, vol. IV: Derechos Reales Principales: El Derecho de Propiedad y sus desmembraciones.* Traducción de la primera edición francesa por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-America, Buenos Aires, 1960. p. 328.

[48] BETTI, Emilio. "Crítica...". *Op. cit.* p 10.

[49] Al respecto, señala Bianca: "[...] Según el artículo 1138, en efecto, el simple consenso entre las partes perfeccionaría la obligación "de livrer la chose", y esta obligación tornaría propietario al acreedor [...]". Esta redacción, introduce una grave confusión a la que alude elreconocido profesor de la Universidad de Roma, quien hace notar el contrasentido de recurrir al concepto de obligación para sancionar los efectos traslativos del contrato, máxime si el artículo 1583 del Code Napoleón parece aludir a cierta eficacia real producida directamente del contrato. Señala Bianca: "[...] El principio no era formulado claramente. Pero a la incertidumbre de su entendimiento había contribuido sobre todo la ambigüedad de la norma que sancionaba los efectos traslativos de la venta: norma que declaraba suficiente el consenso sobre la cosa y sobre el precio para hacer adquirir la propiedad al adquirente "con respecto al vendedor" (artículo 1583)". BIANCA, Massimo. *Op. cit.* p. 295.

ciones son sustentables lógicamente. Sin embargo, no sólo han sido planteadas en doctrina, sino, como tambiénveremos, parecen ser las dos interpretaciones hasta hace poco prevalecientes en el Perú, para entender el artículo 949 del Código Civil peruano.

V. OBLIGACION DE DAR, OBLIGACION DE ENAJENAR Y TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD

18. Dentro de la familia romano-germánica, es usual definir a la obligación de dar como aquélla que tiene por finalidad «hacer adquirir, o procurar, al acreedor la propiedad de una cosa o de algún otro derecho», de manera que «el cumplimiento de tal obligación puede consistir, sea en la ejecución de un acto traslativo, que proviniendo *"a domino"* transfiera o constituya el derecho; sea por otro comportamiento del deudor, distinto de una manifestación de voluntad traslativa, con tal que sea suficiente para producir el resultado debido [...]»[50].

De otro lado, a veces se ha afirmado -en términos aún mas generales- que la obligación de dar consiste en la entrega de una cosa[51], entendido «entrega» en un sentido lato; esto es, comprendiendo:

- La constitución de derechos reales sobre cosas.
- La transferencia del uso (a través de la entrega, en sentido estricto) de la cosa.
- La restitución de bienes.

Entre las dos definiciones antes indicadas hay algunas diferencias que merecen destacarse: la primera, es una definición de la obligación de dar, típicamente heredada de la doctrina francesa, en donde puede apreciarse el recurso a la noción de obligación para explicar efectos traslativos, aun cuando no sea necesario realizar el despliegue de ninguna conducta. Al respecto, indica Chianale: «[...] A veces con obligación de dar se indica solamente la obligación de transferir un derecho: la prestación debida del deudor consiste, en este caso, exclusivamente en la ejecución de un acto traslativo, o sea en el "incorporar en aquélla la declaración de voluntad traslativa del derecho".

Otras veces, con "obligación de dar" se indica la obligación de entregar una cosa, sin referencia a una consecuencia real: en esta acepción, el deudor del "dar" queda comprometido a transmitir al acreedor la posesión o tenencia de la cosa [...]»[52].

La apreciación de que la prestación pueda consistir en un acto traslativo, en la doctrina italiana, parte tanto de su herencia francesa, como de la propia confusión que el Código italiano plantea en torno a la noción de objeto del contrato, que algunos autores, como Sacco, han preferido llamar, tibiamente, «superposición terminológica», destacando el hecho de que algunos artículos del Código italiano utilizan como sinónimos los términos «objeto» y «prestación»[53]. Ello ha permitido a un vasto sector de la doctrina italiana afirmar que la noción de prestación escapa al ámbito exclusivo de las relaciones obligatorias. Por ejemplo, Mirabelli afirma al respecto: «[...] Se puede observar, sin embargo, que la noción de prestación bien puede ser extendida fuera del campo de las relaciones obligatorias y conducida para comprender no sólo lo que el sujeto se obliga a dar o hacer, sino también a toda modificación de la situación material que deriva del compromiso asumido por las partes en el vínculo contractual o negocial. Puede ser considerada prestación, no solamente, por ejemplo, la entrega de una cosa, sino también la transferencia de un derecho sobre la cosa misma que derive directamente del vínculo contractual [...]»[54].

[50] CHIANALE, Angelo. *Obbligazione di Dare e Trasferimento della Proprietà*. Giuffré, Milán, 1990. pp. 1-2.

[51] CAZEAUX, Pedro y TRIGO REPRESAS, Félix. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Librería Editora Platense, La Plata, 1984. vol. I, pp. 484-485.

[52] CHIANALE, Angelo. *Op. cit.* pp. 2-3.

[53] Indica el citado profesor italiano: "[...] Questa sovrapposizione terminologica pare accettata anche dal legislatore. L'articulo 1322 si riferisce all'oggetto della determinazione delle parti chiamandolo "contenuto". L'articulo 1376 si riferisce alla vicenda cui é finalizzato il contratto chiamandola "oggetto". Negli artt. 1346 e s.s. si parla di oggetto e prestazione come sinonimi, e ivi "prestazione" é piuttosto la vicenda, alla cui produzione é rivolto il contratto, che non il comportamento dedotto nell'obbligazione [...]". SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. "Il Contratto". En: *Trattato di Diritto Privato*, dirigido por Pietro Rescigno. Unione Tipografico - Editrice Torinese, Turín, 1982. vol. 10, t. II, pp. 246-247.

[54] MIRABELLI, Giuseppe. *Commentario del Codice Civile. Delle Obbligazioni. Dei Contratti in Generale. (Artt. 1321-1469)*. Libro IV, Tomo secondo. (Titolo II). Unione Tipografico - Editrice Torinese, Turín, 1980. p. 174. También: SACCO, Rodolfo. Op. cit. p. 246.

Nosotros no compartimos tal posición. Estamos, en cambio, convencidos de que sólo cabe hablar de prestación como acto traslativo, dentro de sistemas transmisivos de doble causa y, específicamente, dentro de un sistema real de transferencia de la propiedad. Creemos que la prestación es un elemento privatista de la obligación, que la tipifica como un medio de cooperación humana, distinto a cualquier otro medio de cooperación. Hemos sostenido con anterioridad que de obligación cabe hablar, siempre que estemos ante una «vinculación intersubjetiva concreta de cooperación de contenido patrimonial», lo que supone siempre y necesariamente, que la utilidad perseguida «se consiga por medio de una prestación, entendida como despliegue de energías de trabajo [...]»[55]. Precisamente, creemos que lo que diferencia al contrato de la obligación, como vehículos de cooperación humana, es la necesidad de que, en la segunda, la utilidad perseguida sólo puede obtenerse utilizando como medio una conducta humana; en cambio, cuando la utilidad perseguida puede obtenerse como consecuencia directa e inmediata de la voluntad, debe ser suficiente el contrato como vehículo de cooperación.

Los sistemas jurídicos que consagran a la tradición como el modo de transferir la propiedad, no hacen sino exigir una conducta humana que exteriorice la voluntad de enajenar; y es en la propia exigencia de esta necesidad de recognoscibilidad social que se postula a la prestación de dar como el modo ideal de transmitir propiedad (con la tradición). Por ello, la segunda de las definiciones dadas sobre la obligación de dar, que la entiende como «entrega de una cosa», encaja perfectamente dentro de un sistema real de transferencia de la propiedad.

17. La construcción teórica lograda por la doctrina italiana sobre la base del Código Civil de 1942, de reputar a la prestación independiente a la noción de obligación, reconoce como legítimo antecedente, la crítica formulada al *Code* Napoleón en el enunciado del principio consensualístico. El Código Civil francés, dentro del capítulo referido a «los efectos de las obligaciones» y, concretamente, en la sección que se ocupa «de la obligación de dar», había prescrito en su artículo 1138: «La obligación de entregar la cosa se perfecciona por el simple consentimiento de las partes contratantes», agregando a continuación: «[...] Ella hace al acreedor propietario y coloca la cosa a su riesgo desde el instante en que haya debido ser entregada [...]»[56].

Comentando el precepto legal antes citado, Josserand señalaba: «[...] En principio, la obligación de transferir la propiedad se ejecuta por sí misma; el artículo 1138, primer párrafo, declara que se "perfecciona", es decir, que se consuma, se completa, por el solo consentimiento de las partes [...] »[57]. Asimismo, Planiol y Ripert indicaban al respecto: «[...] El Derecho francés ha abandonado el antiguo principio que imponía como necesaria la tradición para realizar la transmisión. En nuestras leyes, el contrato es, no solamente fuente de obligaciones como en Derecho Romano, sino también "traslativo de la propiedad". Vender, es enajenar: ambas nociones eran muy distintas en la antigüedad; hoy se confunden. La transmisión de la propiedad se ha convertido en un efecto tan directo e inmediato del contrato como la misma creación de obligaciones. El comprador, el permutante, el donatario devienen "propietarios de la cosa" al mismo tiempo que "acreedores" del enajenante; la obligación de transmitir la propiedad convenida entre las partes, es "ejecutada" al mismo tiempo que se forma. Este resultado se expresa diciendo que la propiedad se transmite por el simple consentimiento [...]»[58].

Se construye así, entonces, una ficción jurídica que, con la sola finalidad de ser fiel al principio romano de que el contrato era productor únicamente de obligaciones, afirma la creación -por el contrato- de una obligación de enajenar, la cual, en el mismo instante que nace, se extingue, sin necesidad de ningún despliegue de conducta por parte del deudor de la misma. Osti, comentando el artículo 1138 del Código Civil francés, indicaba

[55] FERNANDEZ CRUZ, Gastón. "La Obligación...". *Op. cit.* p. 55.

[56] Artículo 1138 del Código Civil francés: "L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties. Elle rend le creancier propietaire et met la chose a ses risques des l'instant ou elle a du etre libree [...]".

[57] JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil.* t. II, vol. II: contratos. Traducción de la tercera edición francesa por Santiago Cunchillos y Manterola. Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía-Editores, Buenos Aires, 1951. p. 59.

[58] PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés.* t. III: Los Bienes. Traducción de la edición francesa por Mario Díaz Cruz. Cultural, La Habana, 1946. p. 534. También: RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil (Según el Tratado de Planiol).* t. VI: Los Derechos Reales. Traducción de la edición francesa por Delia García Daireaux. La Ley, Buenos Aires, 1965. pp. 194-195.

al respecto: «[...] Así, es fácil comprender cómo, frente a la formulación de esa norma del *Code* Napoleón (en la cual es evidente la influencia hasta ahora viva del principio hoy superado por el cual la transferencia de la propiedad era determinada por la tradición de la cosa)[59], la doctrina francesa había encontrado notable dificultad para construir dogmáticamente el contrato traslativo de propiedad o de otro derecho real, no obstante que en tema de venta, el artículo 1583 expresa mucho más claramente el principio, en modo del todo correspondiente a nuestros artículos 1062 y 1498[60]; y como alguno había podido afirmar que la transferencia de la propiedad no sea sino un efecto mediato del contrato, en el sentido que el contrato en sí y por sí se limitaría a producir la obligación de transferir la propiedad, obligación que debería entenderse inmediatamente ejecutada por virtud misma del consenso de los contratantes.

Lo artificioso de esta concepción, por lo cual en sustancia el consenso genera la obligación de dar y al mismo tiempo constituye la ejecución, ha sido largamente puesta de relieve por nuestra doctrina, y no tiene necesidad de ser demostrada [...]»[61].

Repárese que la falacia de una obligación que nace y se extingue al mismo tiempo, sin despliegue alguno de conducta por parte del deudor es, para Osti, evidente; y lo es, desde que la obligación, técnicamente concebida como concepto, es un vehículo de cooperación que necesita, para su configuración, despliegue de energías de trabajo; esto es, que la utilidad perseguida se obtenga por medio de una prestación. Aun cuando estemos ante los denominados «contratos manuales» (aquéllos de ejecución inmediata), repárese que siempre es necesaria una conducta para cumplir (la entrega), pese a que el intervalo entre la génesis contractual y la eficacia obligacional, sea de muy breve tiempo. En la denominada «obligación de enajenar» no sucede esto: simplemente no hay conducta que ejecutar y, por ello mismo, no es obligación. Emulando las famosas palabras de Planiol sobre la causa[62], habría que afirmar que el recurso a la obligación, como filtro necesario para justificar el traspaso de la propiedad por el consenso es falso e inútil:

- Es inútil, por cuanto queda demostrado que 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 »[63]. El recurso a la obligación, técnicamente hablando, sólo se justifica cuando es indispensable para obtener la utilidad deseada, la realización de una conducta humana.

- Es falso, por cuanto queda demostrado que la prestación, como medio, tipifica a la obligación; esto es, no puede haber obligación sin prestación e idear una obligación que «nace y se extingue en el mismo instante», sin que para su cumplimiento deba verificarse conducta alguna. Ello constituye un recurso teórico falaz, creado sólo para justificar un sofisma: el de insistir (como lo postularan los romanos) que el contrato es exclusivamente creador de obligaciones; o, lo que es lo mismo, sostener, encubiertamente, la insuficiencia de la voluntad, por sí misma, para producir el efecto traslativo.

18. La insuficiente y poco convincente interpretación francesa de la obligación de enajenar propagó, sin embargo, sus efectos sobre todoslos sistemas que tomaron de modelo al *Code* Napoleón para sus respectivas codificaciones. Estas legislaciones, no sólo hicieron suya la aseveración de la existencia de una obligación que «nacía y moría» en un mismo instante, sin reparar en su inconsecuencia lógica, sino, que tampoco se preocuparon de realizar un debido análisis de los componentes de dicha obligación, produciéndose

[59] Y que nos lo recuerdan los hermanos Mazeaud cuando refiriéndose a los trabajos preparatorios del Código Civil francés citan la explicación de Portalis de la transmisión "solo consensu" acudiendo a la idea de tradición; así como las sorpresas y dudas de Cambaceres y Bigot De Preameneu. MAZEAUD, Henri, León y Jean. *Op. cit.* Parte Segunda. vol. IV, p. 329.

[60] Código Civil italiano de 1865.

[61] OSTI, Giuseppe. "Contratto (concetto, distinzioni)". En: *Scritti Giuridici*. Giuffré, Milán, 1973. t. II, p. 628. Confróntese, igualmente: BIANCA, Massimo. Diritto Civile. vol. IV: L'obbligazione. Giuffré, Milán, 1991. pp. 14-15; concretamente, la nota a pie de página nº 31: "[...] Il principio consensualistico evita l'artificiosa costruzione di un rapporto obbligatorio che si estingue nel momento stesso in cui si costituisce o addirittura di un rapporto obbligatorio privo di una pretesa creditoria [...]", atribuida a WOLF. "Zum Begriff des Schuldverhältnisses". En: Festgabe Herrfahrdt. Marburg, 1961. p. 202.

[62] PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Op. cit.* t. VI: Las Obligaciones. Primera Parte. pp. 364 ss.

[63] FERNANDEZ CRUZ, Gastón. "La Obligación...". *Op. cit.* p. 55.

un uso promiscuo de la misma, en su uso indistinto con la obligación de dar. A lo sumo, se le consideró por algunos, una especie, dentro del género de las obligaciones de dar, no faltando otros que le atribuían identidad propia y naturaleza jurídica distinta a aquéllas.

Lo cierto es que, dicha promiscuidad, tiene su origen siempre en la miopía jurídica que imposibilitó y, a veces, imposibilita aún, apreciar que no todos los efectos del contrato son efectos obligatorios. Bianca nos recuerda, en torno a este punto, lo siguiente: «[...] Del contrato nace, en efecto, la obligación como resultado instrumental a cargo de una parte para la realización del resultado jurídico o material programado. La realización del resultado jurídico puede, sin embargo, no pasar a través de la relación obligatoria, en cuanto tal resultado puede ser realizado por efecto inmediato del contrato. En nuestro ordenamiento la directa realización del resultado jurídico contractual ocurre, por regla, en los contratos de enajenación, esto es, en los contratos que tienen por objeto la transferencia de un derecho o la constitución de un derecho real limitado [...]». Agregando a continuación: «[...] Los contratos de enajenación que tienen una inmediata eficacia traslativa son llamados contratos de efectos reales y distinguidos respecto de los contratos obligatorios, productivos sólo de efectos obligatorios. Esta distinción no debe hacer olvidar que también los contratos de efectos reales comprometen al enajenante en orden al resultado traslativo. En nuestro ordenamiento, la constitución de la relación obligatoria en cabeza del enajenante es un tránsito superfluo en cuanto la adquisición se determina por efecto del contrato. Empero se trata, de cualquier modo, de un resultado al cual el enajenante está comprometido en base al significado práctico del contrato. Si el resultado no se realiza inmediatamente, el compromiso contractual del enajenante se traduce en términos de relación obligatoria, esto es de obligación de procurar al adquirente la adquisición prevista en el contrato [...]»[64]. En la misma línea teórica, ya con anterioridad Osti había indicado que la circunstancia que el efecto real traslativo de la propiedad se produjera como consecuencia inmediata del contrato, no enervaba el hecho que dicho efecto real se acompañare «[...] las más de las veces con efectos obligatorios, no sólo por la posibilidad que con el contrato mismo se constituyan obligaciones de carácter accesorio respecto a la transferencia de la propiedad o bien a la constitución o la transferencia de otros derechos reales, sino justamente por la necesidad de asegurar tales efectos principales [...]»[65].

Asimismo, Natoli, es definitivo al plantearnos -a la luz del Código italiano de 1942- la absoluta independencia del efecto traslativo del contrato del concepto de obligación de dar, correspondiéndole a ésta, a lo sumo, una finalidad complementaria. Menciona el citado autor que en el Código italiano «[...] no se habla más de obligación de dar, pero el artículo 1177 sí hace referencia a aquélla de entregar (una cosa determinada) para precisar que ésta comprende la necesidad de la custodia hasta la entrega. Se alude, por lo tanto, a las hipótesis en las cuales la mutación constitutiva o traslativa de un derecho (cualquiera sea su naturaleza) en orden a una determinada cosa se ha ya perfeccionado y resta la necesidad de procurar al sujeto a cuyo favor se ha verificado la adquisición, y que en estos límites es también acreedor, la material disponibilidad de la cosa misma (por lo tanto, según cada caso, la posesión o la simple detentación). La obligación tiene, en este sentido, una función residual y típicamente instrumental (cfr. artículos 1476, nº 1; 1575, nº 1), que corresponde sólo en parte a aquélla que, con anterioridad, se consideraba propia de las obligaciones de dar; y el acto, con el cual ella viene cumplida (entrega) y con el que se satisface el interés del acreedor, no modifica la situación jurídica [...]»[66].

Si, entonces, queda perfectamente clara la independencia conceptual del efecto traslativo respecto del efecto obligatorio, en un sistema transmisivo de causa única, la única objeción que se le podría oponer, desde un punto de vista principista, sería la convicción de considerar insuficiente al consenso para producir una mutación real. Este argumento representa, a final de cuentas, un problema de opción -en la generalidad de los casos- entre acoger un sistema transmisivo de causa única u otro de doble causa, en un sistema jurídico dado. Nosotros, sin embargo, consideramos que está fuera de discusión la suficiencia de la volun-

[64] BIANCA, Massimo. "Diritto...". vol. IV. *Op. cit.* pp. 15 y 16.

[65] OSTI, Giuseppe. *Op. cit.* p. 628.

[66] NATOLI, Ugo. "L'attuazione del Rapporto Obbligatorio". t. II: Il Comportamento del Debitore. En: *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, dirigido por Antonio Cicu y Francesco Messineo (continuado por Luigi Mengoni). Giuffré, Milán, 1984. vol. XVI, p. 31.

tad negocial para conseguir el efecto jurídico, incluido el real, desde un punto de vista teórico, en la medida que se convenga que la mutación real no requiere signos de recognoscibilidad social para que ella se verifique, sino, solamente, para oponer dicha mutación a terceros, con carácter declarativo. Si se conviene en esta «cuestión de principio", no cabe duda de la competencia de los particulares para disponer del efecto jurídico[67] que debiera encontrar en la ley su confirmación cuando se regula al contrato «como medio dispositivo de relaciones jurídicas»[68].

VI. EL PRINCIPIO CONSENSUALISTICO Y LA CODIFICACION PERUANA: ANALISIS DE LA TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD INMUEBLE EN EL PERU

19. La historia de la codificación civil peruana y, particularmente, el tratamiento a la transferencia de la propiedad inmueble, no escapa a la influencia del *Code* Napoleón de la que antes hemos hablado (*supra*, numeral 18). Aun cuando nuestra primera codificación republicana resulta ser bastante ambigua en la regulación de la transmisión del dominio inmobiliario (toda vez que el Código Civil peruano de 1852, promulgado durante el gobierno de don José Rufino Echenique, contemplaba en la Sección Tercera, del Libro Segundo, referido a los modos de adquirir el dominio, a la «enajenación» como uno de éstos, prescribiendo en su artículo 571 que «por la enajenación se transfiere a otro el dominio de una cosa, ó a título gratuito, como en la donación, ó a título oneroso, como en la venta y la permuta»), agregaba empero en su artículo 574 que «la enajenación se completa por la tradición, que es la entrega que se hace de una cosa poniéndola a disposición del nuevo dueño», lo que pudo llevar a suponer que no existiría «enajenación», hasta que hubiera entrega de la cosa. Sin embargo, frente a estos dispositivos, existieron otros de claridad meridiana que sustentaron la vigencia del principio consensualístico, tales como el artículo 1308 del Código que estipuló: «En la venta simple pasa la propiedad de la cosa al comprador, aun antes de su entrega y pago del precio».

En su oportunidad, la ambigüedad normativa del Código de 1852 desaparece virtualmente con la promulgación del Código Civil peruano de 1936, quien, con fidelidad envidiable a la codificación francesa de 1804, contempló dentro del Libro Quinto referido al Derecho de Obligaciones y, Sección Segunda, Título I, de las obligaciones de dar,el artículo 1172 que prescribió: «La sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario»[69].

Así, el sistema jurídico peruano, hereda de la codificación napoleónica, no sólo la redacción imprecisa a que hacíamos referencia precedentemente (*supra*, numeral 17, *in fine*), sino también la interpretación francesa de dicho precepto (el artículo 1138 del *Code* Napoleón), que exigía el mecanismo de la obligación, como vehículo de cooperación, para transferir propiedad. Son ilustrativas y claras las opiniones vertidas al respecto por los miembros integrantes de la Comisión Reformadora del Código Civil peruano de 1936, quienes en la Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil de 1936, expresan lo siguiente:

«[...] El Título Primero de esta Sección se refiere a las obligaciones de dar y su exposición requiere un breve desarrollo. Para definir el régimen de estas obligaciones, precisa resolver si conviene adoptar respecto de los inmuebles el sistema que no considera adquirido el derecho real por el simple consentimiento, sino mediante la inscripción; y si tratándose de las cosas muebles, debe mantenerse el principio de que la tradición es requisito indispensable para adquirir el dominio.

Según el Código francés, la propiedad de los inmuebles se trasmite como efecto de la estipulación. Conforme a este sistema, la obligación de entregar se reputa mentalmente ejecutada. La tradición que viene después del pacto, es un hecho que no tiene la virtud de transferir el dominio, sino únicamente de poner al adquirente en aptitud de servirse de la cosa. La obligación nace y muere sin solución de continuidad. Se considera perfecta y ejecutada en el mismo momento de su forma-

[67] BIANCA, Massimo. "Riflessioni...". *Op. cit.* pp. 298 ss.

[68] BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. vol. III. Il Contratto. Giuffré, Milán, 1987. Allí se afirma: "[...] Il riferimento della legge al contratto come mezzo dispositivo di rapporti giuridici appare viceversa confermare la tesi secondo la quale la volontá contrattuale é sempre diretta ad un effetto giuridico, cioé ad un risultato giuridicamente tutelabile [...]". p. 315.

[69] Norma por lo demás compatible con aquélla consignada en la compraventa, que hacía referencia siempre a la "obligación de dar". "Artículo 1383.- Por la compra-venta el vendedor se obliga a trasferir la propiedad de una cosa, y el comprador a pagar el precio en dinero".

ción [..]»; agregando luego: «[..] El sistema del Código francés fue adoptado por el peruano [..]»[70].

20. Siempre nos ha llamado poderosamente la atención el hecho de la recepción pacífica y acrítica por la doctrina peruana de esta interpretación francesa del principio consensualístico; máxime cuando ya la doctrina italiana de ese entonces criticaba vigorosamente a su Código Civil de 1865, heredero del francés, a punto tal que, cuando en 1942 (sólo seis años después de la promulgación de nuestro Código Civil de 1936), se promulga el Código Civil italiano aún hoy vigente, es unánime en la doctrina peninsular la concepción del principio consensualístico entendido como la suficiencia del contrato para producir directa e inmediatamente el efecto real traslativo de propiedad.

Muy por el contrario, nuestra doctrina nacional, no sólo no desarrolla ningún análisis importante sobre esta materia, sino que, en nuestro modesto concepto, entra a un plano de confusión conceptual mucho más grave que aquél atribuido a la doctrina francesa cuando ideó la «obligación de enajenar», como una que nace y «mentalmente» se ejecuta en un mismo instante. Esta confusión mayor de la que estamos hablando, es aquélla que, llevando aún más lejos la ficción jurídica, cree ver en el sistema consensualístico peruano «tipo francés» un sistema transmisivo de doble causa: de título y modo, al más puro estilo románico antiguo.

Cuando el Código Civil peruano de 1984 es sancionado, se produce, en relación a su antecesor, el derogado Código de 1936, dos modificaciones que deben destacarse:

- En primer lugar, la regulación de la transferencia de la propiedad inmueble es llevada del Libro de las Obligaciones, al Libro de los Derechos Reales. Sin embargo, aún bajo el Título II referido a la Propiedad y, concretamente en torno a la problemática de la «transmisión de la propiedad», el artículo 949 de nuestro Código Civil hará una referencia «obligacional», señalando que «la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario».

Con ello, obviamente, como creemos con anterioridad haberlo demostrado, no se está creando ningún «género» nuevo, puesto que no existe ninguna diferenciación válida entre obligación de enajenar y obligación de dar, cuando ésta versa sobre constitución de derechos reales sobre cosas, en la doctrina francesa. Por el contrario, creemos que se ha querido ser aún más fiel a la ficción francesa del efecto traslativo del contrato, refiriendo la existencia de una «obligación que nace y se extingue automáticamente en un mismo instante», produciendo el efecto traslativo. Admitimos, sin embargo, que la falta de referencia expresa al consenso por dicho precepto legal, podría peligrosamente tentar a más de un intérprete a extender esta ficción jurídica del nacimiento y muerte instantánea de una obligación a campos extracontractuales, señalando que la ley puede ser fuente creadora de esta pseudo-obligación, para explicar solamente un supuesto de transmisión inmobiliaria por mandato legal (más propio del Derecho Público. Verbigracia: transferencias de propiedades entre entes públicos; supuestos de expropiación por utilidad pública o interés social; confiscación de bienes por comisión de delitos, etc.).

- En segundo lugar, la regulación de la denominada «cesión de derechos» como **modo** de transmisión de las obligaciones, que consagra -en nuestra opinión- la muy dudosa teoría del título y del modo como regla general de transmisión de derechos. Son ilustrativas, al respecto, las palabras vertidas por Osterling, ponente del Libro VI del Código Civil referido a las Obligaciones, quien señala: «[..] Al optar por la expresión "cesión de derechos" y al ubicar esta figura jurídica en el Libro sobre las Obligaciones, el legislador de 1984 se ha apartado de la impropia terminología utilizada por el Código Civil de 1936, que hablaba de "cesión de créditos". El legislador trata ahora a esta figura, no como un contrato nominado, tal como lo hizo el código anterior, sino como una modalidad obligacional consistente en ceder derechos, lo que se adecua a su verdadera naturaleza [..]»; agregando luego: «[..] Si se observan las normas del Código de 1984 sobre los contratos de compraventa y permuta de bienes inmuebles, se infiere que ellas regulan expresamente no sólo la transferencia de propiedad de tales bienes, sino también la transferencia de derechos, lo que pone de manifiesto que al ser dichos contratos consensuales y no traslativos, el título mediante el cual opera la transferencia del derecho es el respectivo contra-

[70] *Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto del Código Civil Peruano de 1936*. Librería Imprenta Gil, Lima, 1936. p. 16. Confróntese también: GUZMAN FERRER, Fernando. *Código Civil*. t. III: De los Derechos Reales - Del Derecho de las Obligaciones. Universo, Lima, 1977. p. 804.

to, y el modo de transmisión es la cesión. En el caso de los bienes muebles, el título es el contrato de compraventa o de permuta y el modo de adquisición es la entrega [..]»[71].

La opinión vertida, será compartida -no sin algunas variantes- por diversos juristas nacionales, pero todos sin discutir, aparentemente, la aplicación de la teoría del título y el modo a la transferencia de la propiedad en general.

Así, Bigio[72] considerará que el contrato, al mismo tiempo, tratándose de inmuebles, cumple el doble rol de título y modo; De La Puente, de otro lado, afirmará enfáticamente lo siguiente: «[...] el Libro V del Código (Derechos Reales) conserva la antigua distinción romana entre el título de adquisición y el modo de adquirir, estableciendo que la adquisición convencional de la propiedad de los bienes muebles se perfecciona con la tradición, mientras que en el caso de los inmuebles, por aplicación del artículo 949, la obligación detransferir (el título) cobra efecto traslativo (el modo) [..]»[73].

Por nuestra parte, debemos admitir que en más de una ocasión[74] hemos hecho referencia acrítica a estas interpretaciones, a punto tal que, planteando lo que hemos creído constituye «la interpretación peruana de la transferencia de la propiedad como sistema transmisivo de doble causa», pueda haber parecido que compartíamos dicha posición[75]. Ello no es exacto. Lo que hemos afirmado, y hoy reafirmamos, es que en el Código Civil peruano se pretende consagrar la teoría del «título y el modo» como sistema transmisivo de la propiedad en general, siendo la tradición el modo de transferencia de la propiedad mueble y la cesión el modo de transferencia de la propiedad inmueble.

Ello, creemos, más allá de ser conceptualmente inexacto -pues la voluntad no puede cumplir (en el caso de inmuebles) el doble rol de título y modo, desde que no sirve como signo de recognoscibilidad social- representa la opción del Código Civil peruano, comprobada a través de la regulación:

a) De la obligación como filtro necesario para producir el efecto traslativo de transmisión de la propiedad (artículo 949 de nuestro Código Civil).

b) De la cesión como **modo** de transmisión de las obligaciones en general (artículo 1206 del Código Civil); y, sobre todo:

[71] OSTERLING PARODI, Felipe. "Exposición de Motivos y Comentarios al Libro VI del Código Civil (Las Obligaciones)". En: *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios.* Compilación de los trabajos de la Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil, a cargo de Delia Revoredo de Debakey. Artes Gráficas "Industria Avanzada", Lima, 1985. parte III, vol. V, p. 293.

[72] BIGIO CHREM, Jack. "La Compraventa y la Trasmisión de Propiedad". En: *Para Leer el Código Civil.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1988. vol. I. Allí señala: "[...] Es preciso recordar que el Código napoleónico es eminentemente espiritualista, al igual que nuestro Código Civil de 1852, inspirado en el sistema francés. Para estos cuerpos legales, la compra-venta por si sola trasmite la propiedad del bien al comprador.
El nuevo Código Civil conserva, pues, la teoría del título y el modo del Código Civil de 1936 y en consecuencia, es preciso distinguir ante un mismo título de adquisición -constituido por el contrato de compra-venta- cuáles son los modos de adquirir en el nuevo cuerpo civil [..]". Respecto de los inmuebles, señala más adelante: "[...] el contrato de compra-venta de un inmueble es al mismo tiempo el título de adquisición (que crea las obligaciones de dar) y el modo de adquisición (que perfecciona la adquisición del comprador). Título y modo coinciden, pues, en términos generales [..]". pp. 200-202.

[73] DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "Exposición de Motivos y Comentarios.Compraventa". En: *Código Civil. Exposición.... Op. cit.* parte III, vol. VI, p. 200.

[74] Confróntese: FERNANDEZ CRUZ, Gastón. "La Buena Fe...". *Op. cit.* p. 210. También: FERNANDEZ CRUZ, Gastón. "La Publicidad...". Op. cit. p. 30. En el primero de los artículos mencionados, habíamos indicado: "[...] El artículo 949 del Código Civil, al establecer que "la sola obligación de enajenar un inmueble determinado" transmite la propiedad inmueble, en rigor, no establece el consenso como modo de transmisión de la propiedad; es casi por costumbre jurídica que se ha venido afirmando que "el solo consenso transmite propiedad". Lo que sucede es que, en un mismo instante, coetáneamente, coinciden título y modo, que determina el nacimiento de la obligación y su cumplimiento. Así, cuando por medio de un contrato de compraventa se vende un bien inmueble, el título está precisamente representado por dicho contrato, del que nace "la obligación de enajenar", pero que por mandato legal hace operar en el mismo momento al modo de transferencia que está representado por la cesión. En consecuencia, que coincidan por disposición expresa de la ley, título y modo, no significa que sean lo mismo, pudiendo perfectamente diferenciarse el consentimiento de la cesión. Por ello, el artículo 949 del Código Civil no hace sino reconocer a la cesión como el modo por excelencia de transmisión de derechos [..]". (pp. 209-210).

[75] Y así parece haberlo interpretado, por ejemplo, Barchi, en nuestro medio. Ver: BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. "La Disposición...". *Op. cit.* p. 90. (Nota a pie de página nº 21).

c) Del contrato como productor, exclusivamente, de obligaciones (artículos 1351 y 1402 del Código Civil)[76].

Sobre este último punto, creemos que nuestro Código Civil de 1984 opta clara e inequívocamente por reputar al contrato como generador de obligaciones. Dicha afirmación, más allá de lo que cualquier jurista pueda opinar sobre el tema en términos conceptuales y, más allá de la convicción que personalmente tengamos nosotros sobre la suficiencia del contrato para producir directa e inmediatamente un efecto real, creemos es el resultado de una opción legislativa tomada por el Código Civil peruano, sustentada, además de en el basamento legal antes indicado (acápites a), b) y c), precedentes), en razones expresamente declaradas por el legislador[77].

En la misma línea de análisis, el profesor De La Puente, quien sabemos integró la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936, expresaba lo siguiente: «[..] el codificador peruano, que bien pudo abstenerse de definir el objeto del contrato o bien adoptar la posición de su homólogo italiano de limitarse a indicar que tal objeto debe ser posible, lícito y determinado o determinable, decidió, [..] elegir entre esos planteamientos y optó por el de considerar que el objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones.

Considero que la opción tomada por nuestro codificador es acertada, en virtud de las siguientes razones:

a) De acuerdo con la definición contenida en el artículo 1351 del Código Civil, el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Según se ha visto [..], la relación jurídica patrimonial creada por el contrato es una relación obligacional, esto es propia del Derecho de Obligaciones.

Queda descartado, por lo tanto, que en el sistema peruano el contrato pueda crear relaciones distintas que las obligacionales, tales como las familiares, las sucesorias y aún, como se ha visto [..], las reales.

Por otro lado, la relación jurídica patrimonial (obligacional) es el conjunto de obligaciones, con sus correlativos derechos, que ligan a los contratantes, de tal manera que el contrato versa sobre las obligaciones [..]»[78].

21. La pretensión de regulación de la transferencia de la propiedad en general en el Código Civil peruano de 1984 bajo un sistema transmisivo de doble causa, resulta entonces «artificialmente» coherente con la regulación del contrato como creador de obligaciones. Así, cualquier contrato, inclusive aquéllos de efectos reales, producen siempre primariamente una obligación y por ello, cuando se trata del efecto real de transferencia de la propiedad inmueble, el contrato produce una «obligación de enajenar» que «mentalmente se ejecuta», pero que es obligación al fin para el Código peruano. Resultan entonces concordantes artículos como el 949, 1402 y 1529 del Código Civil, norma esta última que consagra al contrato nominado de Compraventa en el Perú como exclusivamente obligatorio (y no traslativo).

Sin embargo, como creemos haber comprobado

[76] Artículo 1351 del Código Civil peruano de 1984: "El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial".
Artículo 1402 del Código Civil peruano de 1984: "El objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones".
De estas dos normas se infiere (aplicación del método sistemático de interpretación), que la relación jurídica patrimonial a que se alude como efecto del contrato, es la relación obligatoria.

[77] Confróntese: ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. "Exposición de Motivos y Comentarios. Contratos en General." En: *Código Civil. Exposición....* Op. cit. parte III, vol. VI. pp. 61-63.

[78] DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil.* Primera Parte. En: Biblioteca para Leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991. vol XI, t. III, p. 288.
Repárese que la afirmación vertida por el profesor De La Puente en el último párrafo de la cita transcripta, podría llevar a entender que la intención del legislador peruano ha sido la de concebir a la relación obligatoria como una relación jurídica total, de carácter supraestructural. Aún cuando compartimos la concepción de la obligación como una relación jurídica de orden superior, no creemos que dicha interpretación se desprenda de todo el articulado del Código Civil peruano y, principalmente, del Libro de las Obligaciones, salvo que se interprete que obligación significa vínculo jurídico y relación obligatoria es sinónimo de relación contractual; terminología ésta, que no compartimos.

en este estudio, del artículo 949 del Código Civil, no se desprende en modo alguno -ni histórica, ni conceptualmente- la existencia de un sistema transmisivo de doble causa. A lo sumo, se trata de una consagración, en pleno final del siglo XX, de teorías francesas de comienzos del siglo XIX, que no pudiendo romper con el peso de la tradición romana de concebir al *contractus* como productor exclusivo del *vinculum iuris*, idearon una ficción para fundamentar un sistema espiritualista de transmisión del dominio, en donde el contrato creaba una obligación que nacía y moría en un mismo instante, aún cuando ello, lógicamente, no se condecía con la naturaleza jurídica de la obligación.

Lo que llama a sorpresa hoy, es la comprobación de que si ni a los franceses se les ocurrió jamás imaginar que el sistema espiritualista planteado en el *Code* Napoleón consagrara un sistema transmisivo de doble causa, sino siempre de causa única, en donde el título (aún cuando necesitara de por medio el «filtro» de la obligación) producía el efecto directo e inmediato de transferencia de la propiedad, el Código Civil peruano de 1984, «importando» la interpretación francesa del artículo 1138 del *Code* Napoleón, la extendiera hasta concebir que, con dicho precepto (el artículo 949 del Código Civil peruano), se consagra la teoría del «título y el modo».

No podemos, particularmente, compartir tal posición. Es más, creemos que partir de la premisa errada de que el artículo 949 del Código Civil peruano consagra un sistema transmisivo de doble causa, se da pie a la existencia de interpretaciones extrañas y hasta peligrosas, tales como las de concebir a la tradición como el **modo** de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú[79].

VII. CONCLUSIONES

22. Como corolario final de este trabajo, creemos de conveniencia realizar ciertas conclusiones que compendien adecuadamente nuestras aseveraciones sobre el tratamiento de la transferencia de la propiedad inmueble en el Perú y el recurso a la obligación como vehículo de cooperación idóneo para lograr el traspaso de la propiedad. En este sentido, creemos que:

A. Un sistema ideal de transferencia de la propiedad inmueble, no cabe duda, es aquél que logra conjugar los criterios de seguridad estática y seguridad dinámica del comercio jurídico inmobiliario; esto es, seguridad individual y seguridad colectiva.

Para ello, debe reconocerse en todo sistema ideal de transferencia de la propiedad inmueble la existencia de tres finalidades concretas:

- La de maximización de la circulación de la riqueza inmobiliaria.

- La de reducción de los costos de transacción, cuando la transferencia de la propiedad opere por la vía de la cooperación.

- La de reducción o eliminación, de ser posible, de todo riesgo -a nivel individual- de adquisición de un «*non domino*», lo que se logra a través de la implantación de signos adecuados de recognoscibilidad social (publicidad).

B. Sin embargo, muchas veces, la realidad concreta que se pretende regular a través del Derecho puede hacer inviable la aplicación de ese «sistema ideal de transmisión de propiedad». Reconociendo

[79] TORRES MENDEZ, Miguel. *Op. cit.* pp. 143-151. Este autor, pese a manejar sólidas fuentes históricas que le permiten entender que «el artículo 949 no es propio del régimen del "título y modo", sino del régimen "consensualista" o "espiritualista"» (confróntese pp. 74-85, con p. 148), se mantiene fiel, dogmáticamente, al entendimiento de que el Código Civil peruano consagra un sistema transmisivo de doble causa. Dentro de este contexto, el artículo 949 del Código Civil no encaja en su razonamiento, por lo que, en principio, pretende "reducir" su ámbito de aplicación. Como entiende dicho precepto propio de sistemas de causa única y, concretamente, de eficacia real directa e inmediata del contrato, parte afirmando que la excepción "salvo disposición legal diferente" contenida en dicho precepto legal, se refiere a todos los contratos típicos que son regulados como contratos obligatorios, entre ellos, la compraventa, en donde al no estar expresamente regulado el "modo" de transferencia de la compraventa inmobiliaria, debe serle de aplicación "analógica" el modo de transferencia de la propiedad mueble (tradición) consagrado en el artículo 947 del Código Civil (confróntese p. 146), transformándose, de esta manera, la tradición, como el "modo" de transferencia de la propiedad inmobiliaria, cuando menos, dentro de los contratos Típicos. Afirma por ello que "el artículo 949 sólo se aplica para los contratos atípicos» (p. 148).
Lo que olvida inexplicablemente el citado autor, es que si la razón de que no se aplique el artículo 949 del Código Civil a los contratos típicos, es que éstos son concebidos por el Código Civil peruano como contratos obligatorios, tampoco sería de aplicación dicha norma a los contratos atípicos, desde que el Código Civil peruano regula al contrato, como categoría general, como productor exclusivo de obligaciones (artículos 1351 y 1402 del Código Civil). Esto es que, en el Perú, al ser el contrato sólo obligatorio, llegaríamos al absurdo de sostener -en la tesis trancripta- que el artículo 949 del Código Civil no tiene aplicación sustantiva.

entonces las limitaciones de nuestros modelos teóricos de análisis, debemos priorizar alguna de las tres funciones indicadas en el acápite A), precedente. En este punto, creemos que las funciones de reducción de costos de transacción y de exclusión deben ceder ante la función esencial de maximización de la circulación de la riqueza.

C. El consenso, como mecanismo de transmisión inmobiliaria, ante la imposibilidad material de aplicar -en un sistema jurídico dado- las tres funciones o finalidades que persigue todo sistema ideal de transmisión de dominio, tiene la virtud de hacer más ágiles las transferencias y, de este modo, maximizar la circulación de la riqueza: «a más transferencias existan, más los adquirentes son tutelados, pues mayores son las ocasiones de crear casos de nueva riqueza». (Franzoni).

Lo indicado precedentemente constituye para nosotros una verdad a nivel macroeconómico y social (colectivo): planteada la disyuntiva entre optar, para un sistema jurídico determinado, entre brindar seguridad estática o seguridad dinámica a un adquirente, creemos que no debe enfocarse el criterio de seguridad jurídica como aquél reclamado por un adquirente individual que clama por el respeto de **su** propiedad (estática) frente a otras; de alguien que quiere oponer **su** adquisición a todo el mundo, para que de esta manera, **su** propiedad se torne lo más valiosa imaginable. (Visión Individualista, tutelar del propietario de derechos como personaje inatacable y dueño de una situación jurídica oponible a todos: *erga omnes*). Se trata, más bien, de implantar con carácter general el «principio jurídico de protección al tercero adquirente de buena fe», pues protegiendo a los adquirentes en conjunto, en su condición de tales (configuración abstracta), con prescindencia de la situación concreta del señor «x», quien, individualmente, debe usar los mecanismos alternativos que le brinda el orden jurídico para la tutela de su interés específico, se está brindando protección legal al mejor modo de generar más riqueza inmobiliaria, incentivando la circulación de bienes. No olvidemos que ese propietario individual de hoy, fue el adquirente abstracto de ayer que clamaba seguridad de adquirir propiedad aún de un no propietario. En la opción, pues, el principio jurídico de protección a los terceros adquirentes de buena fe debe estar en aptitud de derrotar al principio del *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* (nadie puede transmitir más derecho que el que posee).

El consenso, como mecanismo de transmisión inmobiliaria, tiene la virtud de maximizar la circulación de la riqueza, a bajos costos de transacción, aún cuando -es cierto- la seguridad jurídica que brinda es sólo tangible a nivel colectivo y no individual. Por ello, no es el sistema ideal de transferencia del dominio inmobiliario, sino, el más conveniente para maximizar la circulación de la riqueza cuando las condiciones económicas y sociales de una sociedad determinada hacen inaplicable aquello que hemos denominado «sistema ideal de transferencia de la propiedad».

D. La realidad concreta del Perú contemporáneo, en nuestro concepto, tanto por su problema estructural de Estado-Nación (problema de orden sociopolítico), pero más aún por su economía preponderantemente rural y agraria, materializa un divorcio entre la función esencial demaximización de la circulación de la riqueza inmobiliaria y la función complementaria de reducción de riesgos, que debe conllevar a la priorización de la primera función, sobre la segunda. Ello determina la selección del consenso como mecanismo adecuado a nuestra realidad para regular la transmisión inmobiliaria, sin perjuicio de que en las zonas urbanas pueda ya implementarse un registro constitutivo de la propiedad, sobre la base de un adecuado plano catastral.

Repárese que la razón básica de la defensa del consenso como mecanismo de transmisión inmobiliaria en el Perú reposa en argumentos económicos, que son los mismos por los que un país desarrollado como Italia, dada su realidad socioeconómica de origen también agrario, encuentra asimismo en el consenso, el mejor modo de maximizar la circulación de su riqueza.

E. Así como debe reconocerse a un sistema de transferencia del dominio inmobiliario, una función económica esencial, cual es la de maximizar la circulación de la riqueza, debe también reconocérsele una función social, que queda comprendida en aquélla noción mayor de «función social de la propiedad». Si por ésta entendemos el conjunto de condiciones, permisiones y prohibiciones dadas e impuestas al propietario para el ejercicio de su derecho (de propiedad), con el objeto de alcanzar el bien común, la función social que debe cumplir todo sistema de transferencia del dominio inmobiliario no es otra cosa que el conjunto de condiciones, permisiones y prohibiciones dadas e impuestas a los individuos para la autorregulación de su riqueza inmobiliaria. Por ejemplo: permitir o prohibir que las partes puedan pactar un modo distinto de transferencia de la propiedad de aquél señalado por la ley; permitir excepciones al principio del *nemo plus juris* (vía protección a los «terceros adquirentes de buena fe» y acogimiento de la institución de la «venta de

cosa ajena», por ejemplo); permitir o prohibir que las partes puedan pactar prohibiciones de enajenar; permitir o prohibir supuestos de expropiación por interés social o utilidad pública (en aras del bien común).

F. Creemos también que, si de lo que se trata es de elegir cuál es la mejor fórmula legal para regular la transmisión del dominio inmobiliario en un sistema jurídico dado, no hay duda que la elección a tomarse al respecto, además de reposar en argumentos de conveniencia económica y social, debiera reposar en argumentos de conveniencia jurídica. Esto es, la elección del medio de cooperación idóneo para transmitir una propiedad derivada.

Al respecto, creemos que el sistema jurídico peruano de transmisión de la propiedad inmueble, ha consagrado en el artículo 949 del Código Civil de 1984, un sistema espiritualista, que no es, sino, un sistema transmisivo de causa única.

Sin embargo, aún cuando nos encontramos a fines del siglo XX, nuestro Código repite los errores legislativos y conceptuales en que incurrió el *Code* Napoleón a inicios del siglo XIX, cuando ensayara por primera vez a nivel legislativo la regulación de la transmisión de la propiedad por el *solo consensu*. Dichos errores consistieron en recurrir a la noción de obligación como vehículo de cooperación necesario para transmitir propiedad, consagrándose una falacia consistente en la concepción artificiosa de una obligación que nace y se extingue al mismo tiempo, sin despliegue alguno de conducta por parte del deudor, la cual se reputa «mentalmente» ejecutada.

Estamos convencidos que el recurso a la obligación como filtro necesario para justificar el traspaso de la propiedad por el consenso, es -para emplear las famosas palabras de Planiol- falso e inútil:

- Es inútil, por cuanto el contrato es, también, en sí mismo, un vehículo de cooperación, siendo posible que la utilidad perseguida pueda obtenerse por la sola declaración de voluntad de los sujetos, sin necesidad de despliegue alguno de conducta. El recurso a la obligación, técnicamente hablando, sólo se justifica cuando para obtener la utilidad deseada resulta indispensable la realización de una conducta humana (la prestación).

- Es falso, por cuanto la prestación es un elemento tipificante de la obligación (como medio). Esto es, no puede haber obligación sin prestación e idear una obligación que «nace y se extingue en el mismo instante», sin que para su cumplimiento deba verificarse conducta alguna, constituye un recurso teórico falaz, creado sólo para ser fiel a una tradición romana pensada y aplicada en un contexto social diferente, que concebía al *contractus* como fuente únicamente del *vinculum iuris* denominado *obligatio*.

G. El principio consensualístico debe ser entendido, entonces, como la suficiencia del contrato para producir directa e inmediatamente el efecto real traslativo de propiedad. Para ello, no sólo no necesita de la obligación, sino que debe prescindir de ella, tal y como lo hace el artículo 1376 del Código italiano de 1942.

La legislación y la doctrina peruana, sin embargo, se ha mantenido fiel a la interpretación francesa del principio consensualístico y a la noción clásica romana de que el contrato sólo crea obligaciones (de allí la «artificial» coherencia de los artículos 949, 1402 y 1529 del Código Civil de 1984). Pero fue más lejos aún: ha creído ver en el sistema consensualístico peruano un sistema transmisivo de doble causa, es decir, de «título y modo».

Nosotros, con todo el respeto que nos merecen los juristas de la generación inmediatamente anterior a la nuestra, no podemos compartir tal posición. Y es que afirmar, por ejemplo, que en la transferencia de la propiedad inmueble, el contrato representa al título de adquisición y la cesión al modo de adquisición, no es, sino, otra ficción jurídica conceptualmente inexacta, desde que la voluntad no puede cumplir el doble rol de título y modo, dado que es absolutamente ineficaz como signo de recognoscibilidad social.

Discrepamos, con la incomodidad de quien pudiera, osadamente, ofender a sus mayores, pero al mismo tiempo con la seguridad de quien predica en la enseñanza de sus verdaderos maestros. Ya Nietzsche escribió alguna vez al respecto: «Mal se paga al Maestro cuando se sigue siendo alumno», con la esperanza de hacer entender que el maestro cabal es aquél que fomenta la superación en el alumno y la discusión de ideas. Por ello, en la misma incomodidad en la que se encontrara probablemente el profesor De Trazegnies cuando publicara su obra en dos tomos *La Responsabilidad Extracontractual*, en donde planteaba tantas posiciones encontradas con las del Maestro de generaciones, don José León Barandiarán, diremos, como él, que el «plantear posiciones distintas a las del Maestro no es apartarse de su escuela sino, por el contrario, asumir sus enseñanzas», ya que «la discrepancia es, también, una forma (dialéctica) de homenaje».

ALBERTO FLOREZ BARRON
Notario de Lima

El Notario, como profesional imparcial, es un consejero útil dentro de la sociedad.

Morelli 139, tercer piso, San Borja
Telfs. 76-1242 76-1342 76-0891 75-9627
Horario: de lunes a viernes, de 9:00 am a 6:00 pm

Galería de Arte
Moll

Av. Larco 1150-8, Miraflores, Lima 18
Telf. 45-6592
Atención de lunes a sábado: 10 am - 2 pm y 5 pm - 9 pm

EL CUMPLIMIENTO DE PRESTACIONES DINERARIAS EN EL CODIGO CIVIL PERUANO

Eduardo Benavides
Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú
Universidad de Lima

La devaluación y la inflación, problemas que no resultan extraños en nuestro país, y con los que hemos tenido que convivir los peruanos por mucho tiempo, han cuestionado seriamente los planteamientos que el Código Civil incluye, en materia del pago de obligaciones dinerarias.
La polémica no ha sido extraña al legislador y muestra palpable de ello la constituyen las recientes modificaciones realizadas a los artículos 1236 y 1237 del Código Civil. Sin embargo, es mucho todavía lo que puede reformarse, superadas ya las posiciones que afirmaban un nominalismo radical, contrario a una realidad económica tan cambiante en nuestro país.
El doctor Benavides analiza en esta oportunidad la polémica existente entre el nominalismo y el valorismo y, desde una perspectiva pragmática que no debe ser dejada de lado en los estudios doctrinarios, nos introduce en el mundo de las cláusulas que usualmente han sido empleadas para evitar que los problemas económicos afecten la entidad de las prestaciones pactadas en los contratos.
El autor incide particularmente en la problemática que suscita la regulación del tema en el Código Civil peruano y, a diez años de su vigencia, postula la necesidad de reformarlo en este extremo. Sin embargo, no deja de ser consciente -al mismo tiempo- de que corresponde a los jueces una visión mucho más creativa del Derecho.

1. LA POLEMICA ENTRE NOMINALISMO O VALORISMO

El artículo 1234 del Código Civil proclama que «el pago de una deuda contraída en moneda nacional no podrá exigirse en moneda distinta, ni en cantidad diferente al monto nominal originalmente pactado». Se ha recogido, a decir de los comentaristas del Código, el nominalismo como principio y, según se dice, el valorismo no ha sido completamente descartado, pues el artículo 1235 contempla la posibilidad del reajuste de la prestación previo pacto entre las partes.

Además, el primer párrafo del artículo 1236 acoge la distinción formulada en el Derecho alemán entre deudas de dinero y deudas de valor:

«Cuando por mandato de la ley o resolución judicial deba restituirse una prestación o determinar su valor, éste se calcula al que tenga el día del pago salvo disposición legal diferente o pacto en contrario».

Después de lo ocurrido en el Perú durante las últimas dos décadas, no creo que nadie pueda afirmar un nominalismo de manera absoluta y sin excepciones. El nominalismo partía del principio de que la moneda debía conservar su valor, pues siguiendo la famosa definición de Hirschberg «una unidad monetaria es siempre igual a sí misma; una libra es siempre igual a una libra; un dólar es siempre igual a un dólar, etc.; y no se tiene en cuenta ningún cambio externo en el valor de la moneda, principalmente su cotización en re-

lación con otras monedas, ni las modificaciones que su valor sufra en el ámbito interno»[1].

El propio Osterling dice en la Exposición de Motivos del Código que «El nominalismo recoge el principio de que las leyes monetarias son de orden público, que el valor de la moneda debe ser fijado por ley y que su poder liberatorio salvo autorización expresa de la propia ley no debe estar sujeto a pacto entre particulares, pactos estos que en definitiva pueden deteriorar su valor»[2].

La confianza en el nominalismo se basaba en supuestos que la realidad económica se ha encargado de destruir: es el Estado o el Banco Central el único que rige el valor de la moneda, el Estado jamás permitirá una grave devaluación, la moneda nada tiene que ver con el mercado, etc. El propio Osterling parecía confiado en que la Constitución confiaba al BCR la defensa de la estabilidad de la moneda[3].

Los tiempos han cambiado. Hoy en día, después de nuestro 7000% de hiperinflación en 1990, y después de dos cambios de moneda y de devaluaciones de 3000% no podemos proclamar de manera tan tajante como lo hace el nominalismo que una deuda dineraria es siempre cumplida si el deudor entrega la cantidad nominalmente pactada independientemente de si el poder adquisitivo de la moneda ha variado o no.

La validez de dicho pago, según Uribe Restrepo, «descansa en una ficción legal, consistente en que el valor de tal suma no ha cambiado en el lapso transcurrido entre el nacimiento de la obligación y el momento de su solución» [4]. El propio Ripert dice que «esta regla es justa y práctica en los contratos de larga duración pero solo en el caso de no variar sensiblemente el valor de la moneda»[5].

Con el correr del tiempo ha quedado demostrado que el nominalismo no da la seguridad que supuestamente daba, pues la seguridad sin justicia no es seguridad, ni tampoco evita litigios, pues basta ver la avalancha de casos presentados ante los tribunales en épocas de crisis económica, ni mucho menos es una piedra angular de la actividad comercial. La ventaja de saber exactamente cuánto se va a pagar, sin necesidad de recálculos complicados, desaparece cuando los cambios económicos le restan no solo valor sino también sentido y utilidad a la prestación dineraria.

Los reproches al carácter gaseoso, inestable y riesgoso del valorismo parten muchas veces de una visión prejuiciada y distorsionada de este principio. Equivocadamente, se piensa que esta posición pretende que toda deuda se pague según su valor actual. Esto no es del todo cierto.

El valorismo moderno respeta la teoría de los riesgos: si las partes quieren asumir el riesgo de depreciación, que lo asuman. Pero cuando este riesgo no ha sido asumido, y la pérdida de valor es considerable, para que la prestación se mantenga con sentido debe ser actualizada. Y actualizarla no quiere decir aumentarla, sino darle el peso que le corresponde, el que las partes le han querido dar no sólo para el inicio, sino sobre todo para el cumplimiento. Recordemos que las prestaciones son sólo instrumentos para la satisfacción de intereses y que esto no se da si bajo un principio falso, *mark gleich mark*, pretendemos pagar menos de lo que corresponde.

La distinción entre «deudas de dinero» y «deudas de valor», asumida por nuestro Código en los artículos 1234 y 1236, nace en el derecho alemán. Después de la terrible devaluación del antiguo *Reichsmark*, la ley de revaluación de deudas distinguió entre las *Geldschulde*, obligaciones de entregar una suma de dinero, y las *Wertschulde*, aquellas que aunque se cancelan en dinero tienen por objeto restituir un valor. Es el caso, por ejemplo, de las indemnizaciones, obligaciones restitutorias, etc.

La doctrina argentina ha criticado duramente el distingo, pues separar deudas de dinero de deudas de valor equivale a decir que sólo en las segundas se paga un valor, un equivalente de la contraprestación, cuando eso debe ocurrir en toda obligación. De otro lado, en caso de ocurrir una grave inflación, ¿es el reajuste prerrogativa de las deudas de dinero?

En las Jornadas de Rosario sobre indexación el distingo fue duramente criticado. Mosset dijo que el distingo era «valioso en el plano doctrinario»,

[1] HIRSCHBERG, Eliyahu. *El Principio Nominalista*. De Palma, Buenos Aires, 1976. p. 35.

[2] REVOREDO, Delia (compiladora). *Código Civil Peruano, Exposición de Motivos y Comentario*. t. V, p 296.

[3] Ibidem.

[4] URIBE RESTREPO, Luis. *Las Obligaciones Pecuniarias frente a la Inflación*. Temis, Bogotá, 1984. p. 30.

[5] Ibidem.

pero que «conduce, en una economía que padece un proceso inflacionario a soluciones injustas, contrarias a las exigencias que fluyen de los intereses en juego» [6]. Moisset de Espanés propuso se declarara que «la distinción entre obligaciones dinerarias y obligaciones de valor no tiene un fundamento ontológico, sino que es un simple medio técnico al que apelaron los juristas para superar las injusticias que acarrea la aplicación del principio nominalista» [7].

Mantener esta distinción en nuestro Código sólo se justifica si se da a los jueces la facultad de reajustar las deudas en caso las deudas dinerarias resulten afectadas por una pérdida o incremento de valor que no ha sido asumida como riesgo. Los jueces alemanes han hecho aplicación amplia del principio de la *Treu und Glauben* del 242 del BGB, la «lealtad y confianza recíprocas», para efectuar reajustes de deudas. Y en el Derecho argentino, Morello, siguiendo a Venini, ha sostenido que el juez podría por la buena fe, aun sin que medie pedido de parte y de *motu proprio*, reajustar o repotenciar la prestación [8]. En la doctrina argentina, aún los opositores a la indexación aceptan que debe haber reajuste por lo menos en caso de mora a partir del momento del incumplimiento.

Los jueces peruanos podrían hacer aplicación de la ejecución de buena fe del artículo 1362 del Código para dar cabida al reajuste de la prestación dineraria afectada por un riesgo no asumido.

2. CLAUSULAS DE ESTABILIZACION

Dice Orgaz que si Stefan Zweig podía llamar al mundo anterior a la primera guerra mundial «el mundo de la seguridad», el nuestro bien podría ser considerado «el mundo de la inseguridad» [9]. Nunca de manera tan rápida y tan violenta se han producido tantos cambios -políticos, económicos, tecnológicos, sociales, culturales- en tan poco tiempo.

¡Y qué decir de nuestro tiempo! La caída del muro de Berlín, la globalización de los mercados, la aparición de China en la escena mundial, la irrupción de la informática, el milagro económico de los dragones asiáticos, las transformaciones en Europa Oriental, la magia de las comunicaciones, los procesos de integración regional,...

Cuando, a comienzos de siglo, el continente europeo fue remecido por la primera guerra mundial, la economía de muchos países quedó totalmente destrozada. Los fenómenos de depreciación monetaria, escasez de materias primas e inflación extrema, etc., aparecieron en el escenario de las otrora sanas economías de países como Alemania y Francia. La multitud de casos que fueron llevados ante los tribunales y que no siempre lograron una solución de equidad, hicieron caer en cuenta a los contratantes que debían extremar sus previsiones en el contrato buscando que ante el riesgo de cambios sobrevinientes las prestaciones pudiesen actualizarse y mantenerse como útiles, conservando la llamada ecuación entre prestaciones.

El contrato, como todos sabemos, es básicamente un acto de previsión. En el contrato las partes ponen no sólo aquello con lo que las partes cuentan al momento de celebrar el contrato. También ponen aquello que esperan razonablemente va a ocurrir. Como decía la doctrina alemana de la *Voraussetzung*, además de lo que las partes ponen en el contrato está lo que presuponen. Y, obviamente, las partes no presuponen que todo se va a mantener inalterable. Presuponen, esperan, calculan ciertos cambios y variaciones que de acuerdo a las circunstancias deberían ocurrir.

Y esta previsión, si bien está presente en todos los contratos -porque aún en los de cumplimiento inmediato la relación continúa, por ejemplo con la obligación de saneamiento, la garantía de buen funcionamiento, etc.-, es en los contratos de ejecución futura en los que reviste especial importancia y en los que los contratantes deben poner especial cuidado en la fijación de sus prestaciones. Así, si vendedor y comprador calculan una inflación para el año de entre 20% y 30%, es lógico que fijen el saldo de precio por pagar teniendo en consideración esta variable. Y si mutuante y mutuatario suponen que durante el año la devaluación de la moneda nacional frente al dólar no será mayor del 10%, y el costo anual del dinero no pasará de 15%, y los ingresos mensuales del mutuatario representarán determinada cantidad, igual-

[6] MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Justicia Contractual*. EDIAR, Buenos Aires, 1977. p. 249.

[7] MOISSET DE ESPANES, PIZARRO y VALLESPINOS. *Inflación y Actualización Monetaria*. Universo, Buenos Aires, 1981. p. 70.

[8] MORELLO, Augusto. *Dinámica del Contrato*. LEP, La Plata, 1985. p. 110-120.

[9] ORGAZ, Alfredo. *El Contrato y la Doctrina de la Imprevisión*. Buenos Aires, La Ley, 1950. t. 60, p. 692.

mente tomarán en cuenta estos elementos para fijar las cuotas y los intereses.

Karl Larenz considera que estos factores que objetivamente todo contratante. diligente debería asumir y esperar y sobre cuya base fabrica su negocio son parte de la «Base Objetiva del Negocio» o *Geschäftsgrundlage*[10].

Pero los hombres de negocios empezaron a darse cuenta de que a menudo la realidad excedía largamente sus previsiones. De que lo que en su momento era una pequeña inflación podía transformarse abruptamente en hiperinflación, que el valor de la moneda podía registrar picos y caídas tan precipitados como dramáticos, que las relaciones comerciales podían verse repentinamente alteradas y que en el complejo mecanismo de la economía internacional, los agentes económicos podían comportarse de manera sorpresiva.

Los particulares empezaron entonces a pactar en sus contratos cláusulas de estabilización para protegerse precisamente de ese tipo de trastornos, como lo puede ser una devaluación futura o una posible alza sobreviniente de los precios.

Pasamos a mencionar algunas de las cláusulas de estabilización más utilizadas:

a. La cláusula oro

Esta cláusula se volvió popular en los países anglosajones como *gold coin, gold bullion,* o *gold val ue.* En su versión original la cláusula obligaba al pago de una suma «en monedas de oro», como protección contra la depreciación del papel moneda. En un momento posterior, se utilizó la cláusula con idéntica finalidad, pero la indicación era esta vez que el pago se debía hacer en dinero aunque teniendo como referencia determinada cantidad de monedas de oro.

Con el tiempo, desaparecen las moneda de oro como medio de pago y la referencia se empieza a hacer «al equivalente a x onzas de oro».

La posibilidad de aplicar la cláusula oro fue objeto de polémicas y discusiones apasionadas. Se hizo popular en la etapa de entreguerras y después de la hiperinflación alemana los contratantes la utilizaron intensamente. Sin embargo, la doctrina clásica francesa enfiló sus baterías contra la cláusula descalificándola por contravenir el nominalismo del artículo 1895 del Code y bajo argumentos de que la cláusula promovía la inseguridad, la inestabilidad y el abuso y reavivaba el fuego de la inflación. Esta prédica caló en la mente de los legisladores que terminaron por prohibir la cláusula en Francia, Estados Unidos y buena parte de los países europeos.

Otras versiones de esta cláusula han hecho referencias a otros metales preciosos, como la plata.

Hoy en día, las cláusulas referidas a metales preciosos han perdido su popularidad al haber aparecido otros factores de estabilidad mucho más sólidos y prácticos. La posibilidad que nos da la estadística y las ciencias económicas de tener acceso a información muy precisa sobre el comportamiento de la economía y del mercado nos permite disponer de una variedad de índices e indicadores económicos a los cuales podemos «anclar» nuestras deudas.

b. La cláusula mercadería

Este tipo de cláusulas nos remiten el pago al equivalente a determinado número de unidades (kilos, toneladas, quintales, libras, etc.) de productos que están en el mercado.

El lector podría preguntarse ¿Tiene sentido que las partes sometan el precio por ejemplo en un contrato de servicios a las fluctuaciones de valor que pudiera sufrir una cierta mercancía? Lo tiene en la medida que esa mercancía juegue un papel importante en la estructura de costos o en el cálculo de beneficios que sustenta el interés de las partes. También acá tiene mucho que ver la «base del negocio».

A modo de ejemplo, en España se ha hecho popular la utilización de la cláusula «valor trigo» para el arrendamiento de fundos agrícolas.

Y sin duda, la referencia a cualquier producto agrícola -maíz, centeno, tabaco, café, algodón- o a cabezas de ganado, o al precio de la carne, puede ser un elemento de estabilidad digno de tenerse en cuenta si el contrato tiene a ese producto, directa o indirectamente, como un factor importante. Y ello ocurre no sólo cuando el producto es objeto de la prestación, sino también cuando incide en ella aun sin ser su objeto. Puede tratarse, por

[10] LARENZ, Karl. *Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos.* Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956; y *Derecho de Obligaciones.* Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958. t. I, p. 314.

ejemplo, de un arrendamiento de fundo agrícola o ganadero, un contrato de aparcería, una prestación de servicios vinculada a la actividad agropecuaria (por ejemplo desinfección de semillas, recolección de cosecha, faenas agrícolas, etc.), un suministro de productos agroindustriales o de productos con un fuerte componente de materia prima y escaso valor agregado, etc.

En el campo de la construcción, donde el alza de materiales constituye un riesgo importante para el contratista, las cláusulas de valor referidas a ciertos materiales -fierro de construcción, ladrillos, cemento- permiten al constructor protegerse contra los riesgos de escasez de materiales y de alza de precios.

La cláusula «valor barril de petróleo» tuvo su oportunidad con la crisis de la OPEP a comienzos de los años setenta. Y se volvió a reafirmar como útil con la guerra del golfo en 1991.

Es moneda corriente por eso no sólo en los contratos de exploración y explotación petrolera, sino también en los contratos de servicios petroleros (v.g. perforación de posos, construcción de torres, etc.) e incluso en los relativos a refinación y suministro de derivados del petróleo, desde combustibles y lubricantes hasta materias primas básicas, resinas y plásticos, se utiliza la cláusula.

Situaciones similares se dan con las cláusulas «valor cobre», «valor uranio» (que empezó a utilizarse a raíz del caso *Westinghouse* en los Estados Unidos), o «valor carbón», por ejemplo. Esta última se hizo muy popular después de la primera guerra mundial, cuando el carbón era la principal fuente de energía, a raíz del caso de la Compañía de Gas de Burdeos, célebre fallo del Consejo de Estado en el cual se amparó la demanda de la empresa que daba el servicio de alumbrado a la ciudad de Burdeos. Debido al incremento imprevisto y desmedido del precio del carbón como consecuencia de la guerra (en particular la ocupación por Alemania de la cuenca carbonífera francesa y el bloqueo a las rutas de transporte de suministros) se habían incrementado los costos de producción de la energía de manera escandalosa, por lo que la Compañía de Gas demandó el reajuste del precio que recibía como contraprestación.

Dicen Moisset, Pizarro y Vallespinos que las cláusulas que se vinculan con una sola mercadería, inclusive metales preciosos, pueden «deparar a las partes sorpresas muy desagradables, ya que el resultado final se distorsiona si la mercadería no mantiene un valor estable, sino que sufre alteraciones bruscas, siempre posibles». Y agregan: «Lo importante al elegir una cláusula estabilizadora es no limitarse a una sola mercadería o género, cuyo valor relativo puede modificarse con los consiguientes perjuicios para los contratantes, ya que se habrá frustrado, precisamente, el fin perseguido por la cláusula, que era mantener estable el valor de las prestaciones intercambiadas»[11].

c. La cláusula de moneda extranjera y la cláusula valor moneda extranjera

La cláusula moneda extranjera exige el pago de la deuda en moneda extranjera. En cambio, la cláusula valor moneda extranjera no obliga al pago en moneda extranjera sino establece que el pago se hará en moneda nacional según el equivalente a cierta cantidad de moneda extranjera, para lo cual se utiliza el curso o tipo de cambio de dicha moneda a la fecha de pago.

Durante la primera mitad de este siglo, la doctrina atacó esta cláusula con mayor furia aún que a la cláusula oro. Los argumentos utilizados ya no eran solo los de la inseguridad y la posibilidad del abuso, sino que la discusión incorporó justificaciones de índole patriótico y nacionalista. Al igual que la cláusula oro, las cláusulas monetaristas terminaron por ser prohibidas en muchos países, excepción hecha del Derecho inglés y los países germánicos. La jurisprudencia tachó de nulas estas cláusulas por considerar que pactar en moneda de otros país era atentar contra el curso forzoso de la moneda nacional. Nuestra propia Corte Suprema sostuvo esta línea argumental en fallos de los años 30, 40 y 50 en los que se sostiene que el uso de este tipo de cláusulas «atenta contra la soberanía nacional», «significa una vergonzosa desconfianza sobre la solidez de nuestra moneda», «vulnera el principio del curso forzoso» y significa «poner los intereses de otros países por encima de los intereses patrios».

Sin embargo, en nuestro país la cláusula renació en los años 80. Superados los prejuicios de los años 70, marcados por la hostilidad hacia los Estados Unidos, la prédica anticapitalista, la prohibición del comercio en dólares y la persecución absurda incluso de los tenedores de moneda americana, en los 80 se volvió una práctica común pac-

[11] *Op. cit.*, pp. 342-343.

tar la cláusula pago en moneda extranjera, especialmente en operaciones de compraventa y arrendamiento. Hay que recordar que es a fines de los 70 que el ministro Silva Ruete pone de moda el término «minidevaluación» y que en los ochenta tenemos por primera vez devaluaciones anuales de tres dígitos. Adicionalmente, durante los ochenta la tasa de devaluación empieza a ser más alta que la tasa de inflación, por lo que, por ejemplo, para los arrendadores fijar el pago en dólares permite mayores beneficios que ajustar la renta con la inflación.

Con los años, las «cláusulas dólar» se han probado como armas de doble filo. Ciertamente, las fluctuaciones del tipo de cambio no siempre están libradas a las leyes del mercado y al libre juego de la oferta y la demanda. A menudo el Estado interviene para fijar o manipular el tipo de cambio de manera artificial guiado por consideraciones políticas, ignorando lo que ocurre en la economía del país.

Así ocurrió con nuestro famoso dólar MUC y con el control de cambios, en los años 1985 y siguientes. Como consecuencia del «congelamiento» de la moneda americana, los acreedores que habían pactado cláusulas dólar antes del 85 debieron recibir el pago en moneda nacional al tipo de cambio oficial, los famosos I/.13.98. Y para muchos deudores, el negocio de tomar un préstamo en dólares, vender la moneda en Ocoña y después de dos años devolver intis depreciados pagando al cambio congelado de julio del 85 resultó una lotería.

El comportamiento errático y caprichoso del dólar, influido a menudo por factores extraños al mercado cambiario, como la afluencia de dólares del narcotráfico, hacen que la preferencia por estas cláusulas deba ser hoy en día objeto de cuidadosa reflexión. Téngase en cuenta que en los últimos años, la tasa de devaluación ha estado siempre por debajo de la tasa de inflación y que la moneda estadounidense soporta hasta ahora un fuerte atraso cambiario. Aun así, es cierto que el uso de la cláusula pago en dólares sigue siendo la regla, tanto en alquileres, servicios, préstamos y compraventa.

d. La cláusula de revisión periódica

En este tipo de cláusulas las partes se comprometen a revisar cada cierto tiempo el monto de la prestación.

Considero que este tipo de pacto resulta poco práctico y a menudo ineficaz, pues las partes sólo se comprometen a «revisar» la cláusula, no a hacer un reajuste efectivo, ni mucho menos fijan un procedimiento para hacer el reajuste (como en el caso de los índices o si se designa a un tercero que efectúe el reajuste).

Las partes, llegado el momento de hacer la revisión, podrían efectivamente sentarse a conversar, pero no se han obligado a llegar a un acuerdo o a hacer de todas maneras un reajuste. Cualquiera de ellas podría negarse a aceptar el reajuste propuesto por la otra y esta negativa frustraría la actualización de la deuda y volvería completamente ineficaz la cláusula. Como el reajuste queda librado a la buena voluntad y el mutuo acuerdo de las partes, la cláusula no resulta útil, pues sólo funciona si hay acuerdo entre las partes para reajustar, y si las partes se ponen de acuerdo en actualizar, entonces no requieren de ninguna cláusula. Si en cambio no llegan a ningún acuerdo, la cláusula no soluciona el conflicto.

e. Las cláusulas de indexación o «index clauses»

Con este pacto, las partes sujetan su deuda a ajustes periódicos (trimestrales, anuales, etc.) en función de un índice, un indicador económico, monetario, comercial, bursátil, etc.

El más popular y utilizado es sin duda el índice de incremento de precios al consumidor de Lima Metropolitana del INEI, conocido como «cláusula inflación INEI». Este tipo de cláusulas de indexación a la inflación se volvieron populares con la aparición del fenómeno de la inflación en las economías latinoamericanas. Uno de los primeros casos fue el de Argentina (con el célebre «Rodrigazo») y Chile, y luego vinieron las hiperinflaciones de Perú, Brasil y Bolivia.

La utilización de la indexación al IPC ha sido una de las herramientas más eficaces para anticipar los efectos nocivos de la inflación sobre la economía del contrato y su aplicación resulta relativamente sencilla. De allí el éxito de esta cláusula en nuestro medio y su aplicación frecuente en contratos de mutuo, compraventa, suministro y servicios.

En los últimos años se ha hecho costumbre utilizar no sólo la información del INEI, cuyos sistemas de recolección de información a menudo son cuestionados, sino también las mediciones de empresas privadas (Apoyo, Cuánto, etc.).

Las partes pueden referirse, además, no sólo al índice general de precios al consumidor, sino también a otros índices del INEI como el de pre-

cios al por mayor, o a los índices de inflación para determinadas zonas geográficas, o para determinados grupos de bienes y servicios (por ejemplo, los concesionarios de cafeterías y los que suministran almuerzos suelen hacer sus reajustes según el índice de alimentos y bebidas fuera del hogar).

Otro índice que fue muy utilizado entre nosotros para la actualización del precio en los contratos de obra es el de la CREPCO (Comisión Reguladora de Precios de la Construcción). Este índice registra las variaciones de los diversos factores que inciden en los costos de construcción (materiales, mano de obra, energía, etc.).

Y por supuesto hay toda una variedad de indicadores e índices: el de variación de las reservas internacional netas del BCR, los índices de precios de combustibles de Petroperú, los índices de tarifas públicas que dan las respectivas Comisiones Reguladoras de Tarifas, los índices de empleo que da el Ministerio de Trabajo, los de producción manufacturera, minera, agrícola y pecuaria que dan los Ministerios de Industria, Energía y Minas y Agricultura, los de extracción pesquera del Ministerio de Pesquería, los del Producto Bruto Interno que da el BCR, los índices monetarios y financieros que da tanto el BCR, como la Superintendencia de Banca, los índices fiscales del Ministerio de Economía y de SUNAT, los índices comerciales y aduaneros del MEF y la SUNAD, etc.

Recientemente, el *boom* inversionista, la rentabilidad asombrosa de la Bolsa de Valores y la fiebre especulativa han volcado también la atracción hacia los índices bursátiles de la Bolsa de Valores de Lima.

f. Unidades de referencia

Durante algún tiempo se acostumbró hacer uso de ciertas unidades de referencia como anclas de estabilidad, partiendo del supuesto de que estos *tertium comparationis* serían reajustados periódicamente.

Así, se volvió costumbre en los 70 y 80 utilizar el sueldo mínimo vital, o la remuneración mínima legal, para fijar, por ejemplo, el pago de prestaciones de servicios.

Otras unidades de referencia muy usadas fueron la Unidad Impositiva Tributaria, hoy UIT, los USPAC -en préstamos para vivienda-, la remuneración máxima asegurable, el sueldo promedio para Lima Metropolitana según el Ministerio de Trabajo, etc.

La utilización de unidades de referencia en el ámbito contractual ha sido abandonada paulatinamente. El manejo político que el gobierno suele hacer de estos índices, dada su influencia sobre ciertas variables micro y macroeconómicas, ha provocado que el comportamiento de estas unidades de referencia sea a menudo extraño a la realidad.

Así ocurrió, por ejemplo, con el sueldo mínimo vital, la unidad de referencia y la remuneración mínima legal mantenidos inmóviles durante mucho tiempo para evitar el incremento de los fondos indemnizatorios. O es el caso también de la UIT, ajustada por el MEF, muy por debajo de la inflación con el propósito de mejorar la recaudación tributaria.

g. Fórmulas polinómicas y cláusulas de escala móvil

La aplicación de los métodos arriba mencionados no siempre ha dado buenos resultados. En ocasiones son varios los factores que inciden sobre la estructura de costos y las partes quieren que no sólo se contemple alguno de ellos. Quieren protegerse contra la inflación, pero también contra la devaluación; quieren tener en cuenta el incremento de los materiales de construcción, pero también el alza de la mano de obra.

Esto ha llevado a la adopción de fórmulas polinómicas en las cuales se pondera diversos índices o factores según el peso que juegan en la estructura de costos del contrato.

En otros casos las cláusulas incluyen métodos de escala móvil o previsiones alternativas. Por ejemplo la cláusula podría indicar que se aplicará reajuste por inflación o reajuste por devaluación según el que fuere mayor o que el pago será en «valor dólar» salvo que exista un retraso de la tasa de devaluación de más de 10 puntos en relación a la tasa de inflación, en cuyo caso se ajustará con el IPC de INEI.

Este tipo de cláusulas, tanto las de fórmula polinómica como las de escala móvil, son comunes en contratos de obra, préstamos bancarios, contratos financieros, contratos de leasing, etc.

3. LAS CLAUSULAS DE REAJUSTE EN EL CODIGO CIVIL PERUANO

Dice el primer párrafo del artículo 1235: «No obstante lo establecido en el artículo 1234 las partes pueden acordar que el monto de una deuda contraída en moneda nacional sea referido al índice

de reajuste automático que fije el Banco Central de Reserva del Perú, a otras monedas o a mercancías, a fin de mantener dicho monto en valor constante».

La validez y utilidad de las cláusulas de estabilización *está en nuestro tiempo fuera de toda discusión*. Su aplicación es congruente con la libertad contractual y en nada vulnera el orden público. Lejos de vulnerar la estabilidad de la relación obligacional, refuerza su seguridad y mantiene el *onus* de las prestaciones actualizado.

Atrás quedaron los tiempos de prejuicios chauvinistas y nadie pone en duda hoy lo práctico y congruente con el interés de las partes que resulta hacer referencia al IPC o al valor del dólar.

Sin embargo, el artículo 1235, impecable en su intención de abrir a los contratantes la posibilidad de utilizar cláusulas de estabilización, es en cambio cuestionable en la técnica empleada.

En efecto, de la multitud de cláusulas estabilizadoras que hemos mencionado, el artículo 1235 sólo hace referencia a tres: «el índice automático de reajuste de deuda del BCR», que es sólo una de las muchas cláusulas de indexación, «otras monedas» (cláusula valor moneda extranjera) y «mercancías» (cláusula valor mercancías).

El artículo 1235 no menciona, y aparentemente excluye, cláusulas tan frecuentemente utilizadas por los particulares como la de Inflación INEI, la de CREPCO, las de fórmulas polinómicas, unidades de referencia y muchas otras.

Curiosamente, el Proyecto de Libro de las Obligaciones de Osterling de 1980, si bien no permitía el ajuste contractual, sino sólo el legal, «por leyes especiales», era sin embargo más amplio en la referencia a los índices, pues hablaba de «índices de reajuste automático» y no sólo del índice BCR.

La referencia limitada al índice de reajuste de deudas del BCR aparece con la Ley N° 23327 del 24 de noviembre de 1981. Como quiera que el Código Civil de 1936 no contemplaba la posibilidad de las cláusulas de estabilización y como en esos años nuestros niveles de inflación llegaban al 80% anual, la Ley 23327 va a permitir a las partes, y en especial a los bancos, en el préstamo dinerario a plazo no menor de un año hacer referencia al índice de reajuste de deudas del BCR.

Cuando la comisión reformadora modifica el artículo 102 del proyecto Osterling, hace bien en dejar al arbitrio de las partes, y no al legislador de emergencia, el reajuste de las deudas. Pero en cambio equivoca el camino cuando sustituye la referencia a los «índices de ajuste automático» por *aquella absolutamente limitada del índice BCR*, que la ley de 1981 había introducido, a pedido de los bancos, para una situación absolutamente particular.

La propia referencia a «mercancías» es limitativa. Se define a las mercancías como «todo género vendible, cualquier cosa mueble que se hace objeto de trato o venta» [12]. Me pregunto qué pasaría si las partes desean hacer referencia al valor de bienes inmuebles, por ejemplo el metro cuadrado de terreno en determinada zona de Lima, o al valor de servicios, por ejemplo la tarifa horaria de un abogado según determinado colegio profesional para cierto tipo de asunto profesional. Ni los inmuebles ni los servicios entran en el concepto de mercancía y resultarían pues excluidos del artículo 1235.

No creemos que la intención del legislador haya sido limitar las cláusulas de reajuste autorizadas a únicamente los tres casos mencionados. Creemos que la intención ha sido citar estos tres casos a modo de ejemplo, sin excluir la posibilidad de pactar otras cláusulas de estabilización.

Sin embargo, el lenguaje utilizado en el artículo 1235 resulta una enumeración cerrada, *numerus clausus*, de los supuestos de cláusulas de reajuste. El artículo 1235 debió haber hecho una enumeración abierta que deje a las partes la posibilidad de incorporar al contenido de sus contratos otras cláusulas de estabilización.

Nos atrevemos a proponer un enunciado como el siguiente:

«Artículo 1235.- No obstante lo establecido en el artículo 1234, las partes pueden acordar que una prestación dineraria o el monto de una deuda contraída en moneda nacional sean referidos a cualquier índice de reajuste automático, fórmula de actualización, unidad o valor de referencia, inclusive el de monedas extranjeras, bienes y servicios, a fin de mantener dicho monto en valor constante».

El artículo 1237 del Código Civil acoge el pago en

[12] Diccionario de la Lengua Española. XIX ed. p. 898.
OSSORIO, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Heliasta, Buenos Aires, 1984. p. 462.

moneda extranjera que en otras épocas tantas suspicacias despertó. El éxito arrollador de la cláusula «pago únicamente en dólares» quedó confirmado cuando por ley se modificó el artículo 1237 para considerar válido y eficaz dicho pacto.

Una reflexión final. Más allá de la bondad de las cláusulas, también es cierto que éstas pueden convertirse en instrumento de abusos y que hay situaciones en las cuales la evolución de los índices y valores puede sobrepasar largamente toda expectativa y resultar una excesiva carga para el deudor o por el contrario resultar perjudicial para el acreedor. He sostenido anteriormente que aquí hay también campo de aplicación para la excesiva onerosidad de la prestación[13].

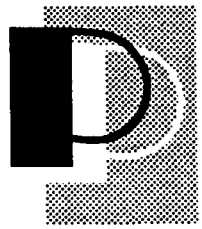
Pero creo además que los jueces deben tener la facultad de poder suavizar la severidad de estas cláusulas, como lo hacen con la cláusula penal, y que aplicando el principio de la buena fe en la ejecución de las prestaciones, como lo han hecho los tribunales alemanes, pueden corregir las desviaciones que las cláusulas puedan sufrir cuando éstas no formen parte del riesgo razonablemente asumido por las partes.

En el Derecho argentino, Mosset y Jortack[14] han propugnado la necesidad de la desindexación judicial cuando se dan casos como el de ciertos préstamos hipotecarios para vivienda en los cuales la combinación de sistemas de reajuste automático de deudas con ajuste y capitalización en plazos muy breves y la aplicación adicional de intereses terminan por producir un efecto bola de nieve sobre el saldo deudor, mientras más pago más debo, y paralelamente las cuotas mensuales se elevan y el deudor termina por perder todo.

Situaciones similares vivió el Perú con el sistema de reajuste de capital que el Banco Hipotecario aplicó a los préstamos para vivienda. La intervención del Estado para la condonación de las deudas libró a los prestatarios de la pérdida total de su patrimonio.

[13] BENAVIDES, Eduardo. *La Excesiva Onerosidad de la Prestación*. Cultural Cuzco, Lima, 1990. p. 357-361.

[14] MOSSET ITURRASPE, Jorge, y JORTACK, Victor. *Indexación, Abuso y Desindexación*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1982.



Alfredo Paíno Scarpati
Notario

Av. Aramburú N° 656 - Surquillo
Telf. 22-7530 41-1791 Telefax: 22-6981

Cuida tu mejor sonrisa con

Kolynos

EL PRINCIPIO DE LA RETROACTIVIDAD DE LA RESOLUCION CONTRACTUAL

Hugo Forno Flórez
Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú
Universidad de Lima

Como anota el propio autor, el tema de la retroactividad o irretroactividad de la resolución ha motivado diversas polémicas -no sólo en nuestro país, sino también en otros ordenamientos jurídicos- aunque hoy ciertamente existe un mayoritario sector de la doctrina que se inclina por admitir la retroactividad como regla general.

Esta, sin embargo, no es la posición que adopta nuestro Código Civil, por lo que ha parecido necesario -en el seno de las comisiones de trabajo que ha organizado la Universidad de Lima para analizar una posible reforma del Código Civil- revisar lo dispuesto en el artículo 1372 del Código de 1984.

El presente trabajo constituye un análisis breve, pero profundo, de los alcances del principio de la retroactividad de la resolución contractual, así como del contenido del actual artículo 1372 del Código Civil y de la propuesta modificatoria elaborada por el doctor Carlos Cárdenas.

El doctor Forno, reconocido especialista en el Derecho de los Contratos, concluye su exposición proponiendo en texto de reforma del actual artículo 1372 del Código.

1. PRESENTACION

Dentro del contexto de los trabajos que viene desarrollando el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima para elaborar un proyecto de ley de enmiendas al Código Civil, el doctor Carlos Fernández Sessarego tuvo la gentileza de solicitar mi opinión sobre la propuesta de modificación al artículo 1372 del Código Civil que el doctor Carlos Cárdenas Quirós presentó con su carta de 3 de enero de 1994. Para tal efecto, el doctor Fernández no sólo me alcanzó copia de dicha carta sino que también me proporcionó copia de las cartas mediante las cuales opinaron los doctores Manuel de la Puente y Lavalle, Max Arias Schreiber Pezet y Eduardo Benavides Torres. En atención a aquella deferencia, por carta fechada el 24 de marzo de 1994 expresé mis puntos de vista sobre el particular. Esta carta, la que contiene la propuesta, así como las de los otros consultados fueron publicadas por la revista Cuadernos de Derecho N° 4. Lamentablemente, el contenido de mi carta ha sido de tal modo alterado que no traduce coherentemente mi pensamiento y presenta más bien en varios pasajes frases desarticuladas y privadas de sentido.

Por otra parte, THĒMIS - Revista de Derecho me ha pedido que contribuya con algunas ideas vinculadas a cualquier tema propio del Derecho de Contratos. Como la importancia que aquel tema reviste no es escasa, especialmente en el terreno de la práctica, porque compromete directamente la eficiencia del instrumento contractual, he ampliado el contenido de mi referida carta y le he pedido a THĒMIS - Revista de Derecho que tenga la cortesía de publicarla con fidelidad.

2. LA PROPUESTA

El texto del artículo que propone Cárdenas es el siguiente:

«Artículo 1372.- La rescisión es declarada judicialmente. Los efectos de la sentencia correspondiente se retrotraen al momento de la celebración del contrato.

La resolución opera judicial o extrajudicialmente. No tiene efectos retroactivos, salvo que la naturaleza de las prestaciones ya ejecutadas permita su restitución.

En los casos previstos en los párrafos anteriores cabe pacto en contrario.

En ningún caso se perjudican los derechos adquiridos de buena fe.»

3. COMPOSICION DEL LUGAR

Indudablemente el problema más importante sobre el cual debate desde hace algún tiempo la doctrina nacional acerca de la problemática de la resolución, es el que concierne a la retroactividad -o irretroactividad- de sus efectos[1]. Dentro de este contexto, la solución también de ese mismo problema es lo que ha motivado la elaboración de la referida propuesta y lo único que se destaca en la exposición de motivos que la sustenta, por lo que la retroactividad o irretroactividad de la resolución será el tema de que tratarán las líneas que siguen[2].

Aún cuando, como sostiene De la Puente (en la primera página de su carta de comentario a la propuesta), la doctrina mundial está en este aspecto dividida, es también cierto que, como él mismo lo puntualiza[3], un sector abrumadoramen-

[1] Para conocer la verdadera magnitud de las discrepancias, echemos una ojeada a los antecedentes. El artículo 1458 del proyecto de Código Civil elaborado por la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936 (Comisión Reformadora), establecía expresa y claramente la retroactividad de la resolución salvo en el caso de los contratos de duración. Posteriormente, por obra de la Comisión Revisora, de Código Civil de 1984 consagró en su artículo 1372 la irretroactividad de la institución resolutoria. Luego, el Código Procesal Civil pretendió disponer la retroactividad de la resolución -salvo excepciones- en la modificación al artículo 1372 que ordenaba su Segunda Disposición Modificatoria. Finalmente, durante la *vacatio legis* del Código Procesal Civil, la Ley N° 25940 modificó el texto del repetido artículo 1372 dándole el contenido que ahora tiene, concediendo una retroactividad parcial a la resolución. De otro lado, en la doctrina nacional se presenta la misma diversidad de opiniones. De la Puente postula la irretroactividad de la resolución (ver: DE LA PUENTE, Manuel. *El Contrato en General. Primera Parte*. En: *Para Leer el Código Civil*, vol. XI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991. t. II, p. 198 ss.). Bigio parece de la misma opinión porque explica que si bien la propuesta del texto del artículo 1372, tal como fue recogido inicialmente en el Código Civil de 1984 pertenece a De la Puente, él -Bigio- la sustentó en el seno de la Comisión Revisora (ver: "Exposición de Motivos Oficial del Código Civil". En: *separata especial del Diario Oficial El Peruano*. Lima, 8 de abril de 1989. p. 5); además, ya lo había declarado en *El Comercio* el 12 de febrero de 1986. Por su parte, Arias Schreiber postuló inicialmente la tesis de la retroactividad, desde que él fue el autor de la ponencia en la Comisión Reformadora (incluso lo declaró expresa y claramente en la exposición de motivos -al artículo 82- de su anteproyecto sobre disposiciones generales de los contratos. En un pasaje de dicha exposición, el legislador puntualiza con énfasis que "Al producirse la resolución del contrato en las hipótesis anteriormente señaladas, sus efectos deben tener alcances retroactivos, con la evidente excepción de aquellos contratos de ejecución continuada o periódica respecto de las prestaciones ya realizadas."; ver: *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1980. t. II, p. 496). Según parece, después cambió de opinión ya que por carta dirigida a la Comisión Revisora el 19 de enero de 1983, expresó su conformidad con el texto final del artículo 1372, conformidad que se ve confirmada en su comentario a dicho precepto (ver: ARIAS SCHREIBER, Max. *Exégesis*. Studium, Lima, 1986. t. I, p. 120.). Finalmente, creo que este autor ha cambiado nuevamente de opinión, pues al compartir la propuesta del doctor Carlos Cárdenas señala en su carta de 14 de febrero de 1994 que "[...] existen situaciones en las que es posible la restitución de las prestaciones no agotadas, dándole carácter retroactivo a la resolución".

[2] Resulta anecdótico -por lo menos- comprobar que hace algún tiempo ya se produjo este mismo debate en Italia y tuvo entre sus más connotados protagonistas a Walter Bigiavi y a Gino Gorla. Si bien la polémica se centró más claramente en la admisión o no del alcance real del efecto retroactivo, alcanzó un nivel tan interesante que debió ser resuelta -y efectivamente así ocurrió en opinión de Auletta- por la fuerza del legislador. De estas circunstancias nos da cuenta con detalle Giuseppe Giacomo Auletta en *La risoluzione per inadempimento*. Edizione Scientifiche Italiane - Giuffrè, Milán, 1942; especialmente p. 249 ss. También puede consultarse BARASSI, Lodovico. *La Teoria Generale delle Obbligazioni* (vol. III, L'Attuazione). Milán, 1964, p. 410. Y -aunque es mucho más breve- ALVAREZ VIGARAY, Rafael. *La Resolución de los Contratos Bilaterales por Incumplimiento*. Granada, 1986. p. 242.

[3] DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit. Segunda Parte*. vol. XV, t. IV, p. 343.

te mayoritario se inclina por admitir la retroactividad en la resolución, y sólo un muy reducido sector postula la irretroactividad de la figura [4]. Lo propio ocurre a nivel del derecho comparado. Es verdad que estos datos no deben considerarse, por sí solos, decisivos para efectos de resolver el dilema, pero sí resultan ilustrativos porque permiten conocer la inclinación del pensamiento jurídico y la orientación de los códigos extranjeros, sobre un determinado aspecto de una institución de tanta trascendencia práctica como es la resolución.

Aunque no existe plena conciencia de ello entre nosotros, tengo la convicción -y espero demostrarlo en las líneas que siguen- de que gran parte de las discrepancias y de los desacuerdos -o por lo menos los alcances que ellos revisten- se deben a la falta de coincidencia sobre la propia esencia de lo que es la retroactividad o irretroactividad de la resolución, o al menos a la desinteligencia acerca del fenómeno al que se quiere aludir con esas expresiones, lo que conduce incluso a lecturas diferentes de un mismo precepto. Veamos este ejemplo: el segundo párrafo del artículo 1372 del código en su versión vigente, señala que los efectos de la resolución se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva. Según De la Puente (en la segunda página de su carta), este precepto en el fondo declara la irretroactividad. Sin embargo, no nos parece posible hacer una afirmación con carácter general como esa por cuanto dicha disposición en realidad declara en algunos casos una irretroactividad en los efectos resolutorios, pero en otros permite una retroactividad total o parcial, es decir, una retroactividad que puede ser más o menos acentuada según las circunstancias.

En efecto, si consideramos el supuesto de un contrato al que sobreviene una imposibilidad por causa no imputable, la resolución se produce automáticamente de modo tal que el momento en que tiene lugar la causal que motiva la resolución y la resolución misma se suceden sin solución de continuidad, con lo cual la aplicación de la norma excluiría prácticamente la retroactividad. En este caso el doctor De la Puente tiene razón.

En cambio, la situación es sustancialmente diferente cuando se trata de resolución por incumplimiento. Supóngase que una situación de incumplimiento se produce en enero de 1990 y el acreedor decide demandar judicialmente la resolución sólo en enero de 1992, obteniendo una sentencia resolutoria pasada en autoridad de cosa juzgada en abril de 1994. Debe reconocerse que por aplicación de la norma comentada, los efectos de la resolución pronunciada en la sentencia en 1994 se retrotraen a enero de 1990 que es cuando se ha producido la causal -el incumplimiento- que motiva la resolución. Lo mismo ocurre en el caso de resolución por excesiva onerosidad de la prestación. En estos casos, el doctor De la Puente no tiene razón.

4. LA NOCION DE RETROACTIVIDAD RESOLUTORIA Y SUS CONSECUENCIAS

Parece que es imprescindible por lo tanto, enunciar aunque sea en forma sucinta qué puede entenderse como retroactividad de los efectos resolutorios y cuáles son sus más importantes consecuencias. La retroactividad, afirma Miccio, tiene la característica de hacer aplicable una regulación a relaciones ya existentes al momento en que tal regulación entra en vigor, y de poder hacer caer así eventualmente derechos ya surgidos en virtud de una regulación precedente [5]. Puede señalarse con más propiedad que la retroactividad consiste en aplicar una regulación a la estructura de situaciones ya configuradas o a hechos ya cumplidos con anterioridad a la vigencia de tal normativa.

Por eso es conveniente dar a cada cosa, a cada situación su cabal sentido. La resolución puede tener efectos retroactivos o no. Serán retroactivos en sentido propio cuando se proyecten hacia atrás, **determinando necesariamente la restitución de las prestaciones**, la de los frutos y provechos, y la destrucción de los actos de administración realizados por aquél que recibió la prestación. Los efectos no serán retroactivos cuando tengan lugar para el futuro. Como sostiene Auletta [6], las consecuencias más importantes del principio de la retroactividad pueden resumirse de esta manera:

[4] Por ejemplo, DELL'AQUILA. *La Resolución del Contrato Bilateral por Incumplimiento.* Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1981. p. 196, nota 11; OGAYAR Y AYLLON. *Efectos que Produce la Obligación Bilateral.* Aranzadi, Pamplona, 1983. p. 119; y ALVAREZ VIGARAY, Rafael. *Op. cit.* p. 247. nos confirman que en el caso de la doctrina española, sólo Roca Sastre postula la irretroactividad del instituto.

[5] MICCIO, Renato. *I diritti di credito.* UTET, Turín, 1977. vol. II, parte II, p. 517.

[6] *Ibidem*, p. 250.

1. La resolución extingue no sólo la adquisición del incumplidor, sino también las de aquellos que sucesivamente hayan adquirido de aquél derechos sobre el bien, a menos que a favor de ellos opere un título de adquisición autónomo como la prescripción, o una expresa disposición de la ley[7];

2. Pierden valor todos los actos de administración celebrados por el incumplidor respecto del bien;

3. El incumplidor debe restituir al actor en resolución todos los frutos, provechos y ganancias obtenidos del bien. La misma restitución corre a cargo del actor en el caso en que haya recibido una prestación parcial o defectuosa.

Me interesa de manera especial destacar ahora, que el efecto restitutorio -o reintegrativo- (esto es, aquel en virtud del cual las partes se deben restituir las prestaciones ejecutadas) a que se refiere el numeral 1 anterior, no es otra cosa que la consecuencia más importante del principio de la retroactividad de la resolución pues determina que, como consecuencia de la resolución operada en fecha posterior, un contratante deba devolver un bien que recibió cuando se encontraba vigente la relación jurídica y que tuvo como causa de justificación jurídica dicha relación. Las otras consecuencias, que no son de escasa importancia, son meramente instrumentales o derivadas necesariamente de la primera.

En consecuencia, no puede dudarse de que sostener la irretroactividad de la resolución implicaría, en puridad, negar el efecto restitutorio de la resolución permitiendo que el contratante incumplidor pueda, no obstante haberse producido la resolución, retener la prestación recibida. Esta aclaración me parece relevante porque, como se verá más adelante, muchas veces se propugna la irretroactividad de la resolución pero no para negar el efecto restitutorio[8]. Que en rigor el efecto restitutorio sea consecuencia de la retroactividad y que por ello la negación de la retroactividad impida tal restitución, es algo de lo que no debería dudarse más. En apoyo de este aserto resulta ilustrativo recordar que el artículo 1458 del proyecto de Código Civil elaborado por la Comisión Revisora, establecía que la resolución del contrato **tiene efectos retroactivos** entre las partes, **salvo** el caso de contratos de ejecución continuada o periódica, en que la resolución no se extiende a las prestaciones ya efectuadas[9]. De esta cita lo que pretendo destacar es que la excepción a la retroactividad -es decir, la irretroactividad que se establecía para los contratos de ejecución continuada o periódica- significaba que las prestaciones ya ejecutadas no se restituían. En otras palabras, en los contratos de duración no tiene efectos retroactivos la resolución de manera que ésta no se extiende a las prestaciones ejecutadas.

Obsérvese que en la propuesta de artículo 1372 que ha elaborado Cárdenas, y que se ha transcrito al inicio de estas líneas, la retroactividad y la irretroactividad de la resolución tienen el mismo significado pues el -proyecto de- precepto vincula directamente el efecto retroactivo con este aspecto restitutorio ya que señala que hay efecto retroactivo si la naturaleza de las prestaciones permite su restitución. En otras palabras cuando sea posible restituir, la resolución es retroactiva; cuando sea imposible, la resolución no tiene ese alcance.

5. LOS ALCANCES DE LA RETROACTIVIDAD RESOLUTORIA

Lo que ha contribuido de manera importante a incrementar la confusión, y no parece haber existido entre nosotros suficiente conciencia de ello, es que cuando la doctrina comparada ha discutido acerca de la retroactividad, en realidad lo ha hecho sobre la intensidad y el alcance de este efecto. Así, Miccio después de enunciar la característica de la retroactividad de la resolución en los términos que se han dejado anotados, explica que para que pueda hablarse de retroactividad en sentido propio es necesario que tal influencia se proyecte

[7] Auletta ha podido referirse a la restitución de prestaciones en general pero se encuentra preocupado por el caso de contratos que hayan originado transferencias de bienes, y posteriores subtransferencias a terceros adquirentes.

[8] De la Puente, por ejemplo, explicando los efectos no retroactivos de la resolución, enseña sin embargo que en un juicio de resolución, si se declara fundada la demanda, "[...] la parte infiel deberá restituir la prestación que recibió en el estado en que se encuentre al momento de citársele con la demanda o, si ello no fuera posible, reembolsar el valor que tenía tal prestación a ese momento". DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit. Segunda Parte.* vol. XV, t. IV, p. 346.

[9] Este precepto era copia casi textual del primer párrafo del artículo 1458 del Código Civil italiano de 1942, que tiene el siguiente tenor: «**1458. Efectos de la resolución.** La resolución del contrato por incumplimiento tiene efecto retroactivo entre las partes, salvo el caso de contratos de ejecución continuada o periódica, respecto a los cuales el efecto de la resolución no se extiende a las prestaciones ya ejecutadas.
La resolución, aun cuando haya sido expresamente pactada, no perjudica los derechos adquiridos por los terceros, salvo los efectos de la transcripción de la demanda de resolución»

sobre derechos distintos de aquellos que derivan del acto que se elimina a causa de una intervención judicial o negocial[10].

Por eso advertí oportunamente que no había uniformidad de criterios en torno a la connotación que tiene el concepto retroactividad y al fenómeno que se quiere significar con él. Igual que ahora lo hace Renato Miccio, un sector muy importante en la doctrina comparada defendió hace ya bastante tiempo la irretroactividad de la resolución, pero no negando la retroactividad en sentido estricto sino más bien para sostener que la retroactividad de la resolución sólo tiene alcances *inter partes* -a lo que se denomina retroactividad obligatoria- y no afecta a los derechos que los terceros (o que ciertos terceros) puedan haber adquirido de una de las partes entre el momento en que surgió la relación jurídica y el momento en que tuvo lugar la resolución -retroactividad real, relativa o absoluta-.

En efecto, como puede fácilmente comprenderse, la retroactividad puede tener diversos niveles de intensidad según los intereses en juego y la tutela que el legislador les dispense en cada caso. En base a estos principios, la retroactividad de la resolución se clasifica, según lo enseña Mosco[11], de la siguiente manera:

1. Retroactividad con efecto obligatorio, cuando únicamente alcanza a las partes.

2. Retroactividad con efecto real relativo cuando alcanza, además de las partes, a ciertos terceros, como por ejemplo, a los terceros de mala fe o a los terceros adquirentes a título gratuito; pero quedan a salvo otros, como los terceros de buena fe o como los terceros adquirentes a título oneroso.

3. Retroactividad con efecto real absoluto cuando alcanza a las partes y a cualquier tercero.

En rigor, se considera conspicuos defensores de la irretroactividad de la resolución a quienes -como Walter Bigiavi[12], Gino Gorla y Giuseppe Auletta (los dos primeros en la postrimería de la época del Código Civil italiano de 1865 y el último en el período de transición entre aquel código y el vigente)- postulan una retroactividad pero únicamente obligatoria, es decir, son más bien detractores de un alcance real en la retroactividad que de la retroactividad misma. Más aún, las teorías de los referidos autores -que coinciden en la conclusión pero con distinto fundamento- son las que guiaron al legislador italiano a consagrar una retroactividad real muy relativa[13] para la resolución.

Para demostrar que al hablar de irretroactividad los autores se han referido en verdad a la retroactividad obligatoria o con un efecto real muy relativo, resulta sugerente recordar que el propio Auletta sostiene que si se estudia la naturaleza de la resolución, la irretroactividad termina siendo un simple corolario; y agrega que, en conclusión, «[...] cuando en base al contrato resuelto o a su cumplimiento, el incumplidor ha adquirido un derecho real, los terceros, a los cuales éste haya trasmitido un derecho real o de crédito, no pierden su derecho no obstante la resolución, con tal que se hayan observado las formas establecidas por la ley (inscripción o transmisión de la posesión) para la oponibilidad de la adquisición a los sucesivos adquirentes del *dante causa*; cuando por el contrario el incumplidor haya adquirido sólo un derecho de crédito, la cesión de él o la constitución de otro derecho de crédito a favor de un tercero no puede ser opuesta a quien ha obtenido la resolución»[14].

Es muy significativo que Auletta sostenga que el problema de la retroactividad de la resolución ha sido legislativamente resuelto por el nuevo Código italiano[15], si se considera que, como ya se ha recordado, el artículo 1458 de aquel código sanciona expresamente el efecto retroactivo de la resolu-

[10] MICCIO, Renato. *Op. cit.* vol. II, parte II, p. 517.

[11] Citado por ALVAREZ VIGARAY, Rafael. *Op. cit.* p. 240.

[12] Este jurista es autor de uno de los trabajos más interesantes sobre la materia (Justamente se titula "*Irretroattività della risoluzione per inadempimento*". En: *Rivista di Diritto Commerciale*, 1934, I. pp. 695-722) y fue seguido por el legislador italiano al momento de regular el efecto retroactivo de la resolución en el Código Civil italiano de 1942.

[13] En efecto, del artículo 1458 que se ha transcrito en la nota 9, se desprende claramente que el sistema italiano sólo permite -al menos para la hipótesis de incumplimiento- que la resolución afecte al tercero cuando la demanda de resolución se ha transcrito con anterioridad al derecho que el tercero invoca.

[14] AULETTA, Giuseppe. *Op. cit.* p. 282.

[15] AULETTA, Giuseppe, *Op. cit.* p. 289 ss. En verdad este autor cita las normas del Proyecto de Libro de las Obligaciones porque cuando escribió su obra citada el *Código* no se había promulgado todavía.

ción, dejando a salvo el caso de los contratos de duración y el derecho de tercero. Como ya se ha recordado también, esta era la tónica del proyecto elaborado por la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936 y que fue modificada por la Comisión Revisora.

6. LA RESOLUCION TIENE EFECTOS RETROACTIVOS. CONSECUENCIAS

Habiendo quedado aclarado el sentido de lo que debe entenderse por retroactividad del efecto resolutorio, las consecuencias más importantes de tal principio y los diferentes grados de intensidad que puede alcanzar, no me parece inoportuno explicar ahora, de un lado, por qué sostengo que en los contratos de ejecución instantánea la resolución debe tener efectos retroactivos, y de otro, qué límites deberían gobernar tales efectos. Después expondré por qué la retroactividad -en el sentido propio que ya se le ha dado- de la resolución sí constituye una excepción en los contratos llamados de duración.

a) Efecto retroactivo de la resolución

La resolución extingue una relación jurídica por causales -frecuentemente anomalías- que inciden en la propia relación jurídica pero que no afectan la estructura del contrato. Por esa razón se suele calificar a la resolución como un supuesto de ineficacia funcional, a diferencia de otros fenómenos como la anulación o la rescisión que se originan por defectos ubicados en la propia estructura del contrato y que por ello se califican como supuestos de ineficacia estructural. Este solo hecho no puede conducir a que la retroactividad deba admitirse únicamente en las hipótesis del segundo tipo y negarse en cambio en las del primero. En efecto, salvo en los casos de contratos de duración, cuando se extingue la relación jurídica se extingue íntegramente y no puede quedar subsistente en el pasado de suerte tal que deriven de ella derechos o permanezcan las consecuencias que se produjeron bajo su amparo. La extinción de la relación por resolución supone que ella no ha servido, o de cualquier modo no servirá, para provocar la satisfacción recíproca de los intereses de las partes de manera que debe retornarse -en principio- a la situación existente al momento en que ha surgido, lo que necesariamente exige una aplicación retroactiva del efecto resolutorio; ésta es la regla general.

El efecto restitutorio -o reintegrativo- (esto es, aquel en virtud del cual las partes se deben restituir las prestaciones ejecutadas) es inevitable (salvo las excepciones a que se aludirá más adelante) en la resolución, toda vez que haya existido principio de ejecución[16].

Pues bien, para confirmar que lo anterior es exacto veamos a donde conduciría la predicada irretroactividad general de la resolución. Tómese, a modo de ejemplo, el caso de una compraventa de un bien mueble cualquiera. Supóngase que el vendedor cumplió con entregar el bien tan pronto como se celebró el contrato, es decir el 15 de enero de 1993. Supóngase, además, que el comprador tenía que pagar el precio el 29 de diciembre de ese año, lo que no ocurrió. Supóngase por último que el vendedor, después de requerir al comprador al pago en forma reiterada obtiene la resolución -sea judicial o extrajudicialmente- el 15 de abril de 1994. Negar el efecto retroactivo de la resolución, es decir, sostener que ésta opera sólo a partir de la fecha en que se produce en adelante (a partir del 15 de abril de 1994, en el ejemplo), significa sostener que entre el 15 de enero de 1993 y el 15 de abril de 1994 la relación se mantiene en el espectro jurídico no siendo afectada por la resolución. Esto llevaría finalmente al absurdo de sostener que como el bien se entregó el 15 de enero de 1993 y hasta esa época no llega la resolución, el comprador puede retener el bien que recibió al amparo de la relación de compraventa -es decir se negaría el efecto restitutorio-, lo que determinaría un empobrecimiento en el vendedor y un enriquecimiento del comprador a costa de aquél. Estaríamos premiando al incumplidor, y perjudicando gravemente a la otra parte.

Es claro en mi concepto que en los contratos de ejecución instantánea, la resolución tiene necesariamente carácter retroactivo que se proyecta hasta el momento mismo en que surgió la relación jurídica, porque ninguna etapa de ella encuentra justificada su subsistencia. Esta exigencia se debe, como he mencionado antes, a que los intereses recíprocos de las partes no encontrarán en absoluto satisfacción por medio de la actuación de dicha relación. En consecuencia, al verificarse la resolución con esta intensidad, desaparece íntegramente la relación jurídica. En verdad, salvo en el caso de los contratos de duración, que analizaré más adelante, no se puede negar que el efecto restitutorio deba tener lugar, sobre todo en casos como el del ejemplo esbozado líneas atrás, lo que

[16] ALVAREZ VIGARAY, Rafael. *Op. cit.* p. 237.

supone admitir necesariamente la retroactividad, al menos (por ahora) con alcance obligatorio, de la resolución. No importa si el bien materia de la prestación puede restituirse en especie, pues en caso contrario se restituirá por equivalente[17]. Después de cuanto se ha expuesto, no parece que pueda seguir dudándose de la necesaria retroactividad del efecto resolutorio en todos los contratos de ejecución instantánea.

b) Restitución de los frutos y provechos

Veamos ahora qué ocurre con los frutos y provechos derivados de la prestación ejecutada. Es probable que este aspecto haya concentrado la preocupación principal del legislador y que al establecer la irretroactividad de la resolución en el texto original del artículo 1372[18] del código haya buscado exclusivamente evitar la restitución detales frutos y provechos. En efecto, la prohibición de la retroactividad que esta norma contenía no parece haber tenido el sentido de prohibir la restitución de las prestaciones ejecutadas; tampoco pretendió evitar que la resolución afectara a los terceros (de buena fe) porque el segundo párrafo expresamente los protegía. De cualquier modo, creo que la restitución de los frutos y provechos que haya originado la prestación no debe quedar excluida de la resolución, al menos en una categoría importante de casos como es la de la resolución por incumplimiento.

Quisiera valerme de un ejemplo al que ya he recurrido en otro lugar, para poner de manifiesto las graves situaciones que pueden producirse si no se concede el derecho a la restitución de los frutos y provechos. Considérese que el 1 de enero de 1991 se celebró un contrato de compraventa de acciones de capital emitidas por una sociedad anónima, y que el precio habría de pagarse en dos cuotas anuales, es decir, el 31 de diciembre de 1992, la primera; y el 31 de diciembre de 1993, la segunda. Supóngase además que el mismo día en que se celebra el contrato, la operación se inscribe en el libro de registro de acciones que lleva la sociedad emisora con arreglo a ley, y se trasmite el derecho de propiedad de las acciones a favor del comprador; supóngase también que durante el transcurso de 1991 y de 1992, la sociedad emisora de las acciones distribuye dividendos en especie consistentes en acciones de propia emisión, e incluso en acciones emitidas por otras compañías de las cuales la sociedad es accionista; supóngase, finalmente, que al 31 de diciembre de 1992 el comprador no paga la cuota correspondiente (es decir, la primera), y por esta razón el vendedor se ve precisado a resolver la relación de compraventa.

Sería ciertamente absurdo sostener que como la resolución se produce en el año 1993, el comprador no debe devolver las acciones que recibió en 1991 porque el efecto resolutorio no se extiende hacia atrás. Si el efecto restitutorio de las acciones vendidas no comprende los dividendos percibidos por el comprador entre el 1 de enero de 1991 y el 31 de diciembre de 1992 por el argumento de que la resolución no es retroactiva, el comprador incumplidor podrá retener esas acciones definitivamente en su patrimonio. Sin embargo, no existe ningún principio lógico, jurídico o incluso de justicia, que justifique por qué en base a una relación jurídica que no ha funcionado, que no ha cumplido su finalidad y que por ello se extingue, los dividendos que el comprador recibió precisamente en base a la referida relación, deben permanecer legalmente en su patrimonio.

Es cierto que podría argumentarse que el vendedor tiene derecho a reclamar -en el caso de resolución por incumplimiento, pero no necesariamente en otros supuestos de resolución- indemnización por daños y perjuicios, y que dicha indemnización podría comprender el valor de las acciones que permanecen en el patrimonio del comprador.

[17] Así lo reconoce el propio De la Puente al señalar que en un caso como el del ejemplo propuesto en el texto "[...] la parte fiel deberá restituir la prestación que recibió en el estado que se encuentre al momento de citársele con la demanda o, si ello no fuera posible, reembolsar el valor que tenía tal prestación a ese momento". (ver: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit. Segunda Parte*. vol. XV, t. IV, p. 346). No llego a entender, sin embargo, cómo en otro lugar de la misma obra, al defender la irretroactividad de la resolución, el ilustre autor sostiene una tesis distinta indicando: "Aun en los contratos con prestaciones recíprocas, aquellas de éstas que se ejecutaron antes de presentarse la causal resolutoria sobreviniente no tienen porqué verse afectadas por el posterior incumplimiento o imposibilidad de las respectivas contraprestaciones. Comprendo -continúa- que el contrato se resuelva cuando se pierda la reciprocidad, pero no veo la razón por la que esta resolución deba afectar las prestaciones efectuadas cuando la reciprocidad existía o, al menos, no había sido contestada". La explicación podría hallarse si se pudiera considerar que el autor citado se está refiriendo a los contratos de duración, lo que sin embargo no indica (ver: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit. Primera Parte*. vol. XI, t. II, p. 199).

[18] Recuérdese que este artículo tenía originalmente el siguiente tenor: "La rescisión de un contrato tiene efecto desde el momento de su celebración, en tanto que la resolución no opera retroactivamente, salvo disposición o pacto en contrario. En ningún caso se perjudican los derechos de terceros adquiridos de buena fe".

Esta posibilidad -que ciertamente, reitero, no se presenta en todas las hipótesis de resolución- no estaría libre de controversia porque la propia ley que establece el efecto resolutorio le permitiría tal retención (como ocurre actualmente con el artículo 1372 de nuestro Código Civil), lo que la convertiría en legítima. Pero aún en el caso en que la indemnización se admitiera con ese alcance, lo cierto es que el vendedor habría perdido el porcentaje de participación que tenía en el capital de la compañía, participación que no volverá a alcanzar con la simple indemnización en dinero que se le otorgue. Perdería también, en este ejemplo, las acciones de las otras compañías que también le hubieran correspondido. Por su parte, el comprador incumplidor permanecería no obstante como accionista de dichas compañías. Este solo hecho puede tener repercusiones de importancia insospechada. Por otra parte, si se reconoce al vendedor el derecho a obtener una indemnización que comprenda el valor de las acciones que permanezcan en el patrimonio del comprador, de alguna forma se está reconociendo que dichas acciones corresponden al vendedor porque de otro modo sería injustificado que pueda reclamar el valor de las mismas. Si esto es así, ¿cuál sería el principio que justifica que el vendedor pueda exigir la restitución de los dividendos por equivalente y no pueda pretender -a pesar que ello es posible- que se los restituyan *in natura*?

Es verdad que pueden darse casos en los que resulta más discutible si la restitución de los frutos y provechos debe tener lugar porque el que los percibió de buena fe los consumió o los enajenó a un tercero (que a su vez puede haber obrado de buena o de mala fe). Me refiero no ya al caso en que la resolución tiene lugar por incumplimiento sino cuando opera por imposibilidad, o por excesiva onerosidad sobreviniente, etc. Este es el problema que se deriva de legislar de manera general los efectos de una figura como la resolución respecto de muy diferentes supuestos de hecho susceptibles de provocarla. Creo por ello que para el caso de los frutos y provechos debería evaluarse con detenimiento la posibilidad de aplicar las reglas de la posesión o acaso las que conciernen al pago indebido que son más completas, y que por lo demás resultan naturalmente aplicables al caso de la resolución retroactiva si se considera que al desaparecer la relación jurídica pierden su sustento y resultan no debidos los pagos efectuados.

c) La retroactividad de la resolución y los terceros

Veamos finalmente el caso de los terceros. Para mantener la coherencia con el sistema seguido por el Código Civil de protección de los terceros de buena fe, y en definitiva la seguridad del tráfico jurídico que justifica tal sistema, la resolución deberá tener efecto retroactivo con alcance real relativo. Esto significa que la retroactividad operará entre las partes plenamente, y también frente a los terceros salvo aquellos que puedan considerarse de buena fe.

Es importante aclarar que la intangibilidad del tercero de buena fe es sólo un mecanismo de protección del tráfico y no una limitación intrínseca de la retroactividad, de modo que toda vez que la prestación no pueda ser restituida *in natura* por encontrarse en la esfera jurídica de un tercero de buena fe, deberá restituirse su valor actual en dinero.

Entonces, si, en el ejemplo propuesto en el literal b) anterior, el comprador, antes de la resolución, hubiera dispuesto de las acciones vendidas o de las que recibió como dividendo, habría dos posibilidades; a saber: que el tercer adquirente haya procedido de mala fe; o, que haya procedido de buena fe. En el primer caso la resolución que extingue retroactivamente la relación entre comprador -incumplidor- y vendedor afectará necesariamente la adquisición del tercer adquirente, a quien no resulta ni lógico ni necesario proteger. Rige el principio: «resuelto el derecho del enajenante se resuelve el derecho del adquirente». Es claro que desaparecido el sustento jurídico en el cual descansaba el derecho del comprador y con él, el derecho mismo, no tiene la posibilidad de disponer de los bienes por lo que se extingue también la segunda enajenación. En el segundo caso la situación es diferente. Los mismos principios de seguridad en el tráfico que imponen la protección de los terceros de buena fe determinan que en este caso, la retroactividad sólo tenga efectos -llamados- obligatorios de modo que el tercero de buena fe no resultaría afectado y mantendría su adquisición. En este caso el comprador que no puede restituir los bienes en especie restituirá el valor que tengan al día en que tiene lugar la restitución.

Es importante tomar conciencia de que también en este caso la regulación general de las diversas hipótesis de resolución puede representar serias dificultades en la evaluación de los casos en que pueda considerarse de buena fe a los terceros. Por ejemplo, no es suficiente que en el caso de resolución por incumplimiento el tercer adquirente sepa -o esté en aptitud de saber- que el bien que está adquiriendo todavía no ha sido pagado [19]. Como regla general debe en todo caso considerarse de mala fe al tercero a partir del momento en que toma conocimiento que se ha producido la causal

resolutoria. Más específicamente, en el caso de resolución por incumplimiento, por ejemplo, cabría considerar de mala fe al tercero que conoce que el contratante no está o no estará presumiblemente en condición pagar el bien.

7. EXCEPCION AL PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD. ALCANCES DE LA EXCEPCION

En los contratos llamados de duración, a diferencia de los de ejecución instantánea, la resolución y por tanto el efecto retroactivo -en su aspecto reintegrativo- opera generalmente con alcances diferentes porque la estructura de la relación es sustancialmente distinta de aquella que generan los contratos de ejecución instantánea. Por lo tanto, el funcionamiento de la resolución en este tipo de contratos sí constituye en general una verdadera excepción pues no se afectan las prestaciones recíprocamente ejecutadas, las que permanecen firmes, es decir, no rige el principio de retroactividad y como lógica consecuencia tampoco el efecto restitutorio.

La diferencia entre la categoría de los contratos de ejecución instantánea y los de ejecución continuada o periódica no consiste simplemente en la modalidad de la ejecución. Como enseña Osti, no deja de ser de ejecución instantánea el contrato sólo porque la prestación de una de las partes esté repartida en varias cuotas, en la medida en que el fraccionamiento se haya pactado con el propósito de facilitar el cumplimiento o por otra razón de oportunidad. En tales supuestos agrega este autor, el plazo de la obligación tiene naturaleza de elemento accidental en sentido técnico [20]. Incluso es posible, y ello no tiene importancia para establecer la distinción, que un contrato de ejecución instantánea (una compraventa a plazo, por ejemplo) se prolongue más en el tiempo que un contrato de ejecución continuada o periódica (como un arrendamiento o un suministro).

En las relaciones de duración existen, es cierto, prestaciones que son por su propia naturaleza prestaciones continuadas (es el caso del uso de una cosa o la locación de un servicio). Pero este tipo de prestaciones no agota el espectro de esta categoría de relaciones porque pueden darse casos de prestaciones que formen parte de relaciones de duración y que sin embargo puedan ejecutarse de manera instantánea, de modo que deben ser repetidas periódicamente. En definitiva, las relaciones de duración pueden contemplar prestaciones que por su propia naturaleza son también continuadas, y también prestaciones que por su naturaleza son de ejecución instantánea.

La naturaleza de esta categoría y la duración en estas relaciones encuentra su explicación en que el interés de ambas partes o de una de ellas es un interés que se prolonga o se repite constantemente (o en forma periódica) en el tiempo, y las prestaciones previstas para su satisfacción no pueden sino tener la misma temporalidad [21]. Por eso se señala que las prestaciones en estas relaciones se suceden en el tiempo con la misma temporalidad con que el interés requiere ser satisfecho, de manera tal que puede considerarse que cada prestación es autónoma de la precedente y de la sucesiva. Por tal razón, cuando estas prestaciones se van ejecutando recíprocamente van quedando satisfechos también recíprocamente los intereses de las partes, de suerte que si en un momento tiene lugar la resolución, ésta no afecta aquella parte (o más bien aquella época) de la relación jurídica que cumplió su función logrando mediante su actuación o cumplimiento la satisfacción de ambas partes.

Como puede fácilmente observarse, elemento esencial que sirve incluso para la determinación de esta categoría es la función del tiempo relativa a la satisfacción de una necesidad durable que precisamente el contrato satisface, y la duración es pues condición de tal satisfacción [22]. En este caso no interesa si es posible o no restituir las prestaciones recíprocamente ejecutadas, pues aunque ello fuera posible no existe razón para pretender

[19] AULETTA, Giuseppe. *Op. cit.* p. 253. Estas preocupaciones y la consideración de que en el caso de resolución por incumplimiento no puede hablarse de tercero de mala fe porque el incumplimiento no constituye vicio del título del primer adquirente, condujo al legislador italiano -que regula en el artículo 1458 del *Codice solamente* los efectos de la resolución por incumplimiento- a dejar a salvo de la retroactividad de la resolución a todos los terceros, salvo en los casos de anotación -en registros públicos- de la demanda de resolución.

[20] OSTI, Giuseppe. Voz "Contratto". En: *Novissimo Digesto Italiano*. UTET, Turín, 1957. vol. IV, pp. 462-535. Ver también "Contratto". En: *Scritti Giuridici*. Giuffrè, Milán, 1973. t. II, p. 769.

[21] DI MAJO, Adolfo. "Delle Obbligazioni in Generale (arts. 1173-1176)". En: *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cargo de Francesco Galgano. Zanichelli-Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1988, p. 86.

[22] OSTI, Giuseppe, siguiendo el pensamiento de OPPO. *Op. cit.* p. 771.

dicha restitución. Esta duración o como mejor dice Messineo [23] el distribuirse la ejecución en el tiempo, constituye un elemento que forma parte de la causa del contrato. Comparto plenamente, **sólo para esta hipótesis**, la posición de De la Puente y los comentarios recogidos en la carta de Benavides.

Entonces, lo característico es que el tiempo, o mejor, la duración sirve para determinar su medida cuantitativa [24]. La utilidad del contrato, cree Messineo, es proporcional a su duración [25].

Esto no significa que la resolución no pueda tener, aún en estos casos, efectos retroactivos. Supóngase que el suministrado -para usar el mismo ejemplo del suministro propuesto por Benavides- hubiera recibido mensualmente la mercadería durante un año completo pero no hubiera pagado nunca la retribución correspondiente, de modo que el suministrante obtiene la resolución del contrato. En este caso, aun cuando la resolución se produce en el segundo año de vida de la relación de suministro, tendrá efecto retroactivo en base a las mismas reglas que se han expuesto a propósito de los contratos de ejecución instantánea. En realidad considero que para este tipo de relaciones conviene mantener la fórmula -del texto del artículo 1372 vigente- según la cual la resolución se retrotrae al momento en que se produce la causal que la motiva.

8. EL ARTICULO 1372 DEL CODIGO CIVIL EN SU VERSION VIGENTE

No es mi propósito en este trabajo detenerme en la exégesis del precepto que contiene el artículo del rubro. No obstante ello, no puedo escapar a la tentación de expresar mi desconcierto acerca de la finalidad que realmente ha buscado el legislador al establecer de manera general [26] una eficacia de la resolución que se proyecta hasta el momento en que tiene lugar la causal que la motiva. No parece haberlo empujado la idea de prohibir el efecto restitutorio de las prestaciones ejecutadas, restitución a la que expresamente alude la norma, y que en caso contrario no sólo resultaría absurdo, sino que conduciría a un enriquecimiento sin causa, como creo haberlo demostrado. Tampoco lo ha animado la idea de proteger al tercero de buena fe, que queda a salvo por la tutela que le dispensa el último párrafo. No queda sino pensar que ha pretendido prohibir la restitución de frutos y productos, con las graves consecuencias que han quedado anotadas.

9. MI POSICION FRENTE A LA PROPUESTA

Las consideraciones expuestas hasta aquí permiten inferir porqué no suscribo en toda su extensión la propuesta de Cárdenas. Estoy conforme con el primer párrafo. El segundo, no lo comparto. El fundamento en que se apoya la norma que contiene es equivocado en mi concepto pues parte de la posición que postulan los autores colombianos Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, que pasa por negar validez a la categoría de los contratos de duración y sostener que toda diferencia entre esos contratos y los de ejecución instantánea resulta inútil [27]. No me parece que Díez-Picazo sea partidario de la misma tesis como en cambio se ha pretendido.

No creo que el problema sea la posibilidad o no de restituir las prestaciones ejecutadas atendiendo a su naturaleza, que en el precepto que se propone es el criterio utilizado para determinar en qué casos opera la retroactividad y en qué casos no. Hace ya muchos años Auletta comentaba que la imposibilidad de restituir la prestación como criterio utilizado por los defensores de la irretroac-

[23] MESSINEO, Francesco. *Il Contratto in Genere*. En: *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, dirigido por Cicu y Messineo (ahora continuado porLuigi Mengoni). Giuffré, Milán, 1973. vol. XXI, t. I, p. 784.

[24] OSTI, Giuseppe. *Op. cit.* p. 769.

[25] MESSINEO, Francesco. *Il Contratto in Genere*. En: *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, dirigido por Cicu y Messineo (ahora continuado por Luigi Mengoni). Giuffré, Milán, 1973. vol. XXI, t. I, p. 784.

[26] La solución es adecuada para el caso de los contratos de ejecución continuada o periódica, como acabo de manifestarlo, pero no como regla general extensiva también a los contratos de ejecución instantánea.

[27] OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos*. Temis, Bogotá, 1980. p. 74 ss. Para una sistemática de las reglas generales propias de esta categoría ver MESSINEO, Francesco. *Il Contratto in Genere*. En: *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, dirigido por Cicu e Messineo (ahora continuado por Luigi Mengoni). Giuffré, Milán, 1973. vol. XXI, t. I, p. 786 ss. Ver también aunque más lacónico: MAIORCA, Sergio. *Il Contratto, profili della disciplina generale. Giappichelli, Turín, 1984. pp. 91-92.*

tividad, precisamente para establecer la irretroactividad de la resolución, comenzaba a no convencer ni a los propios autores de la referida tendencia[28]. Si la limitación obedece a la propia naturaleza de las cosas -es decir, a la imposibilidad de restitución derivada de la propia naturaleza de la prestación- cómo es que este criterio no se usa en el propio artículo para establecer la irretroactividad en los casos de rescisión. En otras palabras, si la rescisión siempre produce efecto retroactivo, salvo el caso en que opera la buena fe a que alude el último párrafo, cómo operará este principio cuando la naturaleza de las prestaciones no permita su restitución. Sea como fuere que opere, del mismo modo operaría en el caso de la resolución. Más aún, si la retroactividad no es posible por la imposibilidad de restituir la prestación, no veo cómo es que la norma permitiría el pacto en contrario, es decir, pactar la retroactividad -y por tanto la restitución- a pesar de la predicada imposibilidad.

Lo cierto es que en cualquier caso en que una prestación deba ser restituida y no pueda serlo *in natura*, se restituirá por equivalente. Considero por ello que la resolución deberá tener efectos retroactivos en los términos y con las excepciones que me he permitido plantear.

En cuanto al tercer párrafo, considero que sólo cabe pactar en contra de los efectos que la norma asigna a la resolución pues opino que no se debe permitir que se pueda pactar en contra de lo que establece el primer párrafo a propósito de la rescisión, de modo que debería hacerse referencia al «párrafo anterior» y no a los «párrafos anteriores».

En cuanto al último párrafo, me parece que debe referirse únicamente a los derechos **de terceros** adquiridos de buena fe.

[28] AULETTA, Giuseppe. *Op. cit.* p. 284.

10. CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS

En definitiva, considero que en los contratos de ejecución instantánea la resolución tiene efectos retroactivos que se remontan al momento en que se celebra el contrato y por ello debe producirse la restitución de la prestación y de los frutos o provechos percibidos. En los contratos de duración, la retroactividad sólo se remonta al momento en que se produce la causal que la motiva. Estos aspectos admiten pacto en contrario. La retroactividad real es relativa, con lo que alcanza al -eventual- tercer adquirente que obró de mala fe; no lo afecta si procedió de buena fe, con lo que en cualquier caso queda a salvo el derecho de tercero de buena fe. Pero si por respetar el derecho de tercero o por otras circunstancias no se puede restituir in *natura* la prestación o los provechos, se restituirá por equivalente.

Si se acogen las ideas expuestas, el artículo 1372 podría tener un texto como el siguiente:

«Artículo 1372.- La rescisión del contrato opera judicialmente y sus efectos se retrotraen al momento de su celebración.

La resolución del contrato opera judicial o extrajudicialmente y sus efectos se retrotraen al momento de su celebración, salvo el caso de los contratos de ejecución continuada o periódica en los que los efectos de la resolución se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva. Lo dispuesto en este párrafo admite pacto en contrario.

En ningún caso se perjudican los derechos de terceros adquiridos de buena fe.

Cuando la prestación o los provechos obtenidos no puedan ser restituidos en especie, se pagará el valor que tuvieran al momento de la restitución».

ERNESTO VELARDE ARENAS

Abogado
Notario de Lima

Conquistadores N° 960, San Isidro
Telfs. 70-3766 41-8236
Fax 41-7371

Ricardo Fernandini Barreda

Notario - Abogado

Las Begonias 441 Of. 401
San Isidro

Telfs. 42-3718 42-4924
Fax 41-1377

EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

Jack Bigio Chrem
Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú

El libro de Fuentes de las Obligaciones del Código Civil, en su parte especial, dedica una atención preferente al contrato de arrendamiento, que tan hondo contenido social ha tenido y tiene en nuestro país.
El doctor Jack Bigio Chrem, distinguido especialista en la materia y participante directo en la elaboración del Código de 1984 -fue miembro de las Comisiones Reformadora y Revisora- nos alcanza con el presente artículo algunas reflexiones a propósito de la regulación del contrato de arrendamiento, incidiendo en la definición del contrato contenida en el artículo 1666 del Código Civil, el concepto de renta y sus modalidades, así como las diferencias que -en su opinión- existen entre el arrendamiento y otras figuras jurídicas, como el uso, el usufructo y el comodato.

INTRODUCCION

El contrato de arrendamiento, ubicado dentro del Libro VII sobre Fuentes de las Obligaciones, Sección Segunda de los Contratos Nominados, Título VI del Código Civil de 1984, ha sido regulado de manera autónoma. El Código vigente le da un tratamiento distinto al que tenía en el Código de 1936, empezando por su denominación, continuando con la distinción que hace respecto a los contratos de locación de servicios y de obra, así como la ampliación del ámbito de aplicación de dicho contrato al no limitarlo a la cesión del uso de cosas únicamente, como se hacía en el Código derogado.

El Código de 1936, al igual que el Código Civil colombiano, incluía en el contrato de arrendamiento la *locatio-conductio* ya de una cosa, ya de un servicio o de una obra, siguiendo el esquema del Derecho Romano. Sin embargo, estas tres clases de relaciones contractuales importan diferencias fundamentales, por lo cual se justifica su tratamiento diferenciado. Al separar estas categorías no se hace otra cosa que reconocer, a nivel teórico y normativo, la distinta naturaleza de estas relaciones jurídicas y regular con más propiedad la realidad socioeconómica, ya que no se pueden equiparar las relaciones originadas por la cesión del uso de un bien con las que se producen con motivo de la prestación de un servicio, que involucra la actividad humana. Por ello, las actuales legislaciones se han apartado del esquema anterior.

El contenido de la obligación en el contrato de arrendamiento de un bien, la prestación, consiste en ceder el uso de ese bien; mientras que en los contratos de prestación de servicios y de obra se

tiene como contenido de la obligación la realización de un servicio que involucra el esfuerzo del hombre.

Es importante indicar, además, que se cambia la denominación del contrato, que antes era llamado locación-conducción de cosas y pasa a ser designado como arrendamiento, siguiendo el modelo de los Códigos Civiles de Italia y de la República de Bolivia.

En lo que respecta a los sujetos del contrato de arrendamiento, el Código Civil designa a quien se obliga a ceder el uso del bien con el nombre de arrendador; y denomina arrendatario, a quien se obliga a abonar la renta. De otro lado, en cuanto a la sistemática, el legislador ha considerado conveniente dividir la regulación del contrato de arrendamiento en capítulos, a diferencia del articulado del Código Civil de 1936, que normó la locación-conducción en un sólo título; esta innovación se ha efectuado con la finalidad de facilitar la comprensión de su texto y la sencilla ubicación de sus normas por el ciudadano.

Debe destacarse, además, que la normatividad del arrendamiento suprime toda referencia al arrendamiento agrario, dejando a la ley especial su tratamiento.

Asimismo, y en consideración a que el arrendatario es poseedor inmediato del bien, la regulación del arrendamiento en el Código Civil deja de normar el aspecto relativo a las mejoras, que pasa a ser tratado, como corresponde en el Capítulo Quinto, de la Sección Tercera, del Libro V de los Derechos Reales (artículos 916 y siguientes del Código Civil) referente a la posesión.

Siguiendo el antecedente del Código Civil peruano de 1852 y el modelo de los Códigos Civiles de Argentina e Italia, el legislador establece un límite máximo al arrendamiento de duración determinada, fijándolo, por regla general, en 10 años (artículo 1688 del Código Civil).

En lo que respecta al contrato de subarrendamiento, se invierte la regla contenida en el artículo 1523 del ordenamiento civil anterior, según la cual estaba permitido el subarrendamiento; en consecuencia, en adelante, el arrendatario queda prohibido de dar en subarriendo, salvo asentimiento escrito del arrendador.

En cuanto a la enajenación del bien arrendado, durante el curso de un arrendamiento celebrado por tiempo determinado, el artículo 1708 del Código Civil regula diversas soluciones, según el contrato se encuentre o no inscrito en el Registro.

Es preciso tener presente que el tratamiento del arrendamiento no incluye normas relativas a la obligación de saneamiento, por cuanto siendo el arrendador transferente de la posesión, son de aplicación a éste los principios generales contenidos en los artículos 1484 y siguientes del Código Civil.

En general, puede afirmarse que se establecen diferencias importantes en relación al tratamiento que tuvo la locación-conducción de cosas en el Código Civil de 1936. Parte de estas innovaciones y sus alcances serán apreciados a lo largo del texto que se desarrolla a continuación.

1. ORIENTACION DE LA REGULACION DEL ARRENDAMIENTO

El arrendamiento, que en el régimen anterior era conocido bajo el nombre de locación-conducción de cosas, ha sido motivo de frecuentes fricciones entre propietarios y arrendatarios.

La excesiva protección que han dispensado al arrendatario las denominadas leyes de emergencia, ha conducido a una situación que ha causado un quebranto económico significativo para quien arrendaba un bien destinado a vivienda y ha provocado un desaliento en la construcción de éstas, agudizando su carencia en todo el territorio.

La Comisión Revisora es consciente que en el país existe un considerable déficit entre el número de viviendas construidas y las requeridas para cubrir las necesidades de la población y que no es posible en las condiciones actuales que el Estado asuma la tarea de corregir tal situación.

La regulación del arrendamiento busca encontrar, pues, el equilibrio entre los derechos del arrendatario y del propietario y, al mismo tiempo, conferir seguridad al inversionista para así desarrollar la industria de la construcción que con urgencia reclama el país.

En efecto, así como el arrendatario tiene derecho al uso de la vivienda durante el plazo del contrato y a no ser perturbado por el arrendador, éste a su vez tiene derecho a percibir la renta convenida y, al vencimiento del plazo del contrato, a obtener la pronta restitución del bien arrendado.

Finalmente, con el objeto de evitar la especulación que en muchos casos ha efectuado el arrendatario, especialmente de inmuebles dedicados a uso de vivienda, se ha modificado el tratamiento del

subarrendamiento, que en adelante sólo podrá convenirse cuando el arrendador preste asentimiento escrito para ello.

2. DEFINICION DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

Artículo 1666: «Por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida».

Siguiendo el modelo de todos los contratos que regula el Código Civil, el artículo 1666 contiene la definición del arrendamiento, cuyos elementos componentes se exponen a continuación:

2.1. Contrato consensual

El arrendamiento es un contrato de carácter consensual, por cuanto se perfecciona con el sólo acuerdo de voluntades y, en consecuencia, genera obligaciones a cargo de las partes; sin que se requiera, a diferencia de los contratos de naturaleza real, de la entrega de la cosa como requisito de formación del contrato.

Por consiguiente, el contrato es perfecto cuando se forma el consentimiento mediante la manifestación de voluntad de las partes, esto es, cuando el arrendador acuerda con el arrendatario en cederle temporalmente el uso de un determinado bien a cambio del pago de una renta que éste debe abonarle.

El carácter consensual del arrendamiento queda precisado, pues, mediante la frase legal «se obliga» que emplea el numeral 1666 del Código Civil.

2.2. Contrato informal

No es un contrato solemne puesto que para su celebración no se establece una forma determinada cuya inobservancia se sancione con nulidad. De modo que las partes tienen plena libertad para establecer la forma en la que desean hacer constar el arrendamiento de toda clase de bienes.

2.3. Contrato con prestaciones recíprocas

Es un contrato con prestaciones recíprocas, por cuanto crea obligaciones a cargo de ambas partes. En principio, el arrendador es deudor de la prestación de entregar el bien que debe ceder temporalmente en uso; y, correlativamente, el arrendatario es deudor de la prestación consistente en pagar la merced conductiva. Es así que la reciprocidad se manifiesta no sólo mediante la existencia de prestaciones a cargo de cada una de las partes, sino en la vinculación existente entre ellas, de tal manera que tienen la calidad de prestación y contraprestación.

2.4. Contrato oneroso

Se caracteriza también este contrato por ser oneroso, en la medida que implica tanto ventajas como sacrificios para el arrendador y el arrendatario.

2.5. Contrato conmutativo

El arrendamiento es un contrato conmutativo en la medida que las partes, desde la formación del contrato, están en condiciones de conocer con certeza cuáles son las ventajas que les va a reportar su celebración.

2.6. Bien materia del contrato

El objeto del contrato puede ser un bien material o inmaterial. De este modo, el arrendador puede dar en arrendamiento una cosa u objeto corporal al arrendatario; o también, un bien incorporal, es decir un bien que no puede ser apreciado por los sentidos.

Por consiguiente, el ámbito del contrato se amplía en relación a lo que podía ser objeto del contrato de locación-conducción de cosas, según lo dispuesto en el artículo 1490 del Código Civil de 1936. Como se recuerda, en el régimen anterior, el numeral 1490 limitaba el arrendamiento a la cosas; es así que la cesión del uso de una cosa a cambio del pago de una merced conductiva constituía un contrato de locación-conducción y la cesión del uso de un bien incorporal era un contrato atípico. Como consecuencia de la sustitución del vocablo «cosa» por el término «bien» se amplía el ámbito de aplicación del contrato de arrendamiento y se confiere carácter de contrato típico al arrendamiento de derechos a cambio del pago de una renta.

El numeral no hace distingo acerca de si el bien materia de arrendamiento debe ser necesariamente "no consumible" o, si puede ser un bien "consumible". Por la naturaleza del contrato, en virtud del cual el arrendatario se obliga a devolver el mismo bien, se entiende que, en principio, el bien debe ser no consumible puesto que se cede el uso de un bien que debe ser restituido. Sin embargo, aunque no sea usual el arrendamiento de este tipo de bienes, nada obsta para que el referido contrato verse también sobre un bien consumible en la medida que dicho bien no sea consumido; puesto que un bien de naturaleza consumible no

necesariamente debe ser consumido. Así, por ejemplo, en el caso de arrendarse una colección de vinos a fin de ser exhibida en una feria. Asimismo, el bien materia de arrendamiento puede ser determinado o determinable.

Finalmente, cabe recordar que de acuerdo con lo prescrito por el inciso 1 del artículo 1409 del Código Civil, puede celebrarse contrato de arrendamiento sobre bien futuro.

2.7. Cesión del uso

Como se observa de la definición del contrato, nuestro Código regula el arrendamiento de uso. Por tanto, la celebración de este contrato no confiere al arrendatario el derecho de apropiarse de los provechos provenientes del bien materia del contrato. Así pues, se puede afirmar que el arrendatario es un poseedor que no hace suyos los frutos.

Nótese que la cesión del uso del bien es la obligación principal del arrendador, la misma que se cumple con la entrega del bien y sus accesorios al arrendatario, en el tiempo y lugar acordados.

2.8. Pago de cierta renta

El arrendatario se obliga esencialmente al pago de la renta. Conviene indicar que la renta es la merced conductiva, alquiler, canon arrendaticio, precio, compensación o contraprestación que se obliga a pagar el arrendatario al arrendador por la cesión temporal del uso de un bien.

La renta debe ser determinada o, al menos, ser susceptible de determinación. En cambio, si no se hubiera acordado la renta, el arrendamiento no se habría formado por falta de acuerdo sobre uno de sus elementos esenciales.

A este respecto, el tratadista de Derecho español Calixto Valverde y Valverde expresa lo siguiente:

«El precio, la merced o el alquiler, que todos estos nombres toma, ha de reunir la condición de cierto, si bien el concepto de certeza es muy amplio. No obsta a la certeza del precio, que éste no sea en numerario, más aún, aunque no medie precio, si éste es sustituido por una equivalencia también cierta, incluso la de servicios personales, o un aprovechamiento de otra finca, se está en el caso de un arrendamiento»[1].

a. Modalidades que puede revestir la renta

La renta no tiene que consistir necesariamente en una suma de dinero, por cuanto el texto del artículo 1666 del Código Civil es deliberadamente abierto, respondiendo a la voluntad del legislador de ampliar el ámbito de relaciones jurídicas que pueden encuadrarse en el arrendamiento. En otras palabras, la definición del contrato de arrendamiento alude a la renta convenida, a diferencia del artículo 1529 del Código Civil vigente, que al definir la compraventa se refiere expresa y exclusivamente a la obligación de transferir la propiedad de un bien a cambio de un precio en dinero.

Conviene indicar a este respecto que el legislador se aparta de la definición que contiene el artículo 1493 del Código Civil argentino, según el cual se establece que la renta debe consistir necesariamente en una suma de dinero determinada.

En efecto, no tiene ningún sentido estimar que cuando el arrendatario paga una renta consistente en una prestación distinta a una suma de dinero a cambio de la cesión del uso de un bien, se está en presencia de un contrato atípico, por cuanto el contrato se regirá en definitiva por las reglas del arrendamiento, por ser éste el contrato que más se le asemeja.

En consecuencia, según nuestra legislación, el arrendador puede convenir con el arrendatario en que la contraprestación por el uso de un bien -la renta- esté constituida, indistintamente, por una suma de dinero, por servicios, mediante la transferencia de la propiedad de otro bien, mediante frutos, por una abstención, etc. Igualmente, puede establecerse como contraprestación, o como parte de ella, la obligación del arrendatario de efectuar las reparaciones que requiera el bien arrendado.

Puede acordarse el pago de renta mixta, es decir, que la contraprestación por el uso del bien consista, por ejemplo, en dar una suma de dinero y dar en propiedad el 50% de los frutos de un bien del arrendatario. También puede fijarse en una cantidad fija y en otra variable que resulte de aplicar un porcentaje de los beneficios obtenidos por el arrendatario, con el uso del bien, en un período determinado.

En cuanto a la hipótesis de renta pagadera en una suma de dinero, que constituye el caso más frecuente, es pertinente indicar que puede consistir

[1] VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. Tratado de Derecho Civil Español. t. III, parte especial: Derechos Personales o de Obligaciones. pp. 466-467.

en una suma de dinero determinada, por ejemplo, S/. 1,000.00 al mes; también puede convenirse la renta en un porcentaje determinado de las ventas que efectúe el arrendatario en un plazo establecido. Tal sería el caso de un arrendatario que conduce un establecimiento dedicado a las ventas al por menor que ha convenido con el arrendador que la renta será el equivalente del 2.5% de la venta bruta en un mes. En este caso, si bien el porcentaje se encuentra establecido, se trata de una renta no determinada pero determinable, estipulación que se encuentra admitida dentro del juego de la autonomía de la voluntad.

El legislador incluyó esta fórmula amplia, respecto a la naturaleza de la renta, a fin de posibilitar que el pago de la misma pueda ser efectuado por diferentes medios y no únicamente a través de una suma de dinero. La razón de ello reside en que se desea otorgar la calidad de típico, también, al contrato en virtud del cual se cede el uso de un bien a cambio de una contraprestación distinta a una suma de dinero, y sujetarlo a las normas del contrato de arrendamiento.

b. Pago en moneda nacional o extranjera

El pago de la renta puede establecerse en moneda nacional o extranjera. El pacto en moneda nacional puede consistir en una suma de dinero determinada o por determinar. En este caso, es de aplicación la regla general contenida en el artículo 1235 del Código Civil, según la cual se permite que el monto de la renta sea referido a índices de reajuste automático, o al valor de otras monedas o mercancías (puede consultarse la Exposición de Motivos del artículo 1235 del Código Civil).

Asimismo, el pago de la renta puede establecerse en moneda extranjera. Mas, en este supuesto se está frente a una obligación facultativa legal, por cuanto el arrendatario puede liberarse válidamente pagando en moneda nacional al tipo de cambio de venta que tenga la moneda extranjera el día del pago, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1237 del Código Civil, a cuya Exposición de Motivos procede remitirse. Es la intención del legislador concederle al deudor de una suma de dinero en moneda extranjera la facultad legal de extinguir la obligación con el pago de su equivalente en moneda nacional; facultad que, evidentemente, alcanza también al arrendatario.

c. Oportunidad de pago

Si bien el arrendamiento puede ser pactado en su forma frecuente, esto es, por períodos mensuales, es posible pactar su duración en períodos diarios, semanales, quincenales, bimestrales, semestrales, anuales, etc.

El pago de la renta se podrá solicitar de acuerdo a como se haya acordado el período del arrendamiento. A falta de indicación, rige la norma supletoria del artículo 1681, inciso 2 del Código Civil, según la cual se presume que la renta debe pagarse cada mes.

Por otro lado, una vez determinado el período por el cual habrá de pagarse la renta, surge la cuestión respecto a si dicho pago deberá realizarse antes o después de transcurrido el período. En este punto la norma deja la decisión a las partes, quienes en ejercicio de la autonomía de la voluntad pueden acordar que el pago de la renta se efectúe por períodos vencidos o adelantados. En consecuencia, la renta será exigible, de acuerdo a lo pactado, antes, durante o después del período establecido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1676 del Código Civil. Asimismo, con carácter supletorio, se establece que a falta de acuerdo la renta será exigible por períodos vencidos; por consiguiente, el pago deberá efectuarse una vez transcurrido el período. Con esta solución se concede un beneficio al deudor de la renta, entendiéndose que el pago deberá corresponder a una contraprestación obtenida, a menos que las partes acuerden otra fórmula.

d. Lugar para efectuarse el pago

Respecto al lugar en que debe pagarse la renta, se establece una norma supletoria -por cuanto rige sólo a falta de estipulación de las partes- consignada en el inciso 2 del artículo 1681 del Código Civil, el cual establece, en principio, que el pago de la renta debe ser efectuado en el domicilio del arrendatario.

Esta norma no es sino la reiteración, para el caso del arrendatario, de la regla general contenida en el artículo 1238 del Código Civil, en virtud de la cual se dispone que el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor. Siendo el arrendatario el deudor de la obligación de pago de la renta, la norma del inciso 2 del artículo 1681 guarda consonancia con lo que dispone el artículo 1238 del mismo cuerpo de leyes. Sin embargo, dado el carácter supletorio de estas disposiciones, las partes pueden acordar que el pago se realice en un lugar distinto al domicilio del arrendatario.

2.9. Duración del arrendamiento: temporalidad

El arrendamiento tiene la característica de ser

temporal. El legislador no desea que la propiedad se encuentre desprovista por largo tiempo del derecho de uso, que es uno de sus atributos.

Esta característica ha sido consagrada en el artículo 1688 del Código Civil, en cuanto establece que la duración del arrendamiento no puede exceder de 10 años. Cuando el bien arrendado pertenece a entidades públicas o a incapaces el plazo no puede exceder de 6 años. Por consiguiente, nuestra legislación no admite la validez de los arrendamientos perpetuos.

Cuando el arrendamiento excede de los referidos plazos se entiende reducido a los límites señalados. Este punto concuerda con la intención del legislador de preservar los contratos; por lo que, en lugar de quitarle validez al acto, se prefirió la fórmula en virtud de la cual se anulan los efectos en lo que excede los plazos máximos establecidos por ley.

2.10. Tracto sucesivo

Al tratar esta característica del arrendamiento, Luis María Rezzónico, profesor argentino de Derecho Civil, explica las razones por las cuales considera que se trata de un contrato de tracto sucesivo, de la siguiente manera:

«Es un contrato de ejecución o tracto sucesivo, continuativo, fluyente y no instantáneo: la obligación del locador, de proporcionar al locatario el uso [...] de la cosa dada en locación, se cumple a cada instante, continuadamente, así como recíprocamente el locatario cumple su obligación de pagar el precio de la locación. Puede decirse que por cada instante del uso y goce de la cosa locada por el locatario, corresponde al locador una parte proporcional del alquiler convenido»[2].

2.11. Naturaleza jurídica del derecho del arrendatario

La doctrina no es pacífica al tratar el tema de la naturaleza jurídica del derecho que confiere el contrato al arrendatario. En efecto, hay quienes sostienen que el derecho de éste es de naturaleza real y otros que, por el contrario, afirman que se trata de un derecho personal.

Es importante tener presente que la consideración de si el derecho del arrendatario es de uno u otro carácter, generalmente responde al análisis que efectúa cada autor de un determinado Derecho positivo, sea éste nacional o extranjero.

Sobre la base de esta premisa, debe admitirse que la doctrina prevaleciente, es aquella que considera al derecho del arrendatario como un derecho de crédito.

En nuestro régimen civil, el contrato de arrendamiento se forma por el consentimiento de las partes, sin que se requiera la entrega simultánea del bien para su perfeccionamiento; es evidente, por tanto, que el arrendatario tiene el derecho de solicitar al arrendador, en ejecución del contrato, la entrega del bien y de sus accesorios. Tiene, además, el derecho de exigirle una prestación de hacer consistente en que lo mantenga en el uso del bien. Finalmente, tiene derecho a no ser perturbado por el arrendador en su uso pacífico. Por consiguiente, todas estas obligaciones generan una relación personal entre arrendador y arrendatario.

Messineo, ilustre civilista italiano, al comentar sobre la naturaleza jurídica del derecho del arrendatario, expresa lo siguiente:

«[...] el derecho del arrendatario, para ejercitarse, tiene necesidad de la cooperación del arrendador, en cuanto hace falta que éste se preste a hacer gozar la cosa debida, la entregue, la mantenga en estado de servir para el uso y le garantice su pacífico goce.

[...] El arrendatario, por consiguiente, tiene una pretensión frente al arrendador, pero no tiene un poder inmediato sobre la cosa arrendada; y no puede oponer a los terceros tal poder»[3].

De otro lado, debe tenerse presente que una vez que ha sido cumplida por el arrendador la prestación de entrega, es indudable que el arrendatario establece, a su vez, un contacto directo con el bien materia del contrato.

Asimismo, no puede desconocerse que si bien el contrato confiere al arrendatario sólo un derecho de uso, es incuestionable que éste ejercita su derecho poseyendo el bien, lo cual podría llevar a pensar que el arrendatario, como sostiene algún sector de la doctrina, tiene un derecho real. A este respecto, el profesor español Luis Díez-Picazo sostiene:

«El arrendatario es un poseedor de la cosa arren-

[2] REZZONICO, Luis María. Estudio de los Contratos en nuestro Derecho Civil. p. 8.

[3] MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. t. V, p. 165.

dada y tiene sobre ella un poder directo e inmediato. Es quien utiliza la cosa, conforme a su destino, y quien extrae de ella sus utilidades y frutos sin la cooperación del arrendador»[4].

Con mayor énfasis, el profesor argentino Luis María Rezzónico al comentar el artículo 1498 del Código Civil argentino señala que:

«[...] el derecho del locatario, lo mismo que las servidumbres, el usufructo o la hipoteca que gravan un inmueble, es oponible al sucesor del locador, al adquirente y nuevo propietario de la cosa arrendada. En otras palabras: que el arrendamiento sigue al inmueble al pasar éste del patrimonio del locador al patrimonio del adquirente, y ello significa que la locación confiere al locatario un verdadero *ius in re*, que se grava e imprime sobre la cosa locada y la sigue por doquiera, a pesar de las subalienaciones, lo cual revelaría que el derecho del locatario es un derecho "absoluto" y por tanto un derecho real»[5].

Sin embargo, de admitirse que el derecho del arrendatario sería un derecho real, estaría dentro de sus características su carácter de oponibilidad absoluta frente a terceros, circunstancia que no se presenta al examinar las siguientes normas de nuestro ordenamiento legal:

(a) El inciso 2 del artículo 1708 del Código Civil establece que si se enajena el bien en el curso de un arrendamiento que no ha sido inscrito en el Registro, el adquirente puede darlo por concluido. El legislador se aparta, pues, de la solución que consagra el artículo 1498 del Código Civil argentino, según el cual el adquirente debe respetar el derecho del arrendatario. Como se aprecia, el codificador argentino sí confiere oponibilidad absoluta al derecho del arrendatario frente a terceros.

(b) El inciso 1 del artículo 1705 del Código Civil establece que el arrendamiento concluye si el arrendador es vencido en el proceso en el que se discute su derecho.

(c) El artículo 1670 establece que si se da en arrendamiento un mismo bien a dos o más personas, no se prefiere necesariamente al poseedor, sino que goza de prelación, en su caso, el arrendatario que de buena fe inscribió su derecho en primer lugar.

De todo lo expuesto puede concluirse, pues, que el derecho del arrendatario, aunque él posea el bien y, por tanto, se encuentre en contacto directo con el mismo, no tiene oponibilidad absoluta frente a terceros. Debe notarse que la excepción a la regla general, está contenida en el inciso 1 del artículo 1708 del Código Civil que regula el caso de un arrendamiento inscrito, supuesto en que el adquirente deberá respetar el contrato, siendo indiferente para ello que el arrendatario se encuentre en posesión del bien.

A este respecto, es pertinente traer a colación lo que expresan los profesores españoles Blas Pérez Gonzáles y José Alguer, quienes enseñan:

«El contenido de los derechos del arrendatario no se altera por su inscripción, sino que únicamente quedan garantizados frente al adquirente ulterior. Por ello no pierde el arrendamiento su naturaleza meramente obligatoria. El arrendatario no tiene un derecho real sobre la cosa, sino sólo el de que el arrendador o el que ocupe su lugar le mantenga en el goce pacífico de la cosa, sin tener acción directa contra tercero más que, a título de poseedor, cuando se trata de perturbación de mero hecho»[6].

2.12. El arrendamiento y el derecho de uso regulado en los artículos 1026 a 1029 del Código Civil

Cuando el derecho de uso se constituye a título oneroso, presenta similitud con el derecho que adquiere el arrendatario mediante el arrendamiento.

En efecto, según la definición de cada una de estas figuras, cabe señalar como coincidencia entre ellas, que tanto el usuario como el arrendatario adquieren sólo el derecho al uso del bien, más no a los provechos que éste pudiera generar.

Coincide el derecho de uso con el arrendamiento en que su constitución no está sujeta a ninguna formalidad, pudiendo realizarse uno u otro mediante la forma que las partes o el constituyente elijan, según el caso.

Sin embargo, hay algunas diferencias que se considera necesario precisar. En primer término, como consecuencia del carácter real del derecho de

[4] DIEZ-PICAZO, Luis. Sistema de Derecho Civil. vol. III, p. 57.

[5] REZZONICO, Luis María. Op.cit. p. 59.

[6] PEREZ GONZALES, Blas y ALGUER, José. Anotaciones en: ENNECCERUS, Ludwig. Derecho de Obligaciones. vol. II, p. 188.

uso, la transferencia del bien durante el curso del contrato no importa su extinción, efecto que sí se puede producir por voluntad del nuevo propietario en el caso, por ejemplo, de la venta del bien arrendado, a tenor de la facultad que le concede al arrendador el inciso 2 del artículo 1708 del Código Civil.

El derecho de uso es intransmisible; en consecuencia, no puede ser objeto de cesión a tercera persona (artículo 1029 del Código Civil), como sí puede suceder con el arrendamiento, que admite ser objeto de cesión de posición contractual en los casos permitidos por ley (ver Exposición de Motivos del artículo 1696 relativa a la cesión del arrendamiento).

Si bien, tanto el arrendamiento como el derecho de uso pueden tener origen contractual, el derecho de uso puede constituirse mediante acto unilateral y por testamento. En cambio, el arrendamiento sólo tiene como fuente al contrato.

De otro lado, si por ejemplo se concede por medio de contrato el derecho de uso de un inmueble a un tercero, por un plazo determinado, y si al finalizar éste, el usuario permanece en posesión del bien y el propietario no exige su devolución, aquél se habrá convertido en ocupante precario, por cuanto su título posesorio ha terminado. No ocurre lo mismo en el contrato de arrendamiento, en que la permanencia del arrendatario en el uso del bien, más allá del plazo convenido, se entiende como la continuación de la relación obligacional bajo sus mismas estipulaciones de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1700 del Código Civil.

2.13. El arrendamiento y el derecho de usufructo

Entre el contrato de arrendamiento y el derecho de usufructo existen, a primera vista, ciertas coincidencias. En ambos casos, se adquiere el derecho al uso de un bien ajeno, siendo el arrendatario y el usufructuario poseedores inmediatos del mismo. Tanto el derecho del arrendatario como el del usufructuario tienen, además, carácter temporal.

Eleodoro Romero Romaña expresa que cabe confusión entre estas figuras cuando, por ejemplo, se constituye el derecho de usufructo por contrato, con carácter oneroso y a corto plazo. El citado jurista afirma:

«Pero aún con el usufructo contractual cabe diferenciar el arrendamiento. En éste el locador está obligado a hacer entrega de la cosa en forma que sirva para el fin a que está destinada. [...] En el usufructo, en cambio, el propietario no tiene esa obligación, salvo que se pacte expresamente en el contractual»[7].

Sin embargo, median entre ambas figuras importantes diferencias, que se señalan a continuación.

El usufructo es legislado como un derecho real, en virtud del cual al usufructuario se le confiere no sólo la facultad de usar un bien que no le pertenece, sino además, la de disfrutar del mismo de modo temporal. Así, se distingue básicamente del derecho del arrendatario en que éste es un derecho de crédito por el que sólo se le concede el derecho al uso del bien.

El carácter real del usufructo confiere al usufructuario, que aún no goza de su derecho, la acción reivindicatoria. La solución para el arrendatario que aún no ha entrado en posesión del bien se encuentra prevista por el Código Civil en la parte relativa a la inejecución de obligaciones. El arrendatario puede solicitar, pues, al arrendador la entrega del bien o la resolución del contrato.

La transferencia del bien no implica la terminación del derecho del usufructuario, en razón a que el nuevo propietario debe respetarlo. Por el contrario, la enajenación del bien arrendado puede originar la conclusión del contrato, si éste no se encuentra inscrito, en aplicación de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 1708 del Código Civil.

La muerte del usufructuario extingue el usufructo. Al fallecimiento del arrendatario, los herederos tienen la opción de continuar la relación obligatoria, de conformidad con la facultad que les concede el artículo 1710 del Código Civil.

El usufructo puede ser constituido a título de liberalidad o a cambio de una contraprestación. El arrendamiento, como ya se ha señalado, es esencialmente oneroso. Si alguien cediera a otro el uso de un bien sin que éste pagara una retribución, el contrato no sería de arrendamiento.

El usufructuario tiene la libre disponibilidad de su derecho (no del bien sobre el que recae), facultad que puede ejercitar, sin el concurso de quien le confirió el derecho; así, por ejemplo, el usufruc-

[7] ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. Derecho Civil. t. II: Los Derechos Reales, p. 296.

tuario está en libertad de dar en arrendamiento el bien o de transferir su derecho a tercero a título gratuito u oneroso. No sucede lo mismo con el arrendatario, cuando se trata del subarrendamiento o cesión, que debe contar necesariamente con el asentimiento del arrendador (artículos 1692, 1696 y 1435, respectivamente, del Código Civil).

El origen de las dos figuras puede ser contractual, pudiendo el usufructo constituirse también por acto unilateral, por testamento o por la ley. Constituye usufructo legal: el que tienen los padres sobre los bienes de los hijos conforme al artículo 423, inciso 8, y el usufructo que tiene el cónyuge sobreviviente sobre el hogar en que vivió la familia a tenor de lo dispuesto en el artículo 732 del Código Civil.

Siendo el usufructo un derecho real, es oponible *erga omnes*, a diferencia del derecho del arrendatario que no presenta tal cualidad a menos que el contrato se encuentre inscrito.

El derecho que se confiere al arrendatario no es estrictamente de carácter personalísimo, cualidad que sí se presenta en el caso del usufructuario, y también en el caso de la persona que goza de los derechos reales de uso o habitación. Esta afirmación se sustenta en que en el primer supuesto, a la muerte del arrendatario el contrato no necesariamente concluye, en cambio en los otros sí. Además, el consentimiento del arrendador para que el arrendatario pueda subarrendar o ceder el contrato restan aún más el carácter personal que el derecho del arrendatario pudiera presentar.

2.14. El arrendamiento y el comodato

Según el texto del artículo 1728 del Código Civil, por el contrato de comodato el comodante se obliga frente al comodatario a entregarle gratuitamente un bien no consumible para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva.

Se asemeja, entonces, al arrendamiento en que se trata de contratos en virtud de los cuales se concede el uso de un bien no consumible en forma temporal o para cierto fin.

De la propia definición legal de ambos contratos resalta la diferencia más importante entre ellos: mientras que el arrendador tiene derecho a recibir contraprestación por parte del arrendatario («cierta renta»), el comodante se obliga a entregar el bien sin contraprestación a cambio. Se trata, pues, de un contrato a título gratuito. Afirma, a este respecto, José León Barandiarán:

«El comodato es un contrato gratuito. Se constituye en beneficio del comodatario, dado que éste viene a tener el uso de la cosa sin pago alguno correspondiente, de dinero, u otra cosa, o prestación de servicio. La gratuidad es esencial. El art. 1587 [léase 1728] precisamente se refiere a esta nota inherente a la figura. Si el comodatario estuviese obligado, en alguna forma, con una cierta prestación en reciprocidad, el negocio no sería comodato: sería arrendamiento o negocio innominado.» [8] (corchetes agregados).

Como queda dicho, ambos contratos conceden el uso en forma temporal. Pero cuando se trata de un arrendamiento a plazo determinado, la ley interviene limitando su duración a 10 años, por regla general, lo que no ocurre con el comodato, que no tiene límite legal alguno.

Es de notar que el comodante goza de una facultad que no se confiere al arrendador. En efecto, el artículo 1736 del Código Civil permite al comodante obtener la restitución del bien antes del vencimiento del plazo, en la hipótesis que requiera el bien con urgencia imprevista.

2.15. El arrendamiento crea obligaciones de dar a cargo de ambas partes

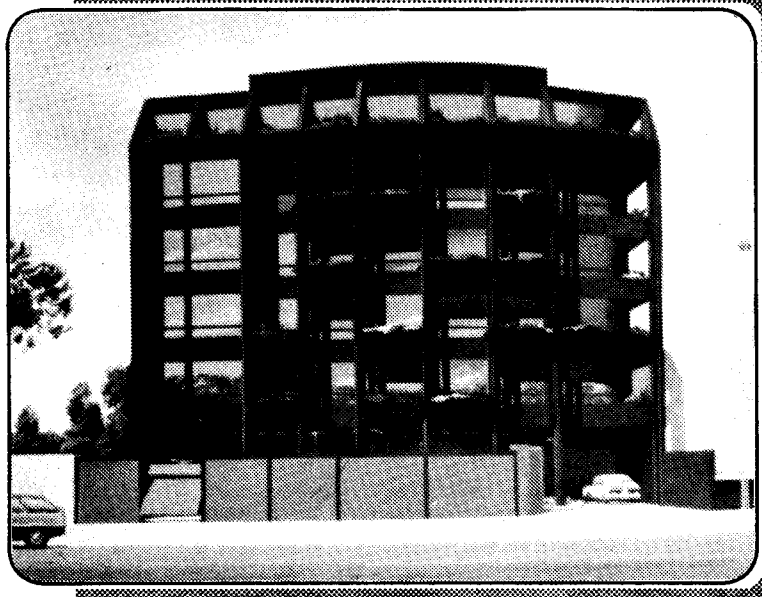
En virtud de la celebración del contrato de arrendamiento se crean inmediatamente dos obligaciones con prestaciones de dar: (a) la del arrendador de entregar el bien en uso al arrendatario; y, (b) la de éste de pagarle una renta al arrendador.

De manera, pues, que el arrendatario es acreedor frente al arrendador en la obligación de entrega; y el arrendador es, a su vez, acreedor de la renta. Sin embargo, es preciso destacar que, respecto de la obligación de entrega, las posiciones de deudor y acreedor de ésta resultan intercambiadas durante la ejecución del contrato. En efecto, el arrendador que inicialmente es deudor de la prestación de entregar el bien se convierte después de haberla cumplido en acreedor de su restitución.

Conviene reiterar que, de acuerdo a los principios generales, quien se obliga a entregar un bien, se obliga a conservarlo hasta su entrega al acreedor (artículo 1134 del Código Civil).

[8] LEON BARANDIARAN, José. Contratos en el Derecho Civil Peruano. t. II, p. 43-44.

Para gente exclusiva estamos construyendo un elegante edificio de 11 Dptos. en la mejor zona de San Isidro, con fondo a parque.



Viva en los magnificos y exclusivos Dptos., diseñados y decorados con los más finos acabados, complementando un estilo original y elegante para cada ambiente; que venimos construyendo para satisfacer exigentes demandas.

Características:

- Fondo al parque cerrado más grande de S.I.
- Areas de 230 m ^{2} a 280 m^2.
- 3 ascensores marca "Otis" con acceso directo a cada Dpto.
- Pintura satinada en todos los ambientes.
- Grifería y cerrajería U.S.A.
- Baños con marmól y sanitarios importados.
- Vidrios templados
- 2 o más cocheras.
- Grupo Electrógeno para uso total, etc.

Edificio "Los Helechos"

Ubicación : Calle Victor Maúrtua N° 342
San Isidro

Construye y Vende:

PROBIEN

PROMOTOR DE BIENES INMUEBLES

Telfs.: 42-8040 42-0754

ESTRATEGIAS DE DERECHO PRIVADO PARA CONSERVAR LA NATURALEZA Y LUCHAR CONTRA LA CONTAMINACION AMBIENTAL *

Fernando de Trazegnies Granda
Profesor de Filosofía del Derecho e Historia del Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú

El desarrollo tecnológico y social enfrenta al hombre -cada vez con mayor frecuencia- a la aparición de nuevos perjuicios, algunos de naturaleza inusitada hasta hace poco, y que se caracterizan por las particulares y peligrosas incidencias que pueden tener sobre toda la sociedad. En este rubro se ubican los daños ambientales, típico supuesto de lesión a intereses difusos, en los que en la mayor parte de las ocasiones es imposible delimitar con exactitud quiénes y cuántas son las víctimas y, en otros, es difícil aun precisar quiénes y cuántos son los causantes.

Estas circunstancias, sin duda, exigen una respuesta inteligente del Derecho, que parta de la necesidad de tutelar a las víctimas de estos daños ambientales y, en todo caso, procure evitar la producción de conductas gravemente lesivas del ambiente. El doctor De Trazegnies esboza en el presente artículo, a la manera de un recetario, la variedad de posibilidades que franquea nuestro ordenamiento jurídico privado para que las víctimas de los daños ambientales, el propio Estado o la sociedad civil generen mecanismos de adecuada protección contra los daños al ambiente.

La perspectiva del ensayo es interesante, no sólo por la actualidad del tema, sino también por las herramientas que utiliza el autor para llevar a cabo su estudio, las que se afincan principalmente -en cuanto a la responsabilidad civil se refiere- en el Análisis Económico del Derecho.

SUMARIO: I. INTRODUCCION AL TEMA DE LA CONTAMINACION II. EL DAÑO POR CONTAMINACION 1. Los aspectos económicos y sociales del daño 2. El daño tolerable y el daño intolerable 3. Características especiales de los daños por contaminación III. LA LUCHA JURIDICA CONTRA EL DAÑO POR CONTAMINACION 1. La acción del Estado a. Las medidas administrativas b. Los límites del control administrativo del Estado 2. La acción de los particulares IV. LA PRACTICA DEMOCRATICA Y LA DEFENSA DE LOS DERECHOS AMBIENTALES.

I. INTRODUCCION AL TEMA DE LA CONTAMINACION

La contaminación ambiental, el equilibrio ecológico, la preservación de la naturaleza, son temas que hace algunas décadas carecían de toda importancia. De pronto, la humanidad comenzó a descubrir que la relación del hombre con la naturaleza es bastante más complicada de lo que pensaba; y que descuidar los términos de esa relación trae consigo consecuencias gravísimas tanto para la persona en particular como para el futuro de la humanidad.

A partir de entonces, muchos se han interesado en este tipo de problemas. Pero, básicamente, este interés ha tenido en sus inicios dos características erróneas, que han limitado su acción. De un lado, el tema de la contaminación ha sido usualmente tratado como un aspecto «técnico» que debía co-

* Ponencia sustentada por el autor en el "Congreso Internacional de Derecho Civil Patrimonial" organizado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú del 8 al 12 de agosto de 1994.

rrer a cargo de biólogos, agrónomos y otros especialistas similares, sin que los abogados tuviéramos una participación fundamental. De otro lado, la preocupación se ha orientado sobre todo a que los gobiernos hagan algo al respecto, a que se establezcan programas públicos de conservación.

De esta manera, los abogados sólo éramos llamados a manera de escribientes para redactar un proyecto de ley cuyo contenido era determinado por los «técnicos». Pero el Derecho no es un estilo de redacción: es una manera de pensar, un modo de actuar, una forma de ingeniería social que permite construir la sociedad de acuerdo a ciertos objetivos, una estrategia para luchar por la efectiva realización de ciertos propósitos sociales.

En verdad, el tema de la conservación del ambiente es demasiado serio y demasiado general para que quede solamente en manos de un reducido grupo de especialistas: es un tema que nos concierne a todos, cualquiera que sea nuestra inserción en la vida social, y que no logrará un tratamiento adecuado mientras no haga conciencia en todos y cada uno de nosotros, especialistas de la conservación o ciudadanos comunes, biólogos o abogados, funcionarios públicos o empresarios, adultos o niños. Cada persona debe aportar su propia perspectiva a este problema común de la humanidad.

Es importante destacar que no estamos ante una preocupación meramente académica ni ante un objetivo social valioso pero contingente.

El mundo contemporáneo usa la naturaleza como nunca antes lo había hecho ninguna sociedad histórica: su utilización de los recursos naturales es extraordinariamente intensa y eficaz. Pero ello también origina como subproducto un deterioro de las condiciones ambientales de vida. Y si este deterioro no es controlado, se producirá -en algunos aspectos a mediano plazo, en otros a corto y en algunos casos ya se viene produciendo- un efecto degenerativo de las condiciones de vida que puede llevar al mundo de la abundancia a situaciones aún peores que la escasez.

Esta tendencia es gravísima en los países altamente industrializados debido a la aplicación de tecnologías productivas muy lejanas de los procedimientos naturales y, en consecuencia, eventualmente generadoras de efectos destructivos del ambiente. Sin embargo, el riesgo es también agudo en los países en vías de desarrollo donde, sufrientes de escasez y miseria y encandilados por los resultados cuantitativos de las tecnologías modernas, podemos adoptar con excesiva facilidad técnicas de producción inevitablemente nocivas para la vida humana; técnicas cuya utilización muchas veces no se permite ya en los países desarrollados, pero que nos son vendidas aprovechando nuestra desesperación y nuestra irresponsabilidad.

Para hacernos una idea de este peligro real para nuestro país, comparemos imaginativamente la vida en el Perú en el Siglo XIX y la vida en el Perú de los últimos 50 años. En el siglo pasado, no existían vehículos a motor que arrojaran sustancias tóxicas a la atmósfera, las fábricas usaban el vapor como energía (que es un producto natural), no se producían desperdicios sintéticos indestructibles de manera que toda la basura reingresaba al ciclo ecológico, muchas de las regiones de nuestro país eran todavía vírgenes y conservaban intactas sus condiciones naturales.

En el Perú de hoy, cada día los vehículos y las fábricas arrojan una gran cantidad de residuos químicos a la atmósfera, las minas y algunos establecimientos industriales han contaminado buena parte de los ríos que han sido convertidos en canales de barro mineralizado, no sabemos ya qué hacer con el plástico inservible, nuestros mares son depredados por una pesca intensiva, nuestra selva -ese gran pulmón que suministra oxígeno al mundo- está amenazada por el cáncer de la explotación económica irreflexiva. Y estos males avanzan a una velocidad pasmosa: lo que no ha sucedido en siglos está ahora ocurriendo en unas décadas y, en algunos aspectos, en pocos años.

Dado que el daño por contaminación es difícil de apreciar en el corto plazo, hay la tentación de menospreciarlo y considerar este tipo de preocupaciones simplemente como una mysofobia, como una suerte de ritual neurótico de pulcritud propio de civilizaciones y personas que viven en la comodidad. Esta actitud irresponsable puede combinarse con una ideología desarrollista -sea de derecha o de izquierda- que insiste en la necesidad de salir de la miseria como objetivo exclusivo de la sociedad, sin tomar en cuenta el costo para las generaciones futuras de ese propósito simplistamente concebido.

El egoísmo generacional puede llevarnos a intentar vivir ahora, a costa de la vida de mañana. En algunos campos, el problema ni siquiera será de la generación siguiente, sino de nosotros mismos en una etapa posterior de nuestra vida: lentamente e imperceptiblemente, la contaminación va erosionando nuestra salud y disminuyendo nuestras expectativas de vida. Por ello, es una muestra de ceguera -muchas veces no inocente- decir que en

los países subdesarrollados la condición humana está ya tan degradada por la pobreza que es preciso primero superar esa condición -ya de por sí dramática- antes que preocuparse por los problemas un tanto *snob* de la preservación del medio ambiente. Esta reflexión no es otra cosa que escoger entre dos degradaciones: entre Scylla y Carybdis, en vez de estrellar nuestro barco contra las rompientes de la pobreza, lo hundimos en los remolinos de la contaminación. Pero, en ambos casos, el resultado es un naufragio. Debemos encontrar una vía distinta, que permita el desarrollo; pero un desarrollo limpio y sano, que asegure no sólo la vida, sino también la calidad de vida, que es la única forma de asegurar a la larga la vida misma.

II. EL DAÑO POR CONTAMINACION

1. Los aspectos económicos y sociales del daño

Si bien el Derecho no es una abstracta matemática de la normatividad ni un ejercicio de lógica pura, como lo hubiera querido Kelsen; si bien el Derecho no puede en ningún campo mantenerse ciego a los aspectos económicos involucrados, esta necesidad es particularmente apremiante y decisiva en el terreno del daño ambiental. Y precisamente a partir del enfoque económico del Derecho surgen algunas de las estrategias privadas de lucha contra dicho daño.

La problemática del daño ambiental nos confronta con una patología de la economía liberal que desvirtúa el mercado al afectar gravemente los mecanismos de oferta y demanda para la asignación de recursos. Dentro del sistema de precios, el productor en situación de competencia tiende a bajar al máximo sus costos y a no hacer uso de la tecnología disponible para evitar los subproductos nocivos de su actividad con el fin de ahorrarse un costo adicional. En la medida que el comprador del producto no siente ese daño ambiental en carne propia, sino que lo piensa referido a un tercero o a la comunidad en abstracto (sin comprender que él mismo forma parte de la comunidad), ese efecto nocivo no constituye un elemento en el cálculo de la demanda. En términos más simples, la gente no deja de comprar un producto debido a que su producción es contaminante. Pero de esta manera se introduce una distorsión del propio sistema de precios y se invalida el mecanismo porque se crean «externalidades».

Este término indica la situación en la cual el productor traslada algunos de sus costos a terceras personas por medios ajenos al precio y, de esta manera, no los contabiliza como propios. Y al no estar incorporados al precio, escapan también a la apreciación correcta de la demanda. Por consiguiente, quedan fuera del control que pudiera proporcionar el equilibrio del mercado.

La actividad contaminante es una típica «externalidad» porque impone costos a terceras personas. En otras palabras, el costo ambiental creado por la fábrica no desaparece por el hecho de no gastar tecnología anticontaminante; simplemente es desplazado por caminos ajenos al mercado hacia un tercero que sufre los daños consecuentes. En esta forma, la no adopción de precauciones anticontaminantes que pueden ser caras, sólo hace desaparecer ese costo para la propia empresa contaminante; pero el costo reaparece en los presupuestos y en los bolsillos de entidades gubernamentales, de otras empresas y de personas privadas ajenas al negocio de la fábrica contaminante.

Por ejemplo, si las empresas cosechadoras y procesadoras de mariscos para la exportación arrojan los caparazones y los desperdicios en cualquier terreno vacío -público o privado- en vez de darles un tratamiento correcto, están desplazando uno de los costos de la industria (el costo de eliminación de su propia basura) hacia los propietarios de los terrenos, hacia la vecindad que va a sufrir los malos olores y quizás algunas epidemias, y hacia la municipalidad, que finalmente tendrá que ocuparse de limpiar todo. De esta manera, en razón de esa conducta contaminante motivada por la maximización salvaje del interés privado, el gobierno municipal y una serie de ciudadanos están en la práctica subvencionando (forzadamente) a las empresas que sin mayor cargo de conciencia arrojaron en cualquier parte los restos inservibles de mariscos como si no se tratara de su problema.

Otro ejemplo. Si una fundición de mineral contamina los pastos de las haciendas o de las comunidades campesinas de la vecindad con los humos sulfurosos que arroja a la atmósfera, está dejando de incluir como verdaderos costos de producción de su mineral, aquellos que se hubieran derivado de la instalación de filtros anticontaminantes en sus chimeneas. Por su parte, el dueño de los pastos o de los campos de cultivo afectados por los humos tiene que emplear medios especiales para proteger o para rescatar su actividad agrícola; y estos medios le cuestan, le hacen subir sus costos de producción por causas ajenas a su producción misma. Como resultado, la fundición venderá su mineral por debajo del costo propio y el dueño del campo deberá vender su ganado a un precio superior al que habría resultado del funcionamiento normal del mercado (pues tiene que agre-

gar al precio los costos derivados de la contaminación que le han sido «deslizados» por la fundición vecina).

Esto produce una ineficiente asignación de los recursos sociales a través de un mercado falseado, porque el precio que paga el consumidor por el bien que desea, no corresponde a su verdadero costo de producción: la masa de consumidores se encuentra alentada para comprar más productos de la fábrica (de precio bajo en relación a su costo) y menos de la ganadería (de precio alto en relación a su costo); o, dicho en otras palabras, el producto de la fundición se encuentra indebidamente subsidiado por los ganaderos.

Estos son elementos que debe tener en cuenta todo análisis jurídico del medio ambiente. Pero además, el Derecho debe ser confrontado a otros problemas novedosos y complicados: los efectos económicos de la contaminación no se presentan exclusivamente en términos interindividuales, en donde el que desplaza el costo y el que lo recibe son perfectamente identificables. En muchos casos, el desplazamiento o externalización del costo es difuso y abarca un gran número de personas.

Cuando una fábrica de harina de pescado no instala una planta de agua de cola y arroja al mar todos los residuos orgánicos, la grasa o aceite que contiene el desecho no permite la regeneración del oxígeno del agua; de esta forma, la vida marina desaparece. Como consecuencia de ello, las aves se ven obligadas a emigrar ante la falta de alimento. Y el mar se convierte rápidamente en una poza inmunda de desperdicios malolientes, que puede dar lugar a todo tipo de epidemias. Vemos, entonces, en este caso, que tanto la causa como los efectos del daño son generalizados y comprometen a muchos sectores de la colectividad y a la colectividad como un todo: pescadores artesanales, extractores de abono animal, poblaciones del litoral, todos se encuentran perjudicados y a todos se les impone costos y pérdidas tanto económicas como en calidad de vida, en indebido beneficio de la actividad de las empresas harineras.

Por consiguiente, un aspecto que no debe ser perdido de vista es que la actividad contaminante no sólo degrada la calidad de vida, no sólo impone una incomodidad al resto de la población, sino que además origina costos sociales. El caso de las emanaciones que causan un daño difuso y extendido porque son respiradas por cientos de miles de personas anónimas, es bastante ilustrativo a este respecto. La contaminación del aire da lugar a un aumento de las afecciones bronquiales y alérgicas y a un incremento del porcentaje de probabilidades de adquirir cáncer al pulmón. Y ello tiene un costo en recursos que la sociedad debe disponer para intentar prevenir de otra manera y para tratar de curar esos males. Un gran número de personas tendrá que hacer gastos que no hubiera tenido que soportar normalmente si un tercero no hubiera contaminado, como pagar médicos, comprar medicinas, etc. Como la distribución de los recursos económicos no es -y quizá nunca podrá ser- igualitaria, habrán algunas personas que no podrán afrontar los costos que les han sido desplazados por las empresas contaminantes y su estado biológico continuará deteriorándose impunemente. Pero aún en el caso de aquellos que tienen los recursos suficientes para curarse o si suponemos un sistema de seguridad social muy eficiente que permita atender todos los damnificados por las emanaciones, se habrá producido de todas maneras un problema social: la sociedad habrá perdido horas de trabajo de la gente enferma y además habrá tenido que acondicionarse para la producción de medicinas en vez de hacerlo para la producción de otros bienes no destinados a remediar, sino a hacer progresar la calidad de vida. Por último, los costos de atención por la seguridad social tienen que ser pagados por alguien y, en la práctica, lo son por todos los asegurados; lo que significa que todos los trabajadores del país están cubriendo esos costos que la empresa contaminadora no quiso reconocer como propios instalando un filtro anticontaminante. La empresa se ha ahorrado ese costo, pero éste no ha desaparecido, sino ha sido subrepticiamente trasladado a todos los que cotizan el seguro social. La colectividad, de manera difusa, pero absolutamente real y dramática, soporta costos injustificados.

2. El daño tolerable y el daño intolerable

Evidentemente, ninguna sociedad puede pretender cuerdamente preservar una pureza ambiental y paisajística prístina y absoluta a cualquier costo. Pero, en todo caso, tampoco puede permitir que unos se beneficien a costa de los otros, desplazándoles sus propios costos bajo el pretexto de que no es posible producir sin contaminar. Y, por otra parte, hay cierto tipo de contaminaciones que, independientemente de que sean desplazadas o no, la sociedad considera excesivas y no está dispuesta a tolerar. Por eso, no todo daño ambiental es antisocial, sino sólo aquel que la sociedad considera abusivo o excesivo.

Esto nos lleva a distinguir entre dos tipos de daños, distinción que no es propia únicamente de la contaminación ambiental, sino de todos los daños que se infieren las personas viviendo en

sociedad: los daños tolerables y los daños intolerables.

Tal distinción puede sorprender a algunos: hay quienes ingenuamente piensan que todo daño es malo *per se* y que, por consiguiente, el Derecho persigue erradicar los daños en general que las personas se infieren mutuamente. Sin embargo, esto no es así. Hay casos en los cuales el Derecho no persigue eliminar la posibilidad de daño sino que simplemente obliga a quien lo cometa a pagar una indemnización. Y, finalmente, hay otros casos en los que el daño resulta indiferente para el Derecho.

Pongamos algunos ejemplos de cada caso para ver más claro las diferencias. El Derecho no quiere que nadie asesine a otra persona; en consecuencia, si alguien mata intencionalmente a otro, lo mete a la cárcel y además le obliga a pagar una indemnización a los parientes del muerto. De la misma manera, si una persona maneja un automóvil a una velocidad mayor que la permitida creando un riesgo excesivo y así atropella a otro, el Derecho considera también que se trata de un daño intolerable; quizá no lo mete preso, pero lo obliga irremisiblemente a pagar los daños y posiblemente le pone una multa o le quita el brevete porque el Derecho quiere evitar por todos los medios que alguien maneje a una velocidad mayor que la reglamentaria.

Pero no sucede lo mismo con otros daños: hay una serie de perjuicios que se causan entre sí las personas que viven en sociedad y que el Derecho no pretende evitarlos totalmente porque el beneficio que la sociedad obtiene con el riesgo correspondiente es mayor que el beneficio que resulta del daño consecuente. Por ello, todo lo que exige en estos casos es que se prevea socialmente un mecanismo para aliviar económicamente a la víctima de los efectos del daño. Por ejemplo, el Derecho podría erradicar todos los daños por accidentes de tránsito: bastaría para ello que prohibiera el uso de automóviles; o, menos radicalmente, que sólo permitiera que circulen automóviles que no vayan a más de 10 Kms. por hora y que se encuentren rodeados de bandas de goma que amortigüen los golpes. En esta forma, no existirían accidentes de tránsito. Sin embargo, la sociedad quiere aprovechar las ventajas del uso del automóvil e incluso de la velocidad, aunque causen daños. Por eso, sabe que si se permite que los automóviles circulen hasta 60 Kms. por hora dentro del radio urbano, va a haber accidentes; pese a ello, autoriza su circulación: los inevitables muertos y heridos al año son el precio que la sociedad paga por las ventajas de un transporte más rápido y eficiente. En consecuencia, no prohibe los automóviles ni limita drásticamente su velocidad, sino simplemente obliga que quien cause un daño a otro lo pague. Estos son los daños tolerables: dan lugar a una indemnización, pero la actividad riesgosa no es prohibida. Puede parecer cruel y poco ético -al menos desde la perspectiva de una ética romántica- que daños que involucran la vida humana sean analizados prácticamente en términos de costo/beneficio; pero así es y así lo aceptamos todos nosotros desde el momento en que manejamos un automóvil.

Y hay todavía un tercer tipo de daños que la sociedad considera parte de la vida normal, por lo que no pretende evitarlos ni tampoco hacer pagar una reparación al que los cause. A estos podríamos denominarlos «daños socialmente autorizados». Por ejemplo, si un comerciante hábil realiza una serie de maniobras legales para llevar a la quiebra a su competidor (le baja los precios hasta que el otro no pueda vender tan barato o eleva la calidad de su producto hasta que el otro salga de mercado), la sociedad no lo sanciona ni tampoco le exige que pague al comerciante quebrado: se considera que ese daño es parte de la vida normal de nuestros tiempos y que el comerciante está autorizado para llevar a la quiebra a su competidor mientras no infrinja las reglas de juego impuestas por el Derecho.

Resumiendo, la sociedad no quiere desterrar todos los daños a cualquier costo. Algunos daños los considera parte de la vida normal y, por tanto, nadie se puede quejar por eso. Otros, la sociedad considera que deben ser reparados económicamente, pero no adopta las medidas posibles para evitar que se produzcan. En este último caso, la sociedad analiza las ventajas y las desventajas que traería su erradicación absoluta y llega a la conclusión de que mejor es que se produzcan algunos daños a perder ciertos beneficios sociales. Y, finalmente, hay otros daños que la sociedad quiere impedir a cualquier costo; sin perjuicio de que si se producen, el causante pague además una reparación a la víctima. Dentro de la terminología que he sugerido, los primeros serían los daños socialmente autorizados, los segundos serían los daños reparables, pero tolerables, y los últimos serían los daños intolerables.

Desde esta perspectiva, ¿a qué categoría pertenecen los daños por contaminación? Pues la mayor parte estará dentro de los daños intolerables. Sólo algunos cuyo evitamiento exceda de lo razonable estarán dentro de la categoría de lo tolerable, pero reparable.

3. Características especiales de los daños por contaminación

En esta exposición quiero referirme especialmente a aquellos daños por contaminación que no pueden ser tolerados por la sociedad y que constituyen propiamente la categoría de daños ecológicos. Me parece importante describir algunas de las características de estos daños que les otorgan una cierta especificidad y que los distinguen fundamentalmente de los simples accidentes.

La primera característica de los daños intolerables por contaminación es que generalmente, de alguna manera, se trata de daños relativamente calculados y, por ello, sometidos a un mayor control del agente. Cuando un industrial se dispone a instalar una fábrica que puede arrojar efluvios contaminantes a la atmósfera o al río, realiza previamente un estudio integral de su proyecto, que incluye todos los aspectos técnicos y económicos. Por consiguiente, si después la fábrica contamina como subproducto de sus operaciones y sin que haya mediado un caso fortuito, ese industrial no puede decir que esto es una novedad; porque el riesgo ya había sido calculado (o, cuando menos, debió haber sido calculado). Instalar una fábrica no es un acto intempestivo y fugaz dentro del que toda previsión es difícil sino, por el contrario, es un proceso de varias etapas, que es cuidadosamente planificado. De esta forma, el industrial que realiza una actividad contaminante tiene una mayor participación y control sobre los daños que genere que la que puede tener el causante de un accidente automovilístico: ese industrial no sólo está consciente de que está realizando una actividad peligrosa, sino que además tiene una mayor posibilidad de control de los riesgos que crea.

Una segunda característica de este daño peculiar es que tiene muchas veces un efecto acumulativo: no estamos ante un accidente repentino, extraordinario, impremeditado, sino ante un acto repetido y continuado, ante una situación cuyos efectos dañinos se van plasmando e incrementando día a día y cuyas consecuencias pueden ser observadas y calculadas. Michelman dice que, dado que el daño por contaminación se produce muchas veces en el transcurso del tiempo, es posible una cierta prevención; y el no prever cuando existe la posibilidad de hacerlo es realizar de alguna manera un acto intencional. Es verdad que el daño por contaminación también puede presentarse de manera imprevista, por una falla inocente en los mecanismos de seguridad; lo que nos colocaría ante un daño tolerable. Sin embargo, hay un daño intolerable cuando el daño resulta de una falla de diseño o de mantenimiento o de supervigilancia de la operación, de forma que en condiciones normales pudiera haber sido específicamente previsto.

Una tercera característica del daño por contaminación es su naturaleza difusa. De un lado, a diferencia de lo que sucede con el accidente rutinario que afecta a un número limitado y conocido de personas (por ejemplo, los conductores y pasajeros de los dos vehículos que chocaron), el daño por contaminación alcanza a un gran número de víctimas, muchas veces desconocidas y muchas veces en la curiosa situación de ignorar ellas mismas que son víctimas porque el daño no se ha hecho aún patente dado su carácter insidioso: la fábrica que arroja directamente sus emanaciones tóxicas a la atmósfera, puede causar enfermedades severas e incluso la muerte de un gran número de personas por absorción anormal de plomo por las vías respiratorias y digestivas; sin embargo, la determinación efectiva de todas las personas afectadas es imposible y muchas de ellas no saben siquiera que están en proceso de intoxicación.

Notemos, por otra parte, que en el daño por contaminación no solamente este carácter difuso hace difícilmente identificable a las víctimas sino también a los propios causantes: si en el área existen varias fundiciones que arrojan plomo a la atmósfera y se presentan casos de intoxicación, es prácticamente imposible decir cuál de esas fundiciones en particular afectó a una determinada víctima de intoxicación. Hay aquí un grave problema para la teoría de la causalidad, tan importante en la responsabilidad extracontractual.

Finalmente, una cuarta característica de los daños por contaminación es la presencia del interés social como ingrediente particularmente importante de la situación. Aun cuando todo en el Derecho se encuentra impregnado de interés social, los daños producidos por contaminación son fenómenos de naturaleza colectiva que sobrepasan el ámbito de cada individuo: afectan a un número indeterminado de miembros de la sociedad. Por otra parte, al lado de las víctimas que están en capacidad de reclamar por sus daños, la contaminación produce un gran número de víctimas que no tienen posibilidades culturales o económicas para exigir judicialmente una indemnización por el daño que recibieron, por lo que la sociedad debe velar por ellas. Finalmente, por tratarse de daños intolerables -es decir, daños que se producen contra la voluntad expresa de la sociedad- involucran aspectos que no corresponden sólo al individuo particularmente afectado, sino que comprometen el bien común: independientemente de que se re-

paren o no los daños a las víctimas de intoxicación por los humos de las fundiciones, la sociedad no quiere que haya intoxicados porque le interesa preservar la salud pública.

III. LA LUCHA JURIDICA CONTRA EL DAÑO POR CONTAMINACION

¿Qué medios tiene el Derecho para luchar contra la contaminación? Fundamentalmente, dos. Puede, de un lado, intervenir directamente las actividades contaminantes, prohibiéndolas o estableciendo ciertos requisitos de seguridad. Puede, de otro lado, obligar al agente contaminante a pagar los daños que cause. A su vez, estos medios de lucha pueden ser utilizados por el Estado a través de sus dependencias administrativas o por las personas privadas.

Estudiemos una y otra forma de utilización de estas medidas, que pueden darse conjuntamente o separadamente según los casos.

1. La acción del Estado

a. Las medidas administrativas

La estrategia clásica para luchar contra la contaminación ha sido la adopción de ciertas medidas administrativas, a través de Autoridades Ambientales que aplican Códigos del Medio Ambiente, reglamentos de seguridad industrial y otras disposiciones legales similares.

Por ejemplo, se puede obligar a las fábricas que contaminan los campos de los agricultores o ganaderos circundantes a que coloquen dispositivos anticontaminantes en sus chimeneas. Esto aumenta, como es lógico, el costo de los productos de esa fábrica. Pero nótese que no aumenta los costos globales de producción desde el punto de vista de la sociedad de mercado considerada como un todo: simplemente, se obliga a que esos costos que estaban afectando al ganadero o al agricultor regresen a la contabilidad del industrial que los crea y, de esa manera, el mercado refleje de manera más transparente los procesos económicos que lo integran y permita una asignación más racional de recursos entre sus diversos componentes. Como puede apreciarse, este tipo de medidas protectoras del medio ambiente no deben ser consideradas como hostilizaciones a la inversión sino, por el contrario, como muy bien lo expresa el artículo 49 de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, «el establecimiento de normas claras de protección del medio ambiente» es una forma como el Estado garantiza «la debida seguridad jurídica de los inversionistas».

Estas medidas administrativas, cuya iniciativa corresponde al Estado a través de sus diversos órganos, son de carácter muy variado y a su vez las sanciones que las respaldan asumen formas muy diversas: multas, denegación o revocación de permisos de funcionamiento, clausura de establecimientos y otras similares. La protección estatal puede ser incluso mucho más severa a través de la penalización de ciertas conductas contaminantes: en el Perú, tanto el Código del Medio Ambiente como el nuevo Código Penal, han creado la figura de «delitos contra la ecología».

b. Los límites del control administrativo del Estado

Una gran ventaja de las medidas administrativas es que tienen un carácter preventivo, porque exigen conductas orientadas a que no se produzca el daño. Sin embargo, a pesar de su gran utilidad, pienso que no podemos confiar la conservación de la naturaleza y la lucha contra la contaminación ambiental exclusivamente al Estado. Por eso, propongo que la acción administrativa sea complementada con una acción privada en defensa del medio ambiente.

En realidad, dejar la lucha contra la contaminación solamente en manos del Estado puede no ser lo más eficiente siempre, por varias razones.

De un lado, muchas actividades contaminantes no son plenamente predictibles por el Estado reglamentador: la capacidad de inventiva del ser humano es ilimitada; y paralelamente a las invenciones convenientes para la vida social, se van desarrollando posibilidades contaminantes como subproductos de ellas. Esto significa que en muchos casos no podemos actuar sino a contragolpe. Pero si sólo confiamos en la acción del Estado y dado que la maquinaria burocrática es lenta en su reacción, el control de la contaminación puede venir muy retrasado. Producido un nuevo factor contaminante, haría falta gestionar la dación de un reglamento (quizá hasta una ley, quizá la modificación del Código del Medio Ambiente), para poder actuar sobre el nuevo peligro; y, mientras tanto, ese nuevo factor puede causar un daño irreparable. No olvidemos, además, que el Estado puede ser objeto de presión por los grandes consorcios privados que realizan actividades contaminantes; lo que hará aún más lenta la puesta en marcha de medidas reglamentarias para controlar la contaminación.

De otro lado, aun si la acción administrativa pudiera ser rápidamente movilizada, sus medidas siempre estarán orientadas hacia el futuro, hacia

evitar en adelante los nuevos daños de contaminación; pero los que sufrieron inicialmente tales daños quedarían sin reparación.

A estas dificultades se agrega que, si bien las empresas privadas son contaminadoras y el Estado puede actuar sobre ellas, dentro del mundo en que vivimos el Estado tiene también un importante papel productor y, consecuentemente, contaminador. Y poco puede esperarse de que sea el propio Estado quien se encargue directamente de controlarse a sí mismo. No es plausible que el Poder Ejecutivo ponga en vigencia un reglamento orientado a erradicar la contaminación, cuando sus normas afectarán las operaciones de una empresa estatal y quizás alterarán sus resultados económicos: más bien, es probable que, adoptando la misma lógica que una empresa privada, sus objetivos productivos y de rentabilidad fueran vistos como más urgentes que los objetivos sociales de prevención de la contaminación. En estas circunstancias, el control del Estado por la vía administrativa será un tanto desganado, si no manifiestamente negligente. En el Perú tenemos ejemplos patentes de esta situación cuando comprobamos que durante las dos últimas décadas los mayores contaminantes mineros y marinos has sido precisamente las empresas estatales de minería y pesquería.

Dicho en otras palabras, si sólo confiamos en la actividad administrativa del Estado para poner coto a los abusos y a los intereses de los fabricantes, ¿quién se encargará de vigilar y garantizar que el propio Estado en tanto que fabricante no contamine? Estamos ante una nueva versión del viejo problema *¿Quis custodet custodes?* No es necesario ser muy imaginativo para suponer que el Estado, actuando como empresario, no tendrá ninguna simpatía por las medidas de control impuestas por el Estado actuando como administrador del bien común.

Todos conocemos el tipo de argumentos que se enarbolan en estos casos. La moraleja es que en ninguna parte el gato ha sido buen despensero; y el Estado no será nunca buen controlador del propio Estado. De otro lado, este conflicto de intereses dentro de la administración estatal llevará a su vez a un relajamiento de la función de control administrativo de la contaminación en general, porque si el Estado no se exige a sí mismo actuar de manera que no contamine, mal puede exigir a los privados que lo hagan e imponerles cargas que el propio Estado no está dispuesto a aceptar.

2. La acción de los particulares

Afortunadamente, el Derecho ofrece otros medios para la lucha contra la contaminación que pueden movilizar a las personas privadas tanto contra otras personas y empresas privadas como frente al propio Estado. No se trata de sustituir la acción del Estado, sino de instigarla, de controlarla y de completarla: las acciones jurídicas privadas contra la contaminación tienen fundamentalmente el papel de una estrategia intersticial, pero extraordinariamente motivadora.

Para diseñar una estrategia privada contra la contaminación ambiental, debemos analizar en primer lugar los principios jurídicos en los cuales es posible apoyar una reclamación y luego los caminos legales para plantear la reclamación. Hay, pues, tanto un problema de derecho substantivo como de derecho procesal.

En realidad, la acción privada puede suscitarse ya sea para hacer que el Estado cumpla con sus funciones propias y con la misión de velar por el medio ambiente que el orden jurídico le ha encomendado, ya sea para movilizar directamente al Poder Judicial a fin de hacer lo que el Estado no hace.

En el primer caso, las personas privadas pueden ejercer, individual o colectivamente, el derecho de petición ante la autoridad competente que les confiere el inciso 20 del artículo 2° de la Constitución del Estado. Además, si el Estado no cumple con sus funciones y ello da lugar a daños, las víctimas pueden interponer acciones de daños y perjuicios invocando la responsabilidad del Estado. En el Perú no hemos tenido todavía ningún caso jurisprudencial en que el Estado haya sido declarado responsable por negligencia en sus funciones de preservar el medio ambiente. Pero, en cambio, hemos tenido numerosos casos de responsabilidad del Estado por negligencia en otros campos, como los daños producidos con ocasión de motines y revueltas debido a que la policía no actuó eficientemente[1] o los daños derivados de la falta de mantenimiento de los servicios públicos[2]. No veo inconveniente alguno para que el mismo

[1] Vid. TRAZEGNIES, Fernando de. *La Responsabilidad Extracontractual*. Biblioteca "Para leer el Código Civil". Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1988. t. II, p. 235.

[2] *Ibidem*. p. 237.

principio de responsabilidad del Estado se extienda a los daños ambientales.

Sin embargo, aun cuando este tipo de acciones pueden ser muy eficaces para instigar el celo del Estado, todavía no serían suficientes si los particulares no pueden actuar directamente movilizando la coerción pública contra los agentes contaminantes e incluso recurriendo a medidas cautelatorias orientadas a evitar que el daño ambiental se produzca o que se incremente. Ahora bien, para que los particulares puedan actuar directamente en tal sentido, se requiere que exista un derecho individual lesionado. No basta entonces que la conservación del medio ambiente sea una finalidad de la política del Estado sino que cada ciudadano tenga un derecho propio a vivir en un ambiente saludable; derecho que puede ser reclamado como cualquier derecho individual contra cualquiera que pretenda conculcarlo, sea otro particular o el Estado mismo.

Ese derecho individual al medio ambiente existe dentro del ordenamiento jurídico peruano a través de diversas normas; e incluso se encuentra actualmente incorporado como uno de los derechos fundamentales de la persona.

En efecto, el inciso 22 del artículo segundo de la Constitución del Estado establece que es un derecho fundamental de la persona el de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida. Por consiguiente, estamos ante un derecho individual de la más alta jerarquía, ya que tiene una base constitucional. A su vez, el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales precisa en su Título Preliminar que toda persona tiene el derecho irrenunciable a gozar de un ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y, asimismo, a la preservación del paisaje y la naturaleza. De esta manera, podemos decir que los daños por contaminación se producen cuando se afecta por cualquier medio, ya sea la existencia y conservación de un ambiente saludable, ya sea el equilibrio ecológico, tanto en función de sí mismo como en función de la vida humana, ya sea el paisaje y la naturaleza. Y, de acuerdo a los dos textos legales citados, existe un verdadero derecho individual, un derecho de la persona, a que tal daño no se produzca.

El Código del Medio Ambiente va aún más lejos y, abriendo un camino inusitado para el pensamiento jurídico liberal, dispone que ese derecho individual no está basado necesariamente en un interés individual directo sino que se relaciona con un aspecto social o colectivo. Es así como dispone en el artículo III de su Título Preliminar que toda persona tiene derecho a exigir una acción rápida y efectiva ante la justicia en defensa del medio ambiente y de los recursos naturales y culturales y agrega que se pueden interponer acciones aun cuando no se encuentre afectado el interés económico del demandante o denunciante y aunque el interés moral no se refiera directamente al agente o su familia. Esto significa que la ley reconoce la existencia de un interés moral de orden diferente, basado en las condiciones razonables de la vida civilizada: hay, pues, un interés moral en toda persona para defender el medio ambiente, aunque la situación no la afecte en forma inmediata, porque es legítimo que cada individuo se preocupe por la conservación del todo.

Si existe un derecho individual de toda persona a gozar de un ambiente equilibrado, tiene que existir también como contrapartida una obligación de otro a respetar ese ambiente equlibrado. En este caso, tratándose de un derecho *erga omnes*, la obligación debe recaer sobre toda otra persona o entidad. Es así como la Constitución impone implícitamente un deber de esta naturaleza, ya que, habiendo conferido un derecho a la persona como tal, surge correlativamente la obligación general de respetar tal derecho. Por su parte, el Código del Medio Ambiente establece categóricamente que «todos tienen el deber de conservar» el ambiente sano y ecológicamente equilibrado[3]. Paralelamente, la Constitución dispone que el derecho de propiedad debe ejercerse en armonía con el bien común [4]; y el Código del Medio Ambiente precisa que ese ejercicio «comprende el deber del titular de actuar en armonía con el medio ambiente»[5].

Quisiera destacar que la nueva Constitución, al haber incorporado de manera inequívoca el goce de un ambiente equilibrado a la categoría de derecho fundamental de la persona, abre las puertas para la utilización privada de las acciones constitucionales, tales como el amparo, tanto contra el Estado como contra los particulares.

[3] Artículo I, primer párrafo, del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales.

[4] Artículo 70 de la Constitución del Estado.

[5] Artículo VII del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales.

El Código Civil contiene también disposiciones que permiten complementar la batería de principios jurídicos que pueden ser utilizados como armas privadas en esta lucha por el ambiente.

Quizá la institución más interesante en tal sentido es el abuso de derecho, que ha adquirido un relieve particular en el Código de 1984. Es importante señalar que, dentro de este cuerpo legal, las clásicas limitaciones a la propiedad por razón de vecindad -como la prohibición de humos, hollines, emanaciones, trepidaciones y molestias análogas que exceden de la tolerancia que mutuamente se deben los vecinos[6]- han recibido un impulso extraordinario debido a que el mismo Código ha introducido adicionalmente una norma más amplia (que constituye el fundamento de tales limitaciones de vecindad) en la que se tutela a todo aquel que sufre o está amenazado de un daño porque otro se excede o abusa en el ejercicio del derecho de propiedad[7].

En este aspecto, es importante mostrar la fuerza latente en las normas legales peruanas, que las convierte en instrumentos de defensa del medio ambiente más útiles que algunas de las normas equivalentes extranjeras.

Por ejemplo, el artículo 844 del Código Civil italiano trata el tema de las perturbaciones de vecindad -a las que califica de *immisioni*- de manera más suave, y enfoca el problema exactamente en sentido contrario. La norma italiana plantea, en primer lugar, que el propietario no puede impedir la penetración dentro de su predio de humos o calores, exhalaciones, ruidos, trepidaciones y otras propagaciones similares que provengan del predio vecino; y sólo como excepción dice que tendrá acción si superan el límite de tolerancia normal. Adicionalmente, agrega incluso una atenuación de tal excepción, al facultar al Juez para que tenga en cuenta las exigencias de la producción frente a las de la propiedad; con lo que hace muy difícil toda reclamación contra las industrias, que son propiamente las grandes contaminantes. Es por ello que la jurisprudencia italiana en esta materia no es muy útil para la defensa del medio ambiente porque, como dice Patti, el juez italiano ha utilizado generalmente el artículo 844 para considerar que las consecuencias dañosas de la actividad industrial son generalmente inevitables y ha consentido de esa manera en el sacrificio del ambiente en favor de los intereses de la empresa[8].

En cambio, la regla contenida en el artículo 961 del Código Civil peruano toma el problema desde el otro punto de vista: no desde la perspectiva de la eventual inevitabilidad del acto que causa el daño, sino de la necesidad de evitarlo. Comienza planteando que el propietario, en ejercicio de su derecho y especialmente en su actividad industrial, debe abstenerse de perjudicar las propiedades vecinas y la seguridad, el sosiego y la salud de sus habitantes. Y, acto seguido, en párrafo aparte, prohíbe los humos, hollines, emanaciones, ruidos, trepidaciones y molestias análogas que excedan de la tolerancia que mutuamente se deben los vecinos. Por consiguiente, la prohibición que el legislador italiano ha visto en negativo, como excepción y en segundo plano dentro de la regla, el legislador peruano la ha planteado en positivo, como norma y en primer plano. Para decirlo en otros términos, el legislador italiano de 1942 ha redactado la regla desde la perspectiva de la modernidad, con una lógica que prioriza la producción de bienes y servicios; en cambio, el legislador peruano de 1984 -cuarenta años después- ha redactado la misma regla desde una perspectiva de incipiente post-modernidad, en la que comienza a asomarse -todavía tímidamente- una lógica que enmarca la producción y la actividad humana en general dentro de la precupación ambiental y ecológica.

De la misma manera, el legislador italiano en el artículo 833 prescribe que el propietario no puede realizar actos que no tengan otra finalidad que dañar o molestar al otro. El legislador peruano en el artículo equivalente -el 924 del Código Civil de 1984- ha ido mucho más lejos porque establece que aquel que sufre o está amenazado de un daño porque otro se excede o abusa en el ejercicio de su derecho, puede exigir que se restituya al estado anterior o que se adopten las medidas del caso, sin perjuicio de la indemnización por los daños irrogados. Como puede verse, el Código Civil peruano prevé no sólo un remedio frente al daño ya realizado sino también una prevención al incluir

[6] Artículo 961 del Código Civil de 1984.

[7] Artículo 924 del mismo Código.

[8] PATTI, Salvatore. *La tutela civile dell'ambiente*. Cedam, Padova, 1979. pp. 55-56. Un material muy interesante sobre este tema en el Derecho italiano y en el Derecho alemán, puede encontrarse en ALPA, Guido. *Sistemi Giuridici Comparati*. Universit degli Studi di Genova. Facolt di Giurisprudenza, Genova. El texto incluye trabajos de Guido Alpa y de Alessandro Somma, así como la legislación italiana y alemana.

la hipótesis de la amenaza de daño. De otro lado, el legislador peruano no se ha adherido a ninguna de las teorías sobre el exceso o abuso del derecho; no ha definido esa figura como el daño sin utilidad para quien lo causa, como lo hace el Código italiano. En consecuencia, la institución tienen una mucho mayor capacidad de desarrollo con la ayuda de la doctrina y de la jurisprudencia y cabe considerar que puede haber abuso aun cuando el que abusa obtenga un beneficio. Por último, el Código Civil peruano señala la naturaleza de los remedios exigibles y entre ellos faculta no sólo a reclamar una indemnización sino también a impedir directamente la acción productora del daño; lo que ciertamente es muy útil en el caso del daño ambiental y permite pasar de la esfera del interés individual a la del interés social.

De otro lado, el Código Civil nos proporciona esa utilísima arma de la responsabilidad extracontractual. Así como todo aquél que es atropellado en la calle tiene la posibilidad de ejercitar una acción para que le paguen su curación y demás perjuicios sufridos, también las víctimas de daños por contaminación tienen el derecho de exigir una indemnización al agente contaminante demandándolo directamente ante el Poder Judicial.

En el Perú, la utilización de la responsabilidad extracontractual como defensa ambiental tuvo antecedentes bastante tempranos. En 1936, doña Elvira Santa María de Bazo, representante de la Testamentaría de don Juan Bazo Velarde, demandó a la empresa minera Cerro de Pasco Copper Corporation para que ésta indemnizara los daños que le habían causado los humos de la fundición de La Oroya en su ganado lanar y vacuno. Dos grandes abogados de la época asumieron la defensa de cada lado: Manuel Augusto Olaechea por la empresa ganadera y Ernesto de la Jara por la empresa minera. El doctor Olaechea planteó la responsabilidad de la causante de los humos sobre la doble base de la culpa y el riesgo y sostuvo incluso que la operación de la fundición y la emisión de los humos constituían un acto deliberado y constante de libre determinación. Por su parte, la empresa minera se defendió alegando que la acción nociva es inherente a la industria metalúrgica y que no estaba en sus manos remediarla. El juicio fue ganado por el demandante y Cerro de Pasco Copper Corporation tuvo que pagar por los daños causados[9].

En realidad, la acción de responsabilidad está dirigida a obtener un fin individual: obtener una reparación por el daño causado. Sin embargo, debemos tener presente que nada en la vida social tiene un efecto exclusivamente individual: toda acción provoca resonancias y rebotes, cada acción es como una piedra que se arroja en el agua y produce ondas que perturban la tranquilidad de todo el estanque; y de esta manera, la acción de responsabilidad puede tener también efectos sociales y cumplir una función subsidiaria de erradicación y desaliento del daño ambiental en tanto que daño intolerable. Hacer responsable al agente contaminante y obligarlo a pagar una indemnización por ello es de alguna manera no sólo reparar a una víctima sino también obligar a internalizar el costo ambiental dentro de la contabilidad de la empresa o actividad contaminadora, lo que incrementa el precio de sus productos y los hace económicamente menos deseables. Así, además de solucionar el problema inmediato de un individuo afectado, la acción de responsabilidad extracontractual tiene como subproducto, por la vía del mercado, un efecto *deterrence* que tiene un valor social y que constituye un aporte a la lucha de la sociedad por la preservación del ambiente.

Es verdad que el uso de la responsabilidad extracontractual con estos fines se encuentra con algunos problemas teóricos, tanto substantivos como procesales, que todavía no han sido resueltos de manera satisfactoria.

En particular, la dificultad más grave obedece a que la responsabilidad extracontractual ha sido concebida pensando fundamentalmente en daños interindividuales entre partes perfectamente definidas. En cambio, los daños ambientales se producen usualmente en condiciones masivas donde no siempre es posible una fácil identificación del responsable ni de la víctima: no se sabe bien quién entre los muchos que han actuado de manera contaminante es en particular el que causa el daño específico que se reclama; y tampoco se sabe con precisión cuántas personas han sido dañadas por esa actividad contaminante. De esta manera, la antigua responsabilidad y el antiguo interés que tenían un carácter individual y específico, se convierten en responsabilidades e intereses colectivos y muchas veces difusos.

Esto implica un desafío a los juristas, que no pueden ignorar esta realidad y que tienen que encon-

9 Vid. mayores detalles en TRAZEGNIES, Fernando de. La *Responsabilidad Extracontractual*. Biblioteca "Para leer el Código Civil". Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988. t.II, nº 586 y 594, pp. 336-337 y 348-30. V. etiam OLAECHEA, Manuel P.(ed.) *Estudio Olaechea 1878-1978*. Lima, 1978. pp. 207-214.

trar un camino jurídico para encauzarla. Primero la doctrina y la jurisprudencia y más tarde la ley, tendrán que abrir paso tanto a las demandas masivas que resultan de los daños colectivos como a la necesidad que tiene el sistema de controlar a los agentes contaminantes. Existen antecedentes doctrinarios que pueden servir cuando menos de guía para desarrollos de esta naturaleza. Los antiguos romanos, con esa sabiduría jurídica que todavía nos asombra, habían previsto la posibilidad de responsabilidades cuyo causante no pudiera ser determinado individualmente, como en el caso de la *actio de deiectis vel effusis*: si de la ventana de una casa una persona anónima arrojaba agua sucia u otros desperdicios a la calle (lo que podía ser muy frecuente en una sociedad sin una red pública de desagüe), el peatón que resultaba desagradablemente mojado podía demandar a cualquiera de los habitantes de esa casa, sin tener que precisar quién había sido el que efectivamente causó el daño. Evidentemente, con el tiempo y los servicios públicos, el caso de los excrementos arrojados desde una ventana perdió importancia, y los Códigos modernos han olvidado esta acción. Sin embargo, lo interesante no era la forma concreta y pintoresca de causar el daño, sino el principio de responsabilidad difusa que estaba implícito y que ahora vuelve a cobrar interés en el caso del medio ambiente; sin mencionar las nuevas *effusiones* y *deiectiones* industriales del mundo moderno que resultan equivalentes, pues las actualesfábricas suelen arrojar también sus excrementos al aire o a los ríos y mares sin preocuparse de a quién le caiga el problema.

Pero, sin lugar a dudas, uno de los intentos más efectivos de canalizar judicialmente la rebelión de las masas en defensa del medio ambiente ha sido la llamada *class action* o acción de clase, creada por el Derecho norteamericano. La novedad jurídica de este concepto procesal, la imaginación práctica con que se la ha desarrollado que permite obtener un financiamiento bancario para procesos que exigen pruebas muy costosas y la necesidad de representación de los intereses difusos, hace que se trate de una de las figuras más interesantes del Derecho contemporáneo. Ciertamente, es una institución que requiere ser afinada cuidadosamente, pues toda timidez puede convertirla en una entelequia inocua pero también todo exceso puede introducirnos en un peligrosísimo camino a la anarquía y a la desaticulación del mercado. Por último, *last but not least*, aun cuando no se trate de una estrategia de Derecho Privado, pero sí de una estrategia privada, los particulares pueden movilizar la justicia penal para proteger el medio ambiente. Tanto el Código del Medio Ambiente como el nuevo Código Penal tipifican diversos delitos de carácter ecológico, tales como la emisión industrial de residuos contaminantes, la caza no autorizada, la destrucción de bosques dentro de las áreas protegidas. Es interesante advertir que estos delitos contra la ecología, que pueden ser denunciados por cualquiera aun cuando el denunciante no tuviera un interés directo, alcanzan incluso a los funcionarios estatales que otorguen permisos y licencias sin observar las exigencias de las leyes y reglamentos sobre el medio ambiente.

IV. LA PRACTICA DEMOCRATICA Y LA DEFENSA DE LOS DERECHOS AMBIENTALES

La propuesta que he querido plantear en esta exposición consiste en que los problemas de contaminación no deben ser considerados exclusivamente dentro de la esfera del Derecho Administrativo, sino que las personas privadas tienen también un derecho y un deber de participar en esta lucha en favor del medio ambiente. En países de tradición estatista -como lamentablemente es el nuestro (estatismo de derecha, estatismo de izquierda o estatismo de centro)- todo se espera del Estado. El individuo por sí sólo se considera impotente, no encuentra un camino: piensa que no le queda otro medio de acción que aspirar a llegar al poder (si es político) o a que llegue el Partido de su simpatía (si no lo es), para que componga las cosas desde arriba. En cambio, desde abajo, desde la sociedad civil, no se puede hacer nada, salvo quizá colocar una perdida carta de protesta en algún diario o enviar un ineficaz ruego a algún congresista (si tiene acceso a alguno) para que pida una investigación sobre el particular.

Sin embargo, la revisión que hemos efectuado de las armas legales para que todo ciudadano pueda participar en esta lucha nos revela la existencia de un verdadero arsenal que se usa muy poco. En verdad, nuestro sistema jurídico coloca en manos del individuo posibilidades muy grandes de luchar por sus derechos, sin necesidad de ejercer ningún cargo público ni tener ningún tipo de influencias ni de amistades políticas. Y creo que la verdadera democracia consiste en la utilización de esas posibilidades, en la acción decidida de la sociedad civil que exige, reclama y hace respetar sus derechos. Por eso, un país democrático supone una acción ciudadana, supone que ese llamado «hombre de la calle» -ya sea individualmente o agrupado en organizaciones representativas- exija con energía que se respete aquello que considera su derecho. La acción privada ciudadana es un síntoma de salud democrática y de madurez cívica.

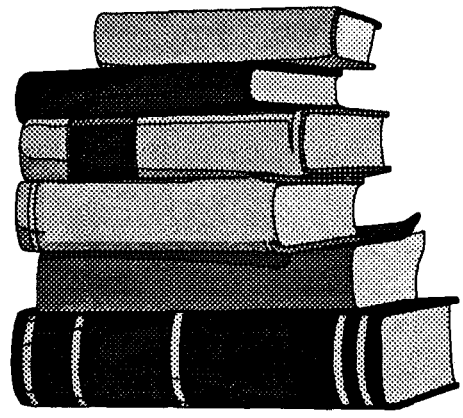
Quizá alguien pueda tener la impresión de que, al proponer este activismo civil, estoy incitando a una suerte de subversión por la vía judicial, estoy promoviendo una agitación social que socavará los cimientos de las empresas, de la administración pública, del orden económico y del desarrollo. Sin embargo, el Estado y las empresas serias cada vez están tomando más consciencia de la importancia del tema ecológico; y el desarrollo económico es un mero espejismo falaz si no es respetuoso del ambiente. Por consiguiente, la agitación propuesta no se dirige en todo caso contra el orden, sino contra el desorden que instauran algunos anárquicos agentes contaminantes a los que nadie enfrenta.

De otro lado, nos guste o no nos guste, la democracia tiene fatalmente una naturaleza agitada.

GACETA JURIDICA

NORMAS LEGALES Y JURISPRUDENCIA

La Gaceta Jurídica (Normas Legales y Jurisprudencia) es un importante esfuerzo editorial destinado a difundir la legislación que mensualmente se publica en el Diario Oficial, así como la jurisprudencia más moderna producida por el Poder Judicial, en las distintas ramas del Derecho; y los últimos avances del pensamiento jurídico moderno.



Estructura de la Revista

- LEGISLACION
- JURISPRUDENCIA
- ACTUALIDAD JURIDICA
- EL DERECHO EN SUS DOCUMENTOS

La Revista se publica mensualmente y es distribuida entre nuestros lectores, los primeros días de cada mes.

AV. CENTRAL 325 - **SAN ISIDRO** ☎ 404717

WG editor

REFLEXIONES SOBRE EL LIBRO DE REGISTROS PUBLICOS DEL CODIGO CIVIL*

Luis Pizarro Aranguren
Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú

Las funciones básicas que cumplen los registros públicos, tanto de inscripción de los actos jurídicos, como de la publicidad de los derechos que se originan como consecuencia de ellos, son claramente diferenciadas y analizadas por el autor en el presente artículo.
En tiempos en que la idoneidad de los registros peruanos es cuestionada, sobre todo a partir de la incorporación de nuevos mecanismos de financiación como las letras hipotecarias, y en momentos que asistimos a un proceso de reforma -esperemos que no sólo normativa- de nuestro sistema de inscripciones, las reflexiones del doctor Pizarro resultan, sin duda, orientadoras, no sólo para sopesar los alcances de una necesaria reforma, sino también para encarar, con una visión distinta, la interpretación de las normas registrales del Código.
Son particularmente relevantes las críticas que hace el autor a los efectos del registro frente a los terceros, sobre todo en cuanto refiere a la ilógica preferencia otorgada al adquirente a título oneroso frente al que adquiere a título gratuito, así como la conferida al titular de un derecho real frente al que tiene un derecho personal u obligacional.

El 14 de noviembre de 1994, el Código Civil del Perú cumple 10 años de vigencia, período que invita a la evaluación, la ratificación y la propuesta.

Por nuestra parte, sostenemos con convencimiento la necesidad de concretar varias modificaciones al tratamiento legal de diversas instituciones reguladas en el Código, con el objeto de corregir algunos errores de compatibilidad entre sus libros, incorporar la regulación expresa de nuevas instituciones y/o modificar la posición adoptada respecto de algunas materias concretas, en razón de la superación académica de la doctrina que la sustenta o, lo que es más importante, por la necesidad de conciliar el texto del Código con la realidad peruana contemporánea.

En el contexto descrito, el presente trabajo presenta un análisis inicial respecto de algunos aspectos relacionados con el Libro de Registros Públicos del Código Civil.

I. INTRODUCCION

En los últimos meses, los temas relacionados con los registros públicos han generado significativa consideración en diversos sectores de la sociedad, originándose debates, ponencias y propuestas, principalmente, sobre los problemas administrativos, institucionales y estructurales de los Registros[1].

* El análisis legal de temas vinculados al ámbito del Derecho Registral y los Derechos Reales, resulta una propicia ocasión para expresar un agradecimiento al doctor Jorge Avendaño Valdez, quien nos motivó, con su activo método de enseñanza, a tener un especial interés sobre estas materias en las aulas de nuestra Facultad.

[1] El día lunes 5 de setiembre de 1994,el *Diario Oficial "El Peruano"* ha publicado el Anteproyecto del Reglamento General de las Inscripciones, el mismo que contiene el procedimiento registral aplicable a los registros jurídicos del país.

Excesivo número de registros trabajando sin criterios unificados, atraso y desorden legislativo, inexistencia de instrumentos logísticos y tecnológicos, lentitud en la tramitación de los títulos, personal no capacitado adecuadamente, falta de registros en diversas zonas del país, incompatibilidad del contenido de los títulos inscritos con la realidad, irracional número de títulos observados o inseguridad en las transacciones, son algunas de las críticas generalizadas que suelen formularse a los registros públicos en el Perú[2].

No cabe duda de que los diversos cuestionamientos relacionados con los registros públicos se han profundizado teniendo en consideración la reciente reglamentación del sistema de financiamiento para adquisición de viviendas a través del mecanismo de **letras hipotecarias**[3].

Concretamente sobre el tema de letras hipotecarias, debe advertirse que, dado su atractivo financiero, la existencia de excedentes en la economía, el éxito del sistema en otros países y la considerable demanda de vivienda, se estima que en los próximos años las operaciones en el mercado inmobiliario, y en consecuencia, los créditos con garantía hipotecaria, aumentarán en volúmenes no antes alcanzados, por lo que resulta prioritario establecer mejoras significativas en lo que respecta a la operatividad de los registros públicos[4].

Ahora bien, no obstante la importancia de las materias vinculadas a los registros públicos, en su ámbito estructural o administrativo, el presente trabajo centralizará su atención en otro escenario no menos importante, el relacionado con los alcances legales de algunos artículos del Libro de registros públicos del Código Civil, que constituyen columnas fundamentales en el sistema civil patrimonial peruano.

II. TRATAMIENTO LEGAL DE LOS TRES PRINCIPIOS REGISTRALES FUNDAMENTALES: LA PUBLICIDAD, LA BUENA FE Y LA PRIORIDAD

1. El principio de publicidad registral del artículo 2012

El artículo 2012 del Código Civil peruano vigente establece textualmente lo siguiente:

«Artículo 2012.- Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones.»

No obstante la importancia de esta norma, tal como lo expondremos más adelante, la misma constituye una novedad en relación al Código Civil de 1936[5].

A nuestro entender, el artículo 2012 constituye una de las normas fundamentales de las relaciones patrimoniales en el sistema legal peruano, toda vez que concentra y otorga fortaleza absoluta a la función principal del registro: publicitar derechos oponiéndolos a los terceros.

El artículo, en razón de una presunción cerrada (absoluta o *iure et de jure*), impide totalmente la posibilidad que alguna persona, bajo cualquier razón o circunstancia, desconozca un derecho debidamente inscrito.

Ahora bien, debe comprenderse, valga la precisión, que la finalidad de la norma no consiste en establecer una arbitraria o utópica obligación para todas las personas de mantenerse constantemente informadas del contenido de las inscripciones, lo cual sería, como fácil puede advertirse, imposible de cumplir.

[2] "La Oficina Nacional de Registros Públicos ha visto incrementarse en un 20% la demanda de títulos y certificados de propiedad y tiene al sistema de letras hipotecarias en salmuera. En promedio, cada mes atienden más de 20 mil solicitudes de títulos, mientras alrededor de 13 mil se encuentran pendientes o bajo observación" (Ver: *Caretas*. nº 1325. Lima, jueves 18 de agosto de 1994. p. 20).

[3] Las letras hipotecarias se encuentran reguladas por el Decreto Legislativo Nº 770 (Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros) y por las Circulares de la Superintendencia de Banca y Seguros Nº B-1953-94, 1959-94 y B-014-94.

[4] Resulta importante anotar que se ha suscrito un Convenio entre la Asociación de Bancos del Perú y el Ministerio de Justicia para la agilizaación de trámites de inscripción en la Oficina Nacional de los Registros Públicos. (ver: *Diario Gestión*. Lima, jueves18 de agosto de 1994. p. 38).

[5] Sin embargo, debe advertirse que el principio de publicidad registral está recogido en el Artículo V del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos aprobado por la Corte Suprema de la República el 16 de mayo de 1968.

Por ello, el artículo bajo comentario no debe entender a la publicidad registral en un sentido activo de divulgación o difusión, sino en un estado pasivo de «posibilidad de conocer».

En este tema, compartimos la opinión de Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida [6], que nos dicen que «se trata, no de procurar que las situaciones jurídicas inmobiliarias lleguen a conocimiento de todos, sino de que todos tengan medio de conocerlas. La expresión publicidad no significa aquí, pues, propaganda y difusión, sino **posibilidad de conocer:** el medio arbitrado para ello no es, por tanto, una publicación impresa en múltiples ejemplares -o una publicación oral que llega a múltiples oídos mediante adecuados medios de difusión-, sino la consignación de las titularidades que pretenden hacerse públicas en un libro que puedan consultar cuantos interesados lo soliciten, y que permanece desconocido para el resto» (subrayado agregado).

Por lo tanto, la publicidad registral, gracias al artículo 2012, es una publicación, por parte de un sujeto extraño, que verifica con carácter absoluto un evento concreto, otorgándole oponibilidad al contenido de la inscripción, teóricamente frente a todos y en términos prácticos frente a los sujetos, potencial y realmente involucrados patrimonialmente.

Terminemos el presente análisis del artículo 2012, que representa la esencia del funcionamiento del registro, precisando la diferencia entre el objeto de la inscripción y el objeto de la publicidad.

En efecto, lo que accede al registro para su inscripción son los actos jurídicos que celebran las partes, mientras que el contenido de la publicidad frente a terceros, con el carácter absoluto que le otorga el artículo 2012, está constituido por los derechos que emanan de los indicados actos jurídicos.

Expliquemos este concepto con un ejemplo: Primus es propietario de un inmueble, lo cual se encuentra acreditado en el Registro de la Propiedad Inmueble respectivo. Primus procede a celebrar un contrato de compraventa del inmueble a favor de Secundus, quien a su vez tramita un crédito con letras hipotecarias en el Banco A.L., institución que, como resulta obvio, le exige a Secundus que inscriba el contrato de compraventa para gravar el inmueble con una hipoteca en garantía del préstamo.

Aplicando la distinción entre el objeto de la inscripción y el objeto de publicidad registral, diremos que el Registro de Propiedad Inmueble inscribe el contrato de compraventa entre Primus y Secundus, entiéndase el acto jurídico, mientras que publicita el derecho de propiedad de Secundus, que se origina como consecuencia del mencionado contrato, por lo que, para el Banco A.L. lo que resulta relevante para su análisis financiero y legal de aprobación del crédito con letras hipotecarias será la titularidad de Secundus, con independencia del título que la originó.

En otras palabras, como afirman los mismos Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida [7], «si lo que tiene acceso al Registro son los actos o títulos, lo que el Registro publica son derechos, o, más exactamente, las titularidades. Hay, pues, que distinguir entre lo que es objeto de la inscripción -primariamente los actos- y lo que es objeto de la publicidad registral -los derechos».

La consecuencia inmediata de esta distinción nos lleva a examinar el tema de la legitimidad del contenido registral.

A este respecto, el artículo 2013 del Código Civil señala expresamente lo siguiente:

«Artículo 2013.- El **contenido de la inscripción** se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez» (subrayado agregado).

Volviendo al ejemplo planteado, se debe presumir, salvo prueba en contrario (presunción no absoluta, abierta o *iuris tantum*) que el contrato de compraventa entre Primus y Secundus es válido, manteniéndose la garantía absoluta del registro, gracias al principio de publicidad, en lo que corresponde a la titularidad de Secundus y, en consecuencia, la hipoteca inscrita a favor del Banco A.L.

En este sentido, tal como expondremos más adelante al referirnos al principio de buena fe pública del registro, en virtud del artículo 2014 del mismo Código, se podrá anular, resolver o rescindir el contrato de compraventa entre Primus y Secundus, pero la fuerza del principio de publicidad no

[6] LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho Inmobiliario Registral*. Bosch, Barcelona, 1984. p. 12-13.

[7] LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Op. cit.* p. 84.

enervará la hipoteca inscrita a favor del Banco A.L.

En consecuencia, lo que puede tener por cierto el Banco A.L. es la atribución de titularidad a Secundus, no que el acto que lo genera exista o sea válido, interpretación que le otorga coherencia sistemática a los artículos 2012, 2013 y 2014 del Código Civil.

2. LA BUENA FE PUBLICA DEL REGISTRO Y EL ARTICULO 2014 DEL CODIGO CIVIL

El tenor literal del artículo que consagra el principio de buena fe pública registral es el siguiente:

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

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

Tal como se señala expresamente en la Exposición de Motivos Oficiales del presente artículo[8], el mismo «consagra el principio de buena fe pública registral y constituye, respetando la importancia de otras modificaciones o innovaciones, **el más trascendental avance en materia de Derecho Registral**» (subrayado agregado).

Como puede apreciarse, gracias a la aplicación del presente principio, se protege en forma absoluta, dentro de algunos parámetros que estudiaremos luego, a las titularidades que se adquieren y se incorporan en el registro, inclusive, si el sujeto transferente del derecho no tenía legitimidad para realizar el acto.

De esta manera, si Primus es propietario de un predio, lo que se encuentra contenido en los asientos registrales, y procede a venderlo, en primer lugar, a favor de Secundus, quien eleva el contrato a escritura pública y recibe el bien en posesión; y, en segundo lugar, a Tercius, quien inscribe su derecho en el Registro de la Propiedad Inmueble correspondiente, en estricta aplicación del artículo 2014, será Tercius quien deberá ser considerado como propietario, no obstante que su compraventa se realizó posteriormente a la de Secundus y que éste tuvo la diligencia de formalizar su contrato ante notario público y tomar posesión física del inmueble.

Ahora bien, del ejemplo descrito se desprende a simple vista una situación injusta en contra de Secundus, quien deberá satisfacer su interés exclusivamente con el cobro de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

Al aproximarnos a una respuesta sobre la lógica de una situación claramente injusta respaldada por una norma expresa, tenemos que dirigir nuestra atención, nada menos, que a la función central del Derecho en una sociedad como la nuestra, basada económicamente en el intercambio de bienes y servicios: otorgar seguridad al tráfico.

En este contexto, la seguridad en el mercado se logra a través de mecanismos, entre los cuales el registro es el más perfecto, que permitan a los contratantes contar con una información objetiva, imparcial y absoluta que permita tomar decisiones al menor costo posible («costos de transacción»).

Por lo tanto, en base a la necesidad primaria de satisfacer la seguridad del tráfico, se sacrifica una necesidad, que se considera secundaria: la seguridad de los derechos que no cuentan con mecanismos de publicidad que les permitan oponerse a los demás.

La consecuencia de lo expuesto, como dicen Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida[9], es que «la seguridad del tráfico, es decir, la satisfacción del adquirente, sólo puede conseguirse a costa de la seguridad del propietario», por lo tanto, «seguridad jurídica y seguridad del tráfico son, hasta un cierto grado, conceptos contrapuestos».

Ahora bien, luego de explicar la racionalidad del principio de buena fe pública registral, evaluemos dos aspectos centrales del artículo 2014: el requisito de onerosidad del título y los alcances de la buena fe.

La onerosidad del título

A nuestro entender, no existe una razón suficientemente justificada que amerite establecer una

[8] Exposición de Motivos Oficiales del Código Civil. Libro de Registros Públicos. En: *Diario Oficial "El Peruano"*. Lima, 19 de julio de 1987.

[9] LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Op. cit.* p. 12.

restricción a la aplicación del principio de buena fe pública registral en base a la onerosidad del título, excluyendo a las adquisiciones que se concretan a título gratuito.

En efecto, consideramos que la publicidad que emana del registro, que conforme lo hemos señalado, tiene carácter absoluto en aplicación del artículo 2012 del Código, resulta igualmente aplicable tanto a los adquirentes a título oneroso como gratuito.

Es por ello que nos preguntamos, utilizando nuestro mismo ejemplo, qué razón existiría para desproteger a Tercius si en lugar de suscribir e inscribir un contrato de compraventa, suscribe e inscribe uno de donación.

Suponemos que la explicación del requisito de onerosidad para el artículo 2014 [10], se sustenta en el hecho que Tercius, en nuestro caso, no debe ser preferido antes de Secundus, en tanto que no ha realizado ningún sacrificio económico para adquirir el bien, lo que a nuestro parecer resulta una lógica legislativa que desconocería la función de oponibilidad de derechos que se origina de las inscripciones, la misma que resulta fundamental en todas las relaciones con contenido patrimonial.

En otras palabras, los alcances del registro, en tanto cumpla su función de otorgar seguridad al tráfico de bienes por medio de la publicidad absoluta que otorga oponibilidad a los derechos, no debe distinguir la protección de un tercero adquirente por el hecho de la onerosidad o gratuidad de la operación.

En todo caso, dejamos abiertas dos interrogantes que se originan como consecuencia de las siguientes variantes de nuestro ejemplo original:

Primero, ¿cómo se aplica el artículo 2014 si Primus transfiere tanto a Secundus como a Tercius a título gratuito?

Segundo, ¿cómo se aplica el artículo 2014 si Primus transfiere a Secundus a título oneroso, a Tercius a título gratuito y, posteriormente, Tercius transfiere a Cuartius a título oneroso?

Todo un caos, promovido por una limitante (la onerosidad del título) injustificada. En tal sentido, el registro, como signo de oponibilidad, debe publicitar un derecho con capacidad de excluir cualquier otro que le resulte incompatible, sin importar su origen.

Alcances de la buena fe

Como consecuencia de la incorporación del segundo párrafo del artículo 2014 en el Código Civil [11], se origina la interrogante respecto de la extensión del concepto de buena fe que requiere el adquirente para ser preferido.

En términos sencillos, el hecho de que Tercius conozca, por razones que no constan en el registro, la transferencia de Primus a Secundus, ¿convierte en improcedente la protección registral a su favor?

Al respecto, la Exposición de Motivos Oficiales del artículo analizado concluye con una respuesta afirmativa a la interrogante planteada:

«**La buena fe que se le exige a una persona a efectos de constituirse en tercero registral, es la de ignorar la existencia de inexactitud en lo publicado por el registro.**

En otros términos, si en verdad existen razones de nulidad, rescisión o resolución, que no aparecen del registro, **ellas deben ser además desconocidas por quien pretende ampararse en el principio estudiado**» (subrayado agregado).

Especulamos, una vez más, que la lógica de la incorporación del segundo párrafo del artículo 2014, que permite interpretar, tal como lo expresa la Exposición de Motivos, un concepto de buena fe más abierto al estrictamente registral, resulta ser la búsqueda de un objetivo de justicia o, inclusive, moralidad, a fin de despojar de protección al tercero que adquirió un derecho y procedió a inscribirlo, pero, lamentablemente, tenía conocimiento de una transferencia anterior, aunque ésta no estuviera registrada.

A nuestro parecer, si recurrimos nuevamente a la esencia del registro, como medio de publicidad de

[10] Resulta curioso advertir que el artículo 948 del Código Civil, el mismo que constituye norma análoga al artículo 2014, pero aplicable a los bienes muebles no registrables, no distingue entre adquisiciones a título gratuito u oneroso.

[11] En el Código Civil de 1936, el principio de buena fe pública registral estaba recogido en el artículo 1052 con similar tenor al artículo 2014 del Código Civil de 1984, pero sin incluir el segundo párrafo vigente actualmente.
En el Anteproyecto del Reglamento General de las Inscripciones, publicado en el *Diario Oficial "El Peruano"* el 5 de setiembre de 1994, se reproduce el principio de la buena fe pública registral del artículo 2104, exclusivamente en su primer párrafo.

los derechos para crear seguridad en el tráfico de bienes, abaratando los costos de transacción, gracias al efecto de oponibilidad (o exclusión), pronto comprenderemos la necesidad de otorgarle un carácter objetivo y absoluto, por lo tanto, cualquier requerimiento o limitante adicional al adquirente registral (como por ejemplo, exigirle que desconozca de otras transferencias no registradas), distorsionará completamente la razón de existencia del registro, originando, precisamente, inseguridad en el tráfico, mayores costos de transacción y, curiosamente, injusticia.

La metáfora de «la carrera», utilizada por Alfredo Bullard [12], resulta especialmente gráfica para comprender el concepto señalado:

«La necesidad de racionalizar riesgos implica, para este sistema, el objetivizar la oponibilidad, permitiendo al maximizador un comportamiento eficiente. La relación jurídico oponible se convierte en una carrera, donde la meta es llegar a alcanzar un signo de recognoscibilidad constituido en mi favor. Debe ganar el corredor más veloz, el que en la libre competencia imponga su condición sobre los otros. En la carrera poco importará que alguno de los corredores haya partido antes que los demás. **Por el contrario, mayor será el mérito del triunfador si, conociendo esto, llega primero a la meta**. Sólo habrá "injusticia" si es que quien llega en segundo lugar es declarado ganador por los jueces de la prueba sin expresión de causa. De la misma forma, poco importa quién celebró el primer acto. Lo que importa es quién llegó primero a conseguir la oponibilidad, logrado lo cual, colgarán de su cuello la medalla de la titularidad. Poco importa si el derrotado partió antes. Al contrario, eso es sólo una prueba de que el vencedor estaba mejor dotado y era un mejor deportista, o si queremos, un más eficiente maximizador. Con este juego de ideas, el sistema admira y protege al agente económico eficiente como el público en el estadio admira y aplaude al vencedor de los 100 metros planos. **Así, el comportamiento egoísta es virtud, y la buena fe es ingenuidad**. Y para maximizar beneficios, el egoísta es más eficiente que el ingenuo; por ello, el sistema jurídico prefiere al primero sobre el segundo, al fuerte sobre el débil, al hábil sobre el torpe. Se viste a la ley de la selva de etiqueta, se le reglamenta, y se reconoce, al preferir la oponibilidad de cierta relación jurídica, el triunfo del eficiente maximizador» (subrayado agregado).

Por lo tanto, en una reforma legislativa del Código Civil, sugerimos eliminar del artículo 2014, el requisito de «onerosidad» para la adquisición protegida por el registro, así como cualquier tipo de conocimiento (o para ser más precisos «desconocimiento») subjetivo, adicional o complementario al contenido exclusivo del registro.

3. EL PRINCIPIO DE PREFERENCIA O PRIORIDAD REGISTRAL EN EL LIBRO DE REGISTROS PUBLICOS

El complemento, o consecuencia, de los dos principios antes desarrollados, es la preferencia que otorga el registro, en respetuoso orden del tiempo de las inscripciones. De esta manera, el artículo 2016 del Código [13] determina con claridad el principio señalado:

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

Ahora bien, un concepto tan claro como la prioridad de los derechos inscritos en razón a un criterio de tiempo, resulta inexplicablemente complicado en su aplicación en razón de diversos artículos adicionales del Código que ingresan a distinguir, a nuestro parecer en forma equivocada, sobre la aplicación del principio de preferencia en base a la naturaleza del derecho que se inscribe. En primer lugar, tenemos el texto del artículo 2019:

«Artículo 2019.- Son inscribibles en el registro del departamento o provincia donde esté ubicado cada inmueble:
1. Los actos y contratos que constituyan, declaren, transmitan, extingan, modifiquen o limiten los derechos reales sobre inmuebles.
2. Los contratos de opción.
3. Los pactos de reserva de propiedad y de retroventa.
4. El cumplimiento total o parcial de las condiciones de las cuales dependan los efectos de los actos o contratos registrados.

[12] BULLARD G., Alfredo. *La Relación Jurídico Patrimonial*. Lluvia, Lima, 1990. p. 331.

[13] El Artículo VII del Título Preliminar del Anteproyecto del Reglamento General de Inscripciones, publicado el 5 de setiembre de 1994, contiene el siguiente tenor:
"La prioridad en el tiempo de la inscripción, determina la preferencia excluyente o de rango de los derechos inscritos o anotados preventivamente.
Los efectos de la inscripción se retrotraen a la fecha y hora de la presentación".

5. Las restricciones en las facultades del titular del derecho inscrito.
6. Los contratos de arrendamiento.
7. Los embargos y demandas verosímilmente acreditados.
8. Las sentencias u otras resoluciones que a criterio del juez se refieran a actos o contratos inscribibles.
9. Las autorizaciones judiciales que permitan practicar actos inscribibles sobre inmuebles.»

El artículo nos invita a distinguir los derechos que acceden al registro por la vieja clasificación entre relaciones jurídicas reales y personales.

En esta forma, del artículo acotado se desprende la posibilidad de inscribir en los registros a los derechos reales de manera general y sin restricciones; sin embargo, tratándose de derechos personales (contratos de opción, reserva de propiedad, contratos de arrendamiento o embargos) se advierte la necesidad de una mención expresa dentro de una lista aparentemente cerrada.

Esta discriminación, a nuestro razonamiento injustificada, es regulada por diversas legislaciones en razón de sustentos doctrinarios como el siguiente:

«Fuera de los reales, llegan al registro derechos personales, pero con una decisiva particularidad, a saber, que **mientras un derecho real tiene acceso a los libros por el mero hecho de serlo, los personales llegan individualizadamente, mediante el enunciado, en la ley, del *nomen iuris* de cada uno de los inscribibles.** Se permite el acceso al registro de estos derechos por razones de conveniencia y oportunidad»[14].

En segundo lugar, encontramos el artículo 2022, que a la letra dice:

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

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

El primer párrafo del artículo redunda en el tema de la prioridad registral por el criterio del tiempo de las inscripciones, pero circunscrito a los derechos reales (en oposición a los derechos personales) sobre bienes inmuebles (en oposición a los bienes muebles).

Adicionalmente, con el mismo criterio inexplicablemente restrictivo, el segundo párrafo de la disposición comentada remite a las «normas de derecho común» (concepto no definido ni en el Código Civil ni en otra norma vigente), al conflicto de derechos de diferente naturaleza, entendemos derechos reales versus derechos personales.

Sustentando el artículo 2022, la correspondiente Exposición de Motivos Oficiales[15] establece lo siguiente:

«No hay duda de que, si se enfrentan dos titulares de derechos reales, quien tendrá preferencia en virtud del principio de prioridad será aquel que inscribió primero; esto es confirmado por la primera parte de este artículo.

Pero si se tratara de un enfrentamiento entre un derecho personal y uno real, y a esto alude la segunda parte del artículo, tendrá preferencia el titular del derecho real, porque goza de la oponibilidad *erga omnes*, que no tiene el derecho personal y además porque el real goza de lo que se llama energía persecutoria, de la que también carece el derecho personal.

Este es **un caso de enfrentamiento entre el titular de un derecho real y uno de un derecho personal, en que por aplicación del derecho común, resulta victorioso el titular del derecho real**» (subrayado agregado).

En tercer lugar, el artículo 2023, otorga preferencia al derecho de opción inscrito, inclusive sobre derechos reales y personales.

El texto de la norma, novedad del Código Civil de 1984, es el siguiente:

«Artículo 2023.- La inscripción de los contratos de opción otorga durante su vigencia **derecho preferente sobre todo derecho real o personal** que se inscriba con anterioridad» (subrayado agregado).

Como consecuencia de los tres artículos reseñados, llegamos a la conclusión de que el Código Civil establece, en forma impecable, el principio

[14] LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Op. cit.* p. 93.

[15] Exposición de Motivos Oficiales del Código Civil: Libro de Registros Públicos. *Op. cit.* p. 24.

de preferencia basado en el criterio temporal de las inscripciones (artículo 2016). No obstante, la preferencia resulta general y automática para los denominados derechos reales, mientras que para los derechos personales se requiere una disposición expresa y puntual[16] (artículo 2019), por lo tanto, cuando se enfrentan un derecho real con un derecho personal resulta ganador el derecho real, aunque su inscripción sea posterior (artículo 2022), salvo que el derecho personal sea una opción de compra (artículo 2023) o un arrendamiento (artículo 1708[17]), en cuyo caso vuelve a imponerse el criterio temporal para la preferencia de derechos.

El presente trabajo no es el escenario más apropiado para exponer la problemática de la clasificación de las relaciones jurídicas en reales y obligacionales. Sin embargo, sencillo resultará comprender que, partiendo de la razón de ser del registro, nuevamente, como mecanismo de oponibilidad de los derechos, sustentado en un conocimiento pleno y absoluto de las inscripciones (principio de publicidad), que genera la protección de los terceros adquirentes (principio de buena fe pública registral), consideramos como lógico y natural el establecimiento de la preferencia de las relaciones jurídicas, sean reales u obligacionales, en base al tiempo del ingreso al registro.

En este sentido, cuando una persona es titular de una relación jurídica personal (embargo, arrendamiento, comodato, contrato de opción, compromiso de contratar, etc.), debería recurrir al registro a inscribir su derecho y obtener la garantía de excluir a los demás, con independencia que éstos sean titulares de relaciones jurídicas personales o reales.

En otra palabras, no existe relación lógica alguna entre la publicidad que otorga el registro con la naturaleza de los derechos que acceden al mismo.

Por último, ¿qué razón (coherente y fundamentada) existe para negarle protección registral a un contrato de comodato o un compromiso de contratar?

III. EL PROBLEMA DE LA VIGENCIA DE LAS INSCRIPCIONES: EL CASO DEL BLOQUEO REGISTRAL

Un tema íntimamente relacionado con los tres principios analizados, especialmente con el principio de prioridad registral, es el denominado «**bloqueo registral**», el mismo que nos invita a reflexionar sobre la vigencia de las inscripciones[18].

El bloqueo, que en otras legislaciones se denomina «**reserva de prioridad registral**», es una medida precautoria por medio de la cual se consigue, a favor de quien proyecta la celebración de un contrato (compraventa, arrendamiento, permuta, donación, hipoteca, prenda, etc.) que tenga como objeto un bien registrable (predios, vehículos, marcas, etc.), obtener preferencia antes que se materialice el contrato y para ello debe solicitarlo al registro público respectivo.

En términos generales, se entiende que la preferencia conseguida puede ser utilizada para toda clase de actos sujetos a inscripción, lo que significa que no podrán registrarse demandas, gravámenes, embargos u otros actos respecto del bien que ha sido objeto del bloqueo registral.

Por lo tanto, el bloqueo así definido es el otorga-

[16] Un ejemplo interesante de un derecho que accede al registro por mandato expreso de una norma es el recientemente regulado Fideicomiso, institución recogida por el Decreto Legislativo N° 770 (Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros), definida como "una relación jurídica por la cual una persona, llamada fideicomitente, transfiere uno o más bienes a otra persona, llamada fiduciario, quien se obliga a utilizarlos en favor de aquel, o de un tercero, llamado fideicomisario".
Así, el artículo 319 del referido Decreto Legislativo N° 770 establece lo siguiente:
"Artículo 319.- [...] Para oponer el fideicomiso a terceros se requiere que la transmisión al fiduciario de los bienes y derechos inscribibles sea anotada en el registro público correspondiente".

[17] "Artículo 1708.- En caso de enajenación del bien arrendado se procederá del siguiente modo:
1. Si el arrendamiento estuviese inscrito, el adquirente deberá respetar el contrato [...]"

[18] El Código Civil de 1936 contenía una norma interesante de estudiar a propósito del tema de la vigencia de las inscripciones, el artículo 1049, cuyo tenor era el siguiente:
"Artículo 1049.- Las inscripciones de las hipotecas y de los gravámenes indicados en los incisos 5 y 8 del artículo 1042, inclusive las que consten en los asientos de dominio, se extinguirán a los treinta años de las fechas de las respectivas inscripciones si no fueren renovadas."
La norma, criticada desde una perspectiva teórica, dado que resultaba arbitrario extinguir inscripciones registrales por el solo paso del tiempo, tenía una aplicación práctica útil, pues permitía liberar de gravámenes a los bienes que por diversas razones no habían sido cancelados, no obstante que en la mayoría de casos el crédito garantizado se encontraba pagado o, inclusive, prescrito gracias al paso de un tiempo tan prolongado.

miento por parte de un registro público de una reserva preferencial en estricto sentido.

En la legislación nacional, el bloqueo registral se encuentra regulado por el Decreto Ley N° 18278 promulgado el 18 de mayo de 1970.

Esta antigua norma, hoy concordada con la recientemente promulgada Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros (Decreto Legislativo N° 770), vigente desde el 1 de noviembre de 1993, ha mantenido un campo de aplicación limitado, tanto por los sujetos a quienes favorece (principalmente empresas bancarias), como por los bienes objeto de registro (fundamentalmente predios).

Por lo tanto, el bloqueo registral no puede ser utilizado por dos particulares a fin de crear una medida de precaución, en caso lo estimen conveniente, en una operación que tenga como objeto un bien inscrito en el registro, lo cual, en nuestra opinión, resulta discriminatorio[19].

El término de vigencia que establece el Decreto Ley N° 18278 para la efectividad del bloqueo es de **sesenta días**, los mismos que deben computarse a partir del ingreso al registro del documento que emita o certifique el notario respectivo.

No obstante el plazo expresado, los efectos legales del bloqueo sólo terminarán cuando se haya inscrito el acto o contrato anotado preventivamente, cuando lo solicite el contratante o los contratantes en cuyo favor se estableció el bloqueo, o cuando sea ordenado judicialmente.

Por lo tanto, al término de los sesenta días no se genera un cese automático de los efectos del bloqueo, debiéndose cumplir, necesariamente, con alguno de los tres supuestos señalados en el párrafo anterior.

Esta opción legislativa nos parece inadecuada, toda vez que, se podría llegar a la situación extrema que el término previsto se extienda en forma desmedida, con el consiguiente perjuicio para otras operaciones.

Partiendo del principio que el contenido de las inscripciones son conocidas por todos (principio de publicidad), lo cual le otorga seguridad a los contratantes respecto de la información que pueden recabar de este tipo de instituciones para celebrar sus transacciones, somos de opinión que el plazo de vigencia de sesenta días para el bloqueo registral debe originarse y cesar en forma automática, sin necesidad de formalizar ningún tipo de acto adicional, generando gastos adicionales, dilaciones innecesarias e inseguridad para el mercado.

Setiembre de 1994

[19] El doctor Rubén Guevara Manrique (GUEVARA MANRIQUE, Rubén. "Bloqueo Registral: Duración y Alcances". En: Diario El Comercio. Lima, 18 de agosto de 1994) señala:
"[...] el bloqueo de las partidas de inscripción en los Registros Públicos en beneficio de la seguridad contractual referente a inmuebles, pero con serias deficiencias, como es su carácter discriminatorio por ser beneficiadas muy pocas entidades, cuando, a nuestro entender, debe ser a favor de toda persona natural o jurídica, sin excepción".

NOTARIA

Jaime A. Murguía Cavero

Lunes a Viernes
De 9:00 am a 5:45 pm
(horario corrido)

Av. Rivera Navarrete N° 889, of. 210
San Isidro - Lima 27 - Perú
Telfs. (005114) 42-0300 42-3242 42-3467
42-6512 41-8102
Telefacsímil 42-0850

LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y LEY APLICABLE AL CONTRATO INTERNACIONAL EN LATINOAMERICA

Delia Revoredo de Mur
Profesora de Derecho Internacional Privado
Pontificia Universidad Católica del Perú

La globalizada economía mundial y la cada vez más frecuente celebración de contratos privados internacionales plantean a los distintos gobiernos una nueva disyuntiva: brindar plena autonomía a las partes contratantes para determinar la jurisdicción y la legislación aplicable o, por el contrario, establecer un marco normativo en el que las partes puedan desarrollarse con una libertad limitada.
En el ámbito de esta disyuntiva, el presente artículo pretende afirmar la importancia de reconocer a los agentes privados plena libertad para determinar la normativa y jurisdicción aplicables, postura ésta que acertadamente es reconocida en el Código Civil peruano de 1984.
Para ello, luego de hacer un análisis de los factores de conexión en la legislación comparada y en los Tratados Internacionales vigentes, vuelve al tema de la libertad y voluntad humana para concluir que la autonomía de las partes debe ser reconocida con la misma intensidad a los ciudadanos de los distintos Estados.

Estando el contrato internacional vinculado a varios países, surge el problema de determinar qué legislación debe regularlo.

Por otra parte, ciertos contratos están sujetos a una jurisdicción estatal, mientras que otros están sometidos a un arbitraje internacional. Por lo tanto, tiene que considerarse si la ley aplicable es la misma para ambos casos.

Siguiendo el esquema del autor uruguayo Quintín Alfonsín, en teoría, el régimen internacional de los contratos internacionales puede quedar establecido de varios modos:

1. A través de una **norma de conflicto** que señale el Derecho sustantivo **nacional** aplicable al contrato, utilizando diversos criterios vinculatorios con los países, tales como la celebración del contrato, o la ejecución del mismo, en cuyos casos será el Derecho del país donde se celebró el contrato o donde éste se ejecutó, el aplicable.

La norma de Derecho Internacional Privado puede estar contenida en un Derecho nacional estatal (punto 1.1 de este trabajo) o en un tratado multinacional (punto 1.2).

Debemos considerar, al lado de la posición mencionada, una que, regulando el contrato igualmente con un Derecho **nacional**, resulta distinta: la teoría de la autonomía de la voluntad que, de permitir a las partes elegir un Derecho **nacional** completamente ajeno al contrato para que lo regule, hace innecesaria la norma de conflicto que sirve para asignar al contrato una ley determinada por el legislador.

Debe pues, ante todo, averiguarse si las partes que celebran un contrato pueden elegir o no la ley que debe regularlo. Analizamos esta posibilidad a lo largo de todo el trabajo, ya que se trata de la autonomía de la voluntad en la elección de la ley.

Si la ley del contrato no puede ser o no ha sido elegida por las partes deberá ser señalada por el Derecho Internacional Privado.

2. El segundo método consiste en solucionar el problema contractual internacional por medio de un **régimen jurídico sustantivo** de fuente supranacional, elaborado, admitido o propuesto por los países especialmente para solucionar el fondo de los problemas contractuales internacionales entre particulares. Puede funcionar a través de **leyes uniformes** o de **leyes modelos** adoptadas por los Estados, o por el reconocimiento estatal de la *lex mercatoria*. (punto 2 de este trabajo).

3. Hay otra cuestión importante por dilucidar. En el panorama actual, ¿**quién** decide el método, entre los anteriormente expuestos, que debe utilizarse para asignar al contrato internacional la regulación jurídica que resulte universalmente «ejecutable»? ¿Cada Estado, o las partes del contrato, o una Convención de los Estados?

La posición clásica responderá que es el «juez competente» quien debe decidir, conforme a su propio orden jurídico (incluyendo su Derecho Internacional Privado).

Y, entonces, ¿pueden las partes elegir al juez? Sí, dirán los clásicos, porque el juez seguirá sus propias normas de conflicto para ubicar la ley del contrato.

Modernamente, en cambio, podemos escuchar otras voces: las partes mismas, por sí solas, pueden decidir el método y **pueden elegir al juzgador**, que se llamará árbitro, e indicar a éste o dejar a su criterio las normas de Derecho aplicables al contrato, sean normas de un Derecho sustantivo nacional, sean de una ley uniforme o sea a través de normas de conflicto de algún tratado regional, o de normas de conflicto de un país particular.

Pueden más: pueden diseñar especialmente las reglas de Derecho que mejor convengan y mejor se ajusten a sus intereses, vale decir, pueden crear un nuevo Derecho diseñado exclusivamente para su relación contractual y también pueden delegar estas facultades en manos del juzgador o árbitro elegido por ellas.

El contrato internacional sometido a arbitraje adquiere, entonces, verdadera y total autonomía frente a jurisdicciones y leyes estatales, adquiere un carácter auténticamente «supranacional», regulado tan sólo por la voluntad de las partes. Tal consentimiento se muestra eficiente y eficaz y con el tiempo configurará reglas no escritas en la comunidad comercial y plasmadas en usos y costumbres consagrados por la práctica del comercio internacional y del arbitraje (punto 3 de este trabajo: Autonomía de la Voluntad en el Arbitraje Internacional Latinoamericano).

Todo funciona satisfactoriamente hasta el momento de ejecutar la decisión de los árbitros en algún «Estado soberano». Como soberano que es, dicho Estado podrá negarse a reconocer legitimidad -ausencia de fuente legal- a la jurisdicción arbitral, al Derecho seleccionado o creado por las partes en razón de sus intereses y al laudo resultante. Así, la eficacia y ejecutabilidad del laudo arbitral puede caer en riesgo.

De ahí la importancia del **Derecho Convencional Arbitral**: los Estados admiten y regulan la jurisdicción arbitral y establecen **sus límites**, comprometiéndose a reconocer y ejecutar en sus territorios, los laudos resultantes ajustados a la Convención Multinacional de la que son partes (punto 3.1: Textos Convencionales).

Quedan por resolver ciertos asuntos, entre ellos, la incongruencia de que respecto a un mismo contrato internacional las partes pudiesen elegir libérrimamente el Derecho aplicable si lo someten a arbitraje, pero quedasen atadas a determinado Derecho si el contrato se ventilara ante tribunales judiciales (punto 3.2: Panorama Actual y Consideraciones Doctrinarias).

1. AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y LA LEY APLICABLE EN LAS NORMAS DE CONFLICTO CONTRACTUALES LATINOAMERICANAS

1.1. Reglas de conflicto nacionales (no convencionales)

Revisaremos brevemente varias legislaciones latinoamericanas sobre la ley aplicable a los contratos y a la amplitud de libertad que conceden a los particulares para elegir la ley del contrato.

- El artículo 2399 del Código Civil uruguayo regula la existencia, validez y efectos del acto jurídico por la ley del lugar de su **cumplimiento**. El artículo 2403 del mismo texto legal señala que las reglas de competencia legislativa y judicial determina-

das en ese título «**no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes**. Estas sólo podrán actuar dentro del margen que les confiera la ley competente».

El profesor Antonio Boggiano, comentando el artículo, expresa sin embargo que se está produciendo una derogación o «erosión» del artículo 2403: «La práctica internacional es importante [...] Uruguay participó en la Conferencia Diplomática de La Haya de 1985 y en esa Conferencia [...] el Uruguay **aceptó el principio de la autonomía de la voluntad**»[1].

- El artículo 113 del Código de Comercio chileno también impone la ley del lugar del **cumplimiento**, si éste se realiza en Chile.

- El artículo 17 del Código Civil de Cuba, sancionado en 1987, dispone: «**A falta de sumisión** expresa o tácita de las partes, las obligaciones contractuales se rigen por la ley del lugar de **ejecución** del contrato».

- El Código Civil de Panamá prescribe en su artículo 6 que los efectos de los contratos otorgados en país extranjero para **cumplirse** en Panamá, se arreglarán según las leyes panameñas.

- El Código de Comercio panameño en su artículo 6, apartado 1, regula la esencia y los efectos mediatos o inmediatos de las obligaciones derivadas de actos de comercio por las leyes del lugar donde se **celebren, salvo pacto en contrario**. El artículo 194 aclara que subsidiariamente rige, en materia de contratación mercantil, **los usos** del comercio generalmente observados en cada plaza.

- El artículo 116 del Código de Comercio venezolano establece que: «Todos los actos concernientes a la **ejecución** de los contratos mercantiles celebrados en país extranjero y cumplideros en Venezuela, serán regidos por la ley venezolana, a **menos que las partes hubieren acordado otra cosa**».

- En El Salvador, el artículo 16 del Código Civil regula los contratos sobre bienes situados en la República otorgados en «país extraño» que deban **cumplirse** en El Salvador, por las leyes salvadoreñas.

- De igual manera reza el artículo 15 del Código ecuatoriano y el artículo 20 del Código Civil colombiano.

- Para Costa Rica, el contrato internacional **celebrado** o por **ejecutarse** en ese país, se rige por la ley costarricense (artículo 23 del Código Civil) y la interpretación del contrato se rige por la ley del lugar de celebración (artículo 27 del Código Civil).

- En Argentina, la regla parece ser que todo contrato celebrado en un lugar para ser cumplido en otro, se rige por la ley del lugar del **cumplimiento** (artículos 1210, 1205 y 1209 del Código Civil).

Varios países latinoamericanos que han ratificado el Código de Bustamante de 1928, han incorporado las disposiciones de éste a su Derecho nacional. Esto significa que regulan el contrato, en principio, por la ley del lugar de **cumplimiento**.

- Los artículos 2095 y 2096 del Código Civil peruano de 1984 consagran en cambio, de manera clara, una amplia autonomía de la voluntad de las partes en el contrato internacional:

«Artículo 2095.- Las obligaciones contractuales se rigen por la ley **expresamente elegida por las partes** y, en su defecto, por la ley del lugar de su **cumplimiento**. Empero, si deben cumplirse en países distintos, se rigen por la ley de la obligación principal y, en caso de no poder ser determinada ésta, por la ley del lugar de la celebración.

Si el lugar del cumplimiento no está expresamente determinado o no resulta inequívocamente de la naturaleza de la obligación, se aplica la ley del lugar de celebración».

«Artículo 2096.- La ley competente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2095, determina las normas imperativas aplicables y los límites de la autonomía de la voluntad de las partes».

En conclusión, la mayoría de los países latinoamericanos en sus normas de conflicto unilaterales o no convencionales prefieren imponerles a los contratantes internacionales una ley determinada: la del lugar del cumplimiento del contrato y en menor número, la ley del lugar de celebración. Son muy pocos los que acogen el principio de la autonomía de la voluntad en el texto de sus normas de Derecho Internacional Privado. El principio encuentra mayor acogida en los Tratados latinoamericanos de Derecho Internacional Privado y en los Convenios sobre Arbitraje Comercial, como veremos más adelante.

[1] BOGGIANO, Antonio. *Estudio sobre los Contratos Internacionales requerido por la OEA*, 1988. p. 19

1.2. Normas de conflicto convencionales

Veamos someramente lo señalado en los acuerdos internacionales más importantes de Latinoamérica sobre la ley aplicable a los contratos internacionales.

1.2.1. Tratado de Lima

El Tratado de Lima de 1878[2] reguló las obligaciones contractuales por la **ley del lugar de su celebración**, pero si se tenían que cumplir en la República, se sujetarían a la ley de ésta (artículo 4). Lamentablemente la guerra entre el Perú y Chile impidió la suscripción del tratado por un número significativo de delegados estatales.

1.2.2. Tratado de Montevideo de 1889

El Tratado de Montevideo de 1889[3] ordenaba regular las obligaciones contractuales por la **ley del lugar donde los contratos deben cumplirse** (artículo 33). El texto parece negar a las partes la selección de la ley aplicable al contrato, y más bien, parece imponerles necesariamente la ley del lugar de cumplimiento.

Sin embargo, de las Actas del Congreso de Montevideo puede inferirse que los delegados de los países americanos tuvieron la intención de conceder a las partes contratantes una amplia autonomía de voluntad, entendiendo por ésta la facultad de elegir libremente la ley o el Derecho regulador de su contrato[4].

Debemos anotar que no todos los países que ratificaron Montevideo entendieron así, en su práctica jurisprudencial, el artículo 33 del Tratado de Montevideo de 1889.

El Perú, por ejemplo, consideró que la norma del Tratado no tenía carácter subsidiario a la voluntad de las partes, pues ella misma no lo indicaba así en su texto.

1.2.3. Tratado de La Habana

El Código de Bustamante de 1928 o Tratado de La Habana[5] reguló los contratos internacionales por **la ley personal común de los contratantes** y en su defecto por **la del lugar de celebración** (artículos 185 y 186).

«Artículo 185.- Fuera de las reglas ya establecidas y de las que en adelante se consignen para casos especiales, en los contratos de adhesión se presume aceptada, a falta de voluntad expresa o tácita, la ley del que los ofrece o prepara».
«Artículo 186-. En los demás contratos y para el caso previsto en el artículo anterior, se aplicará en primer término la ley personal común a los contratantes y en su defecto la del lugar de la celebración».

El texto del articulado parece igualmente imponer a los contratantes una ley determinada o determinable: la personal común, y en su defecto, la del lugar de celebración. Sin embargo, don Antonio Sánchez de Bustamante y Sirven, autor del proyecto, explicaba que su obra reconocía a las partes contratantes la libertad para elegir la ley de su contrato internacional. Pese a ello, jurisprudencia y doctrina latinoamericanas no interpretaron siempre así los artículos 185 y 186 del Tratado de la Habana.

1.2.4. Tratado de Montevideo de 1940

El artículo 5 del «Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1940» expresa textualmente que «la jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos tratados no pueden ser modificadas por voluntad de las partes, salvo en la medida que lo autorice dicha ley».

Concede, entonces, autonomía de voluntad a las partes sólo en caso que también se las conceda el Derecho señalado como aplicable por el Tratado. Es decir, y a modo de ejemplo, si el Derecho señalado por el Tratado es el peruano, las partes pueden elegir la ley del contrato pues el artículo 2095 del Código Civil Peruano les permite dicha elección.

1.2.5. Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, La Haya, 1986

Ya en 1985, varios países latinoamericanos partici-

[2] Ratificado por Perú, Guatemala y Uruguay.

[3] Ratificado por Argentina, Bolivia, Perú, Paraguay, Colombia y Uruguay.

[4] BOGGIANO, Antonio. *Estudio sobre los Contratos Internacionales requerido por la OEA*, 1988, p.19

[5] Ratificado por Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela.

paron en la revisión de la Convención de La Haya de 1964 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, entre ellos Argentina, Chile, Colombia, Méjico, Uruguay, Venezuela y Perú. En las sesiones de la Comisión Especial se discutió y aprobó el principio de la autonomía de la voluntad, con la participación de estos países.

En la Conferencia de La Haya de 1985 estuvieron representados varios países latinoamericanos, a saber, Argentina, Chile, Honduras, Méjico, Uruguay y Venezuela. La Conferencia aceptó el principio de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales, plasmado en el artículo 7 de la Convención de 1986 que dice textualmente:

«Artículo 7.-

1. El contrato de compraventa se regirá por **la ley que elijan las partes**. El acuerdo de las partes al respecto deberá ser expreso o quedar de manifiesto en el contrato y la conducta de las partes en su conjunto. La elección podría limitarse a una parte del contrato.

2. En cualquier momento, las partes podrían acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a una ley distinta de aquella por la que se regía anteriormente, haya sido o no elegida por las partes. El cambio de la ley aplicable que acuerdan las partes una vez concertado el contrato no obstará a la validez formal de éste ni a los derechos de terceros.»

Como se ve, admite claramente tanto la elección expresa por las partes del Derecho aplicable, como la elección tácita, y es potestativo de las partes regular todo el contrato por una sola ley o seleccionar diversos Derechos Privados para regular determinados aspectos del contrato internacional.

Sólo si las partes no eligieron la ley aplicable, la Convención atribuye al contrato la ley del Estado en el cual **tenga su establecimiento el vendedor** al momento de celebrarse el contrato (salvo los casos que enumera el artículo 8 en que el contrato se rige por la ley del lugar donde tenga su establecimiento el comprador).

Excepcionalmente, y cuando el contrato tenga **vinculaciones manifiestamente más estrechas** con una ley distinta a la de los establecimientos del vendedor o del comprador, según sea el caso, el contrato se regirá por esa ley.

No tendrán relevancia, sin embargo, estas «vinculaciones manifiestamente más estrechas» con otra ley, y por ende no se aplicará ésta, sobre cuestiones reguladas por la Convención de Viena de 1980, si al celebrarse el contrato, comprador y vendedor tenían sus establecimientos en Estados partes de dicha Convención (párrafo 5, artículo 8).

1.2.6. La Convención Interamericana sobre Ley Aplicable a los Contratos Internacionales

La aproximación más moderna en el ámbito latinoamericano sobre este tema la constituye la novísima Convención Interamericana sobre Ley Aplicable a los Contratos Internacionales.

Esta Convención, recientemente aprobada en Méjico en marzo de 1994, consagra el principio de la autonomía de la voluntad y lo reglamenta en sus artículos 7 al 10.

«Artículo 7.- El contrato se rige por el **Derecho elegido por las partes**. El acuerdo de las partes sobre esta selección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo.
La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del Derecho aplicable».

«Artículo 8.- En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un Derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido o no éste elegido por las partes. Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros».

«Artículo 9.- Si las partes no hubieran elegido el Derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el **Derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos**.

El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el Derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales.

No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato».

«Artículo 10.- Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto».

Comparando este régimen con el señalado en la Convención de la Haya de 1986, llegamos a las siguientes conclusiones:

La regla general para determinar el Derecho aplicable al contrato es el reconocimiento de una amplia autonomía de la voluntad de las partes contratantes en ambas convenciones. Es decir, las dos convenciones permiten a los contratantes elegir el Derecho que deseen, sin exigir que el Derecho elegido tenga alguna vinculación objetiva con el contrato.

Ambas exigen el acuerdo expreso, pero aceptan el acuerdo tácito «evidente» o «manifiesto». Ambas permiten que el acuerdo sea sobre la totalidad o una parte del contrato.

Tanto la Convención de Méjico como la Convención de La Haya permiten que las partes puedan acordar en cualquier momento el sometimiento de todo o parte del contrato a un Derecho distinto de aquel por el cual se regía anteriormente, haya sido este elegido o no por las partes, sin que esto afecte la validez formal del contrato original ni derechos de terceros.

Las disposiciones de las convenciones que analizamos se diferencian en los casos en que las partes no eligieron el Derecho aplicable.

El artículo 8 de la Convención de La Haya impone la ley del Estado en el cual tenga su establecimiento el vendedor al momento de celebrarse el contrato. La Convención Interamericana de Méjico, en cambio, impone el Derecho del Estado con el cual el contrato tenga los vínculos más estrechos.

Este Derecho más vinculado al contrato le es aplicable según la Convención de La Haya, sólo a modo **excepcional** «y cuando a la luz de un conjunto de circunstancias, por ejemplo una relación comercial existente entre las partes, las vinculaciones con esa otra ley son manifiestamente más estrechas que con la ley del establecimiento del vendedor o del comprador» (artículo 8, acápite 3).

La Convención de Méjico descartó pues el criterio o factor de conexión del lugar de establecimiento del vendedor o del comprador preferido por la Convención de La Haya.

Los delegados de los Estados miembros de la OEA optaron por otorgarle al juzgador amplia libertad para determinar según su criterio dónde se encuentran los vínculos más estrechos y regular el contrato por la ley de ese lugar (artículo 9).

La nueva Convención Interamericana sobre Ley Aplicable a los Contratos Internacionales de 1994, propugnada por la Organización de Estados Americanos, se acerca así a las soluciones que promueve la moderna regulación del arbitraje comercial internacional, y otorga a la *lex mercatoria* la validez de fuente legal.

2. LEYES UNIFORMES Y LEYES MODELOS SOBRE LA CONTRATACION INTERNACIONAL

Si todos los Estados tuviesen idénticas normas sustantivas que resuelvan los problemas de fondo de la contratación internacional, no habría conflicto de leyes y no existiría el dilema de la «ley aplicable al contrato internacional».

Estas normas sustantivas especiales existen en cierta medida, plasmadas en leyes uniformes, leyes modelos, reglamentos internacionales, con aspiraciones de vigencia universal al ser adoptados como propios por todos los países.

Entre las leyes uniformes cabe destacar, a estos efectos, la Ley Uniforme sobre la Formación de los Contratos para la Venta Internacional de Mercaderías (LUFC) y la Ley Uniforme para la Venta Internacional de Mercaderías (LUCI), ambas aprobadas por la Conferencia de La Haya de 1964.

En América se intentó la uniformidad bajo los auspicios de la Unión Panamericana. La VII Conferencia Internacional Americana (Lima, 1938) creó una «Comisión Permanente de Juristas encargada de estudiar y preparar la unificación de las leyes civiles y mercantiles de América», pero nada práctico se obtuvo[6].

[6] Más éxito tuvieron los esfuerzos europeos de la Sociedad de las Naciones y del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

La solución, aunque buena en teoría, dista mucho de lograrse, pues las diferencias de tradición, realidad y proyecciones de tipo político, religioso, económico, etc. de los países obstaculizan la adopción universal de estas leyes.

En realidad, son pocos los países latinoamericanos que han adoptado leyes uniformes y leyes modelos. Por otro lado, son pocas las materias que dichas leyes abarcan. Queda, pues, un número muy grande de relaciones contractuales internacionales sin regulación uniforme universal.

Como podemos ver, la llamada *lex mercatoria* tiene una mayor aceptación, dado que los usos y costumbres establecidos en la práctica comercial son considerados fuentes ancilares de Derecho en la mayoría de países latinoamericanos.

3. AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y LEY APLICABLE AL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN LATINOAMERICA

Seleccionar libérrimamente las normas jurídicas aplicables al fondo del litigio sometido a arbitraje equivale a crear Derecho y a elegir jueces.

Crear Derecho y elegir jueces fueron tradicionalmente prerrogativas reservadas al Estado, quien debía adecuarse, además, a los cauces establecidos por la Constitución.

Los países latinoamericanos han demostrado interés en la regulación convencional del Arbitraje Internacional (ver cuadros), ya sea como protagonistas o copartícipes en Congresos y Conferencias y ratificando Tratados y Convenciones de la región y del mundo.

A pesar de todo, no puede afirmarse que el arbitraje internacional es sólido y próspero en Latinoamérica: «no obstante tantos instrumentos de Derecho Internacional suscritos y/o ratificados por los países sigue pesando, en un buen número de ellos, el arraigado concepto de la "soberanía nacional" que, en últimas, ha determinado con frecuencia la "inaplicabilidad de los tratados existentes" en un malabar jurídico que no puede ser fácilmente entendido»[7].

Pero soplan aires nuevos, a favor de la *lex mercatoria* y con el fundamento de la libertad autónoma del hombre, como ciudadano del mundo.

3.1. Textos de Derecho convencional

3.1.1. Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo, 1889

De acuerdo con el artículo 1, «Los juicios y sus incidentes, cualquiera que sea su naturaleza, se tramitarán con arreglo a la ley de procedimientos de la nación en cuyo territorio se promuevan».

El artículo 2 establece que «Las pruebas se admitirán según la ley a que esté sujeto el acto jurídico materia del proceso».

El artículo 5 recoge los requisitos que debe cumplir la sentencia o el fallo arbitral para tener fuerza en los otros países signatarios. La autoridad de cosa juzgada es regida por la ley del Estado donde el fallo fue expedido. La sentencia o fallo arbitral no debe oponerse a las leyes de orden público del país de su ejecución.

3.1.2. Código de Bustamante o Tratado de La Habana

Los artículos 210 y 211 establecen que las disposiciones que prohiben transigir o sujetar a compromiso determinadas materias son territoriales. La extensión y efectos del compromiso y la autoridad de cosa juzgada de la transacción también dependen de la ley territorial.

3.1.3. Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo, 1940

La calidad de cosa juzgada es regida por la ley del Estado donde se expidió la sentencia o el laudo arbitral. Estos no deben oponerse al orden público del país de la ejecución (artículo 5, incisos h y d). El procedimiento es disciplinado por la ley local.

3.1.4. Convenio sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 1958

Escapa al ámbito de este trabajo el análisis de la Convención de Nueva York. Pero ante la circunstancia de su importante aceptación en la región latinoamericana, dejamos constancia de los países que la ratificaron.

El Convenio de Nueva York ha tenido acogida entre los países latinoamericanos. Ha sido ratificado

[7] CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACION MERCANTILES DE LA CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA. *Panorama y Perspectivas de la Legislación Iberoamericana sobre Arbitraje Comercial*. Bogotá, 1993. p. 191

por Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Méjico, Panamá, Perú y Uruguay.

Si bien sólo se refiere al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, varias causales de denegación de tal reconocimiento y ejecución tienen que ver con las leyes que se aplicaron al arbitraje que produjo esa sentencia.

3.1.5. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI)

El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, de 1965, ha sido ratificado por varios países latinoamericanos: Argentina, Chile, Ecuador, El Salvador, Honduras, Paraguay y recientemente por el Perú.

El artículo 37 permite que las partes decidan la forma del nombramiento y el número de los árbitros y, en su defecto, se aplica lo dispuesto por el Convenio.

Según el artículo 42, **las partes acuerdan las normas de Derecho aplicables a la controversia**. En su defecto, el tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la controversia, incluyendo sus normas de Derecho Internacional Privado, y aquellas normas de Derecho Internacional que pudieren ser aplicables.

El artículo 44 establece que el **procedimiento** de arbitraje se tramita según lo dispuesto en la Sección 3 del mismo Convenio y salvo acuerdo en contrario de las partes, de conformidad con las Reglas de Arbitraje vigentes a la fecha en que las partes prestaron su consentimiento al arbitraje: cualquier cuestión de procedimiento no prevista en esa sección, en las Reglas de Arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por el tribunal.

En conclusión, las partes deciden la forma de nombramiento y el número de árbitros; las normas aplicables al fondo del litigio (en su defecto, se aplica la ley del Estado parte del litigio, incluyendo sus normas de conflicto) y, por otro lado, el procedimiento se rige por el Convenio, el acuerdo de las partes y las Reglas de Arbitraje.

3.1.6. Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, Panamá, 1975

La Convención Interamericana de Panamá de 1975 sobre Arbitraje Comercial Internacional se refiere a diferencias que pudiesen surgir o hayan surgido entre las partes con relación a un negocio mercantil (artículo 1). Ha sido ratificada por Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

La ley aplicable al **procedimiento** es la que señalan las partes de modo expreso. En su defecto se aplicarán las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (artículo 3).

El inciso 1 a) del artículo 5 expresa que puede denegarse el reconocimiento y la ejecución del laudo si se prueba que las partes en el acuerdo estaban sujetas a **alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable**, o que dicho **acuerdo no es válido** en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere indicado a este respecto, en virtud de la ley del Estado en que se haya dictado sentencia.

El inciso 1 c) del mismo artículo permite la denegación del reconocimiento si la sentencia arbitral no es aun obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del Estado en que, o conforme a cuya ley, haya sido dictada esa sentencia.

El inciso 1 d) permite la denegación del reconocimiento del laudo arbitral si la constitución del tribunal o el procedimiento no se hubieren ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o en defecto de tal acuerdo, no se hayan ajustado a la ley del Estado donde se haya efectuado el arbitraje.

La arbitrabilidad de la materia se rige también por la ley del lugar del reconocimiento y ejecución del laudo. El inciso 2 a) del artículo 5 de la Convención admite la denegación del reconocimiento y ejecución si el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje o contraria al orden público del Estado ante el cual se pide el reconocimiento y ejecución.

Tenemos, entonces, que según la Convención de Panamá de 1975 las partes deciden: la forma del nombramiento de los árbitros; el procedimiento a seguir (si no lo hacen, rige el Reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje); la ley aplicable a la validez del acuerdo (si no eligieron, se aplica la del Estado donde se dicta la sentencia arbitral).

Por otro lado, la misma Convención señala determinados aspectos no sometidos a la voluntad de

las partes. Así, la capacidad de las partes, que se rige por la ley que les es aplicable; la validez del laudo en cuanto cosa juzgada, que es regida por la ley del Estado en que se dictó y por la ley del Estado cuya ley se aplicó; la validez del laudo en cuanto materia arbitrable y al orden público, que se disciplina por la ley del Estado donde se pretende el reconocimiento y la ejecución del mismo.

3.1.7. Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial

Al decir del profesor Ulises Montoya, esta institución ha desempeñado una actividad importante en el desarrollo del arbitraje en América Latina en las últimas décadas. La V Conferencia Internacional Americana celebrada en Santiago de Chile en 1923, resolvió «Que con el fin de establecer relaciones más cercanas entre las asociaciones comerciales de las Américas enteramente independientes del control oficial, se establezca una Agencia Comercial Interamericana para efectos de que represente los intereses comerciales de todas las Repúblicas y para que asuma, como una de sus funciones más importantes, la responsabilidad de establecer un sistema Interamericano de Arbitraje».

La Unión Panamericana solicitó de la Asociación Americana de Arbitraje y de la Comisión de Comercio del Consejo Interamericano para las relaciones Interamericanas, el establecimiento de dicho sistema hemisférico de arbitraje. La Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial inició su existencia en 1934.

La Comisión alcanza un reconocimiento de carácter internacional al ser mencionada en forma expresa en el artículo 3 de la Convención de Panamá[8].

3.1.8. Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, Montevideo, 1979

Se aplica esta Convención Interamericana a los laudos arbitrales en procesos civiles, comerciales o laborales dictados en uno de los Estados Parte. También podrá aplicarse a resoluciones que terminen el proceso, a las dictadas por autoridades que ejerzan función jurisdiccional y a las sentencias penales en cuanto indemnización de perjuicios derivados del delito (artículo 1).

Lo dispuesto en esta Convención tiene carácter subsidiario a lo dispuesto en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, suscrita en Panamá en 1975, respecto a laudos arbitrales.

Los laudos arbitrales extranjeros tendrán eficacia extraterritorial en los Estados Partes si reúnen las condiciones del artículo 2. Según dicho artículo:

- Las formalidades externas para la autenticidad del laudo se rigen por la ley del lugar de donde proceden.

- La legalización del laudo se rige por la ley del Estado donde debe surtir efecto.

- La competencia en la esfera internacional del tribunal arbitral se sujeta a la ley del Estado donde debe surtir efecto el laudo.

- La notificación o emplazamiento debe ser hecho de modo «sustancialmente equivalente» a la aceptada por la ley del Estado donde el laudo debe tener efecto.

- El carácter de cosa juzgada se rige por la ley del Estado donde fue dictado el laudo.

- El laudo no debe contrariar los principios y las leyes de orden público del lugar donde se pide el reconocimiento y la ejecución.

- Según el artículo 6 los procedimientos para asegurar la eficacia al laudo arbitral se regulan por la ley del Estado en que se solicita su cumplimiento.

Como se ve, la Convención de Montevideo de 1979 establece la ley que ha de aplicarse a diferentes aspectos del arbitraje.

3.1.9. Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA)

Entre los Estados latinoamericanos, han ratificado el MIGA Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Paraguay y Perú.

El artículo 4 e) del Anexo II señala que a menos que las partes o el Anexo II dispongan otra cosa, el tribunal determinará su **forma de proceder** y se guiará por las normas de arbitraje adoptadas de conformidad al Convenio sobre Arreglo de Dife-

[8] MONTOYA, Ulises. *El Arbitraje Comercial*. Cultural Cusco, Lima, 1988. p. 217 ss.

rencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados.

El mismo artículo 4 en su inciso g) dispone que «En cualquier diferencia comprendida dentro del alcance de este Anexo, el Tribunal aplicará las **disposiciones de este Convenio, las de cualquier acuerdo pertinente celebrado entre las partes en la diferencia,** las de los estatutos y reglamentos del Organismo, las normas aplicables de Derecho Internacional, el Derecho interno del miembro de que se trate. El Tribunal puede decidir una diferencia *ex aequo et bono* si el Organismo y el miembro interesado así lo convinieren. El Tribunal no dará el veredicto de *nonliquet* basado en el silencio u obscuridad de la ley».

3.1.10. Ley Tipo de Arbitraje para los Países Hispano-Luso-Americanos de 1981

Esta ley regula los arbitrajes de Derecho Privado establecidos mediante convenio cuyos laudos se dicten en territorio nacional, y la eficacia en el Estado de los laudos arbitrales extranjeros o internacionales, dejando a salvo lo que establezcan los Tratados internacionales.

No tiene referencia expresa a la ley aplicable al fondo del litigio. Respecto al procedimiento arbitral, las partes pueden elegirlo (artículo 16).

La arbitrabilidad de la materia sometida a arbitraje se rige por la ley del país donde se pide el reconocimiento y ejecución del laudo, al igual que la imperatividad de las normas (artículo 38).

3.1.11. Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985

La Ley Modelo ha tenido hasta el momento poca acogida en América Latina. No sabemos de otro país, salvo el Perú, que a la fecha la haya adoptado.

La Ley Modelo en su artículo 1 inciso 5) cede la **determinación de las materias arbitrables** a la ley local, congruentemente, el artículo 36 permite denegar el reconocimiento del laudo si el objeto no es susceptible de arbitraje según la ley local.

En lo que atañe a la ley aplicable al fondo del asunto, la Ley Modelo sugiere el texto siguiente en su artículo 28:

«Normas aplicables al fondo del litigio:

1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de Derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del Derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere a menos que se exprese lo contrario, al Derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.

2) Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.

3) El tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así.

4) En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso».

El Perú, en el Título II, artículo 103 de su nueva Ley General de Arbitraje (1993), sigue lo previsto en la ley de UNCITRAL.

En la Ley Modelo, la voluntad concordante de las partes decide la ley aplicable a la validez del acuerdo arbitral, a la composición del tribunal arbitral, al procedimiento y al fondo del litigio, disposiciones que hace suyas la Ley General de Arbitraje peruana de 1993.

3.2. Panorama actual y consideraciones doctrinarias

En verdad, no todos los Estados latinoamericanos reconocen actualmente a sus súbditos la misma amplitud de libertad contractual respecto al sometimiento a arbitraje y a la elección del Derecho que más convenga a sus particulares intereses.

¿Por qué unos comerciantes pueden -y otros no- seleccionar la ley del contrato? ¿Por qué algunos Estados les imponen una ley y otros les permiten escogerla o crearla? ¿Por qué ciertos contratos pueden estar sujetos a arbitraje en algunos países y no en otros?

Tanto en la última Convención Interamericana sobre la Ley Aplicable al Contrato Internacional (México, 1994) y en la más moderna doctrina latinoamericana, sin embargo, ya se viene reconociendo que a las partes de todos los contratos internacionales de la misma clase, debe permitírsele, no sólo respecto a las materias que pueden ser sometidas a arbitraje, sino también respecto a elegir y crear las normas jurídicas que mejor se ajusten a sus intereses.

Esta tendencia refleja el famoso postulado de Hegel: la historia del mundo no es otra que el progreso de la conciencia de libertad, que no alcanzará su clímax hasta que la libertad no esté universalmente desarrollada.

La libertad, porque es parte de la naturaleza humana. El significado de «libertad» como libre elección o libre voluntad envuelve la relación del individuo con el Estado o con los demás individuos; la libertad es un derecho inherente, un derecho *innato e inalienable del ser humano.*

La libertad individual sólo debe ser constreñida por el orden público, porque como Locke dijo, el fin del Derecho no es abolir o restringir, sino preservar y acrecentar la libertad individual.

Stuart Mill escribió que la única libertad que merece el nombre es aquella que persigue nuestro propio bien en nuestra propia manera, mientras no intentemos privar a otros de la suya, o impedir sus esfuerzos para obtenerla, para que en proporción del desarrollo de su individualidad, cada persona se convierta en más valiosa para sí misma, y sea entonces capaz de ser más valiosa para los demás.

Por ello, el corolario es que debe uniformarse el desigual alcance en la autonomía de la voluntad reconocida por los distintos Estados a los comerciantes del mundo. Hemos dicho «reconocida» por los Estados y no «concedida» por ellos porque en la realidad, los comerciantes de hoy no necesitan de autorización o permisos estatales para celebrar y llevar a cabo transacciones válidas y justas en el ámbito internacional. La *lex mercatoria* que ellos van creando, les es eficiente y suficiente. Sólo cuando surge la desavenencia y se requiere ejecución forzosa de la decisión arbitral, es que precisan ese reconocimiento estatal a la autonomía de la voluntad individual.

Recién requieren entonces de la aprobación y de la cooperación judicial de algún Estado. Este impondría su criterio respecto a qué materias pueden ser sometidas a arbitraje, al poder de las partes para elegir la ley aplicable al contrato y respecto al orden público. El laudo no se reconocerá o ejecutará si no está de acuerdo con estos criterios estatales. La «autonomía de la voluntad de las partes» puede volverse ineficaz e inútil.

Es por ello que el profesor argentino Antonio *Boggiano expresó ante la OEA (al preparar el Pro*yecto de Convención sobre Ley Aplicable al Contrato Internacional de 1994) que el problema de la ley aplicable no podía resolverse si la cuestión de la jurisdicción internacional no es resuelta. El planteó contactos mínimos requeridos para la elección del foro contractual y la necesidad de «Acuerdos Interjurisdiccionales» entre los Estados latinoamericanos: «Los tribunales de los Estados contratantes podrán celebrar reuniones para establecer acuerdos sobre sus competencias, la cooperación procesal entre ellos y sobre la solución de fondo o la elección del Derecho aplicable a las acciones derivadas de contratos internacionales».

La conciencia de los Estados del mundo -y no sólo de una región- acerca de la libertad, como característica innata del hombre, la globalización del mundo, y las necesidades de progreso los llevan a convocar congresos y conferencias para solucionar de manera uniforme las interrelaciones entre los Estados soberanos y el hombre como ciudadano del mundo.

En noviembre de 1994 se llevará a cabo en la ciudad de Viena, un Congreso auspiciado por el International Council of Commercial Arbitration con esa finalidad. Especialistas de todas las regiones del mundo preparan sus informes y trabajos para uniformar el régimen jurídico del contrato sometido a arbitraje internacional.

Por días, semanas o meses... Conéctese con CELU RENT

¡La solución a sus necesidades de comunicación!.



Si usted:

Se va de fin de semana a Chosica.

Realiza una gira de inspección.

Está de campamento.

O si:

Recibe a un cliente del extranjero.

Llega un amigo muy querido.

Alquile su CPT CELULAR
por el tiempo que lo necesite.
Puede ser un día,
una semana o un mes.

Usted decide.



CPT CELULAR

TECNOLOGÍA DE LA ERA DIGITAL

Av. Javier Prado Oeste 1890 - San Isidro
Ventas: 21-2223 Fax: 42-4244

Celuventa 38-8484
Atención 24 horas.

LA LEGISLACION ANTIMONOPOLICA Y EL MITO DEL MURO DE BERLIN

Alfredo Bullard Gonzales
Profesor de Derecho Civil y Análisis Económico del Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú

El presente artículo trata sobre la necesidad de una legislación antimonopólica para preservar la existencia del sistema de mercado y lograr el bienestar de los consumidores. Dicha legislación debe cuidarse de caer en la tentación de ser intervencionista, pues de lo contrario puede convertirse en un factor de destrucción de la libre competencia, antes que de su destino.

El autor sugiere que en el diseño del sistema de control de prácticas monopólicas y restrictivas de la libre competencia deben evaluarse cuidadosamente sus efectos en los mecanismos de mercado, las distorsiones en el sistema de precios y los costos administrativos en los que deben incurrir las entidades encargadas de su aplicación.

1. INTRODUCCION

Hemos sido testigos en los últimos años de la caída estrepitosa de los modelos intervencionistas y estatistas. El símbolo es la caída del muro de Berlín, monumento a la incompetencia de los estados socialistas.

El muro fue por años el signo visible de la división del mundo. Unos nos hablaban de la existencia de libertad frente a la ausencia de ella. Otros nos hablaban de la solidaridad frente al egoísmo capitalista. Ambos sistemas se reclamaban democráticos. Ambos se reclamaban justos.

Los cimientos del muro fueron construidos bajo la (errada) convicción de que los individuos no son los mejores para decidir qué es bueno para ellos. Y esto se expresaba incluso en pensar que quienes querían salir del «paraíso» socialista no sabían qué estaban haciendo, o estaban locos o eran unos ignorantes. Entonces el Estado tenía la facultad de construir una pared que detuviera a esos «irracionales» que no sabían decidir correctamente. Al otro lado del muro, el Estado decidía todo: qué consumir, cómo consumir y a qué precios, qué creer, a quién admirar, en qué trabajar, etc.

Finalmente, el muro cayó y con él las bases conceptuales y fácticas de un modelo que sólo supo acumular fracasos. Y dicha caída fue inspirada, antes que por la convicción de que el sistema liberal y capitalista era perfecto, por la convicción de la absoluta imperfección del modelo de economía dirigida. El mérito del sistema triunfante no radica en su ausencia de defectos (que sin duda los tiene), sino en el mar de defectos de su contraparte.

Hoy existe un consenso sobre el fracaso de las experiencias históricas del socialismo. Los aún socialistas sostienen que ello no se debe a los conceptos que inspiran su ideología, sino a los errores en su puesta en práctica. Pero es un hecho que ni los más radicales defienden seriamente el régimen caído con el muro.

La constatación más evidente que se deriva del derrumbe de los modelos intervencionistas es la incapacidad del Estado para hacer prácticamente cualquier cosa. Y ello es un fundamento conceptual. El Estado es una estructura incapaz de crear y responder a incentivos para desarrollar una actividad eficiente. Parecería que es el sector privado el que siempre puede hacer todo mejor. Sin embargo, hay algunas cosas que, aunque el Estado haga mal, debe seguir haciendo: la seguridad interna y externa, la provisión de bienes públicos, la emisión de moneda, la persecución penal de los delincuentes, la solución de conflictos entre particulares que no han encontrado un mecanismo alternativo, son algunos ejemplos. Hoy día, sin embargo, hacer esta lista es cada vez más difícil. Día a día son más las cosas que dejamos de lado como «inherentemente estatales» e incluso muchos de los ítems señalados están bajo una inmensa sombra de duda.

Un área en la que estas dudas son monumentales (casi tanto como el muro caído) es la regulación antimonopólica. ¿Debe el Estado intervenir para perseguir y sancionar los monopolios? ¿O sólo debe sancionar ciertas prácticas desarrolladas por ellos? ¿No puede acaso el mercado solucionar estos problemas de mejor manera? ¿No sería mejor olvidarnos de esta función del Estado? En otras palabras: ¿debe la caída del muro de Berlín arrastrar tras de sí este rol del Estado, dejando a los mecanismos de mercado en total libertad para crear y destruir los monopolios?

Históricamente, las regulaciones antimonopólicas han sido una suerte de pariente cercano del intervencionismo estatal. Es más: gran parte del discurso ideológico del socialismo se ha basado en la necesidad de destruir los monopolios privados, que son una suerte de «creación natural» del sistema de mercado. Por ello, muchas legislaciones y la jurisprudencia de diversos países han considerado que las regulaciones antimonopólicas son un mecanismo para destruir a las empresas demasiado grandes. Ello llevaba a considerar que era el Estado el que mejor podía decidir cuál era el tamaño óptimo de una empresa y que en consecuencia el mercado era incapaz de llevar a cabo esta misión.

El gran problema con esta aproximación es que aquello que llamamos «tamaño» suele ser el nombre lego que le damos a un concepto más técnico: el de eficiencia. Las empresas crecen normalmente cuando son más eficientes que sus competidores y no pueden mantener su tamaño cuando se tornan más ineficientes. El Estado debía entonces discriminar entre situaciones en que el tamaño obedecía a la eficiencia de la empresa y las extrañas excepciones en que ello no era así, labor prácticamente imposible.

Lo que hemos dicho no difiere, en su esencia, del intervencionismo estatal en las concepciones de economías centralistas y socialistas. Pero además, esta posición ideológica generaba una antinomia en su interior: al destruir a las empresas grandes, aumentaba su propia intervención en la actividad económica. Y normalmente dicha intervención tenía carácter monopólico, principalmente mediante la reserva en favor del Estado de determinadas actividades o sectores calificados de las más diversas maneras (sectores estratégicos, actividad inherente al Estado, servicios básicos, bienes de primera necesidad, etc.). Sin embargo, si el monopolio privado puede ser malo, el estatal es peor, pues carece por completo de los incentivos que el sector privado sí tiene para un comportamiento eficiente.

Las similitudes que pueden llegar a existir entre el sistema socialista y las regulaciones antimonopólicas son temibles. Si a ello agregamos que frente a la caída del modelo intervencionista, sus escasos y fieles seguidores tratan de ubicarse precisamente en áreas como las regulaciones antimonopólicas, Derecho Ambiental o Protección al Consumidor, que aún mantienen un aceptado grado de intervención estatal[1], descubriremos los riesgos a los que estamos expuestos.

No queremos sin embargo decir que no debe existir algún grado de intervención del Estado, pero éste debe ser totalmente residual, referido a

[1] Por ejemplo, cuando se discutía la nueva Ley Antimonopolios, un socialista radical como Javier Diez Canseco mostró un inusitado interés sobre el tema, proponiendo medidas tan absurdas como que toda empresa con una participación superior al 15% del mercado debía ser dividida. Lo más curioso es que para ello citaba el caso de las regulaciones antimonopólicas de los EE.UU., que nunca han tenido norma semejante.

situaciones groseramente ineficientes. Trazar dicha línea es sumamente difícil, mucho más que construir nuevamente el muro de Berlín. Pretendemos en el presente artículo definir algunos principios que pueden ser útiles para encontrar dicha línea.

2. ¿CUAL ES EL ENFOQUE CORRECTO?

En el Perú, la Ley Antimonopolios es el Decreto Legislativo N° 701. No trataremos en el presente artículo de hacer un análisis detallado de ella y de su articulado, sino de establecer principios generales aplicables a cualquier realidad.

Un primer punto se refiere al enfoque que debe utilizarse para formular y aplicar una ley antimonopolios. Nunca debe dirigirse a atacar los monopolios en sí mismos, sino las prácticas monopólicas. Esta es la tendencia que, en distintos grados y con algunas excepciones, se sigue en la legislación europea y la que ha venido adoptando en los últimos tiempos la jurisprudencia norteamericana.

Dentro de un mercado se produce un monopolio (o un oligopolio, monopsonio u oligopsonio)[2] cuando se cumple una serie de condiciones. Estas condiciones son las siguientes:

a. Número de ofertantes en el mercado

En primer lugar, no debe existir el número suficiente de ofertantes o demandantes en el mercado como para impedir que alguno (o algunos) puedan influir de manera determinante en el proceso de formación de precios. Así, en el caso del monopolio, la empresa se encuentra en una posición que le permite restringir la producción, creando un desbalance entre la demanda real en el mercado, dado el costo marginal de producción del producto[3], y la oferta. Lo que hace es generar una escasez artificial de bienes.

Normalmente, el precio tiende a elevarse en tanto un bien o servicio se torna más escaso. El problema con el monopolio es que el proveedor de dicho bien o servicio, por su participación en el mercado, está en capacidad de generar él mismo la escasez. Ello tiende a elevar el precio a un nivel en el que el monopolista maximiza su utilidad (precio monopolístico), y que se encuentra por encima del precio de equilibrio que resultaría si el mercado fuera competitivo[4]. Esta restricción en la producción reduce las opciones de los consumidores y los obliga a pagar precios más altos, generando una asignación ineficiente de recursos. Esta posibilidad de afectar el precio o las condiciones del mercado es lo que se conoce como la «posición de dominio en el mercado».

El problema con el monopolio (o sus parientes el oligopolio, el monopsonio y el oligopsonio) no radica tanto en el precio superior que tienen que pagar los consumidores, sino en la restricción de la producción. Si bien el precio y la escasez son las dos caras de una moneda, la elevación del precio en sí mismo sólo genera un efecto redistributivo, es decir tendremos proveedores más ricos y consumidores más pobres, pero ello es un problema de justicia social, no de eficiencia. El problema real es la restricción en la producción. Como el monopolista produce menos, satisface a menos consumidores haciéndole perder bienestar a la sociedad.

Es deseable que aquellos consumidores que valorizan el bien por encima de su costo lo adquieran, pues de esta manera tendremos una asignación de recursos a usos más valiosos. Si al productor le cuesta S/. 100.00 producir un bien, y el consumidor lo valoriza en S/. 105.00, es deseable que se transfiera, generando así una ganancia social de S/. 5.00. El mercado de competencia genera la tendencia a que el precio de los bienes iguale su costo, pues los competidores, por ganar más ventas, irán reduciendo el precio hasta llegar al piso, es decir el costo marginal. Debajo de él se vende a pérdida, y quien vende continuamente a pérdida saldrá del mercado en el mediano o largo plazo.

[2] Se entiende por oligopolio la existencia de pocos ofertantes de un bien o servicio. Un monopsonio implica la existencia de un solo demandante o consumidor, a diferencia del monopolio, que se refiere a un solo ofertante o proveedor. Finalmente, un oligopsonio se da cuando existen muy pocos demandantes o consumidores de un bien o servicio.

[3] El costo marginal es el monto que cuesta producir una unidad adicional de un producto. Así, si el costo total de producir cinco unidades es S/. 100 y el de producir seis unidades es S/. 115, el costo marginal de la sexta unidad es de S/. 15. Como veremos más adelante el concepto de costo marginal es central pues en un mercado competitivo el precio de equilibrio debe ser igual al costo marginal. El problema del monopolio es que el monopolista, en base a la concentración de poder económico, está en la capacidad de fijar un precio por encima del costo marginal, lo que produce una mala distribución de recursos en perjuicio de los consumidores y, en general, de la sociedad en su conjunto.

4 Si el mercado fuese uno de competencia perfecta, el precio tendería a ser igual al costo marginal.

Cuando el monopolista ejerce su poder de mercado, puede, por la vía de la restricción en la producción, fijar un precio superior al costo de producción (costo marginal) y por dicha vía obtener ganancias monopolísticas. Sin embargo, al subir el precio a, por ejemplo, S/. 150.00 (a pesar de que el bien sólo le cuesta S/. 100.00), está alejando del consumo del bien a los consumidores que, por ejemplo, sólo valorizan en S/. 105.00 el mismo. Estos ya no lo comprarán, a pesar de que la transferencia sería en términos económicos, eficiente.

b. Barreras de entrada al mercado

Una segunda condición es que existan barreras que impidan la libre entrada de competidores al mercado. El mayor enemigo del monopolio es precisamente la competencia. Al poder el monopolista fijar el precio monopolístico, está obteniendo una utilidad superior a la que obtendría en un mercado competitivo. Pero si los recursos en una sociedad pueden moverse de manera flexible, las ganancias monopolísticas crearán incentivos a otros productores para entrar en el mismo mercado. Se importarán los mismos bienes o se instalarán nuevas fábricas. Esta entrada de producto irá paulatinamente aumentando la cantidad ofertada hasta que se llegue a una situación en que la oferta responda a la demanda. Todo este proceso conduce a una reducción del precio monopolístico hacia el precio de competencia, y que, en términos económicos, debe ser igual al costo de producción o costo marginal. En este sentido, el propio monopolio lleva a su propia autodestrucción a través de los incentivos que crea para la entrada de nuevos ofertantes.

La apertura de un mercado, la liberalización de la economía, la reducción de los costos para formar empresas, la desaparición de medidas paraarancelarias, etc., son mecanismos inmensamente más efectivos para acabar monopolios que la más sofisticada legislación antimonopólica. Además, generan mecanismos mucho más efectivos para discriminar entre monopolios buenos y monopolios malos.

Si existen barreras que limiten la entrada de nuevos productores, el monopolio subsistirá. Estas barreras pueden ser de distintos tipos: la propia estructura del mercado (monopolios naturales), la regulación estatal, o las prácticas monopólicas o restrictivas de la competencia por parte de las empresas. Estas últimas conforman el área de acción de una legislación protectora de la competencia. Sin embargo, se han tejido mitos absurdos sobre la naturaleza de estas barreras creadas por prácticas de las empresas. En realidad, sólo en circunstancias muy excepcionales pueden darse prácticas de empresas que constituyan una auténtica barrera de acceso al mercado por parte de competidores.

Muchas veces se considera como una barrera artificial la mejor capacidad para competir de una empresa. Sin duda, la eficiencia de un productor puede ser la mayor barrera de acceso a un mercado, pues ella hace difícil que los consumidores cambien sus preferencias por los nuevos productos. Ello, lejos de ser negativo, es la mayor virtud del mercado: permitir que alguien triunfe, incluso a costa de quebrar a sus competidores. Es por ello por lo que no se debe atacar el monopolio en sí mismo. El tamaño de una empresa puede ser una expresión de su mayor eficiencia, lo que es finalmente un objetivo deseable.

c. Inexistencia de bienes sustitutos adecuados

Una tercera condición es que los productos en el mercado monopolístico no tengan sustitutos adecuados, de manera que prácticamente la única opción del consumidor está entre consumir o no consumir el bien, sin poder recurrir a un sustituto para satisfacer sus necesidades.

Dentro de este contexto, el efecto del monopolio se da en la reducción de las posibilidades de elección de los consumidores, quienes se ven obligados a pagar un precio superior al que determinaría la libre competencia por un producto dado, o simplemente se ven obligados a dejar de consumirlo. Por lo tanto, toda legislación dirigida a combatir el monopolio debe orientarse desde el lado de los beneficios que el consumidor pierde al ver restringida su libertad de elección.

Debe quedar muy claro que el objetivo de la legislación antimonopolios no es proteger a las empresas chicas ni destruir a las empresas grandes. Al destruir empresas grandes podríamos estar destruyendo la eficiencia derivada de una economía de escala, y ello, sin perjuicio de beneficiar a los competidores de la empresa, daña a los consumidores.

Desde la perspectiva del consumidor, no siempre el monopolio es malo. En los casos que se conocen como «monopolios naturales», el consumidor puede recibir un beneficio de la existencia de un solo ofertante en el mercado.

Frente a las dimensiones de la demanda en un mercado dado, puede ser que la existencia de una sola empresa sea necesaria para minimizar los

costos de producción y, por consiguiente, el precio. Ello es especialmente cierto en industrias (como la producción de energía eléctrica o los teléfonos) donde los costos fijos son desproporcionalmente altos en relación a los costos variables. A fin de poder alcanzar economías de escala que minimicen los costos, es necesario que existan pocas empresas o quizás una sola. El monopolio natural, cuando es lo más eficiente, es consecuencia de la propia competencia, pues aquella empresa que pueda minimizar sus costos podrá reducir sus precios y así quedar sola en el mercado. Esto la hace más competitiva y paulatinamente la propia competencia irá eliminando a las empresas cuyas dimensiones y escala de producción resultan ineficientes en un mercado dado.

Dentro del marco que venimos analizando, es sumamente difícil identificar cuándo un monopolio se forma porque la empresa es capaz de minimizar los costos de producción frente a sus competidores o es consecuencia de alguna barrera artificial que impide la entrada de otros competidores al mercado. Esto se debe al excesivo costo administrativo (para el aparato estatal) que puede implicar determinar el origen y eficiencia del monopolio. En consecuencia, no se puede establecer claramente cuáles monopolios son eficientes y cuáles no. Sin embargo, es muy difícil que una empresa esté realmente en capacidad de crear barreras suficientemente efectivas como para mantener su monopolio artificialmente. Muchas veces se ha pensado que prácticas como inversión de capital, integración vertical, inversión en publicidad u otros casos similares son barreras cuestionables de entrada al mercado de competidores y por tanto deben ser sancionadas. Ello no es así. Todos esos casos son expresiones de una mayor eficiencia productiva. Sin duda, cuanto más eficiente sea una empresa, mejor se posicionará en el mercado. Cuanto mejor se posicione será más difícil que entren competidores. Pero de ello no se puede derivar que se esté creando una barrera ilícita. Es más difícil competir contra empresas eficientes. Ello dificulta la entrada de nuevas empresas. Pero dicha dificultad es deseable y es precisamente la base misma de todo el sistema de mercado, pues para mantenerla la empresa tiene que realizar inversiones que favorecen al consumidor.

Las últimas experiencias (caída del muro incluida) han llegado a determinar que la propia competencia es un mecanismo más efectivo para discriminar los monopolios buenos de los malos, porque en un sistema de competencia pura es el propio mercado el que elimina los monopolios ineficientes y autogenera los monopolios eficientes.

Los costos administrativos que enfrentan los aparatos estatales para discriminar monopolios convenientes de monopolios inconvenientes se derivan, principalmente, de la dificultad de identificar el costo marginal de producción de un bien o servicio. Si asumimos que en un sistema de mercado perfecto el precio será determinado por el costo marginal, para establecer que existe algún grado de monopolio y que éste está afectando a los consumidores, bastaría determinar cuál es el costo marginal de producción y ver si el precio que se cobra está o no por encima de dicho costo. El problema es que la determinación del costo marginal es algo sumamente complejo, dada la cantidad de variables involucradas. El costo marginal no es un costo que se refleje contablemente. Es un costo económico. Si se produce una inundación que destruye una carretera, ello puede afectar el costo marginal del arroz. Si sube el precio de la gaseosa, puede afectarse el costo marginal de la cerveza. Una huelga de ferrocarriles puede llevar a variaciones del costo marginal de los minerales. En un mundo complejo e interrelacionado como el nuestro, hasta una derrota de la selección en un mundial de fútbol puede afectar el costo marginal de una variedad inmensa de productos y servicios.

Sólo para tener una idea de la complejidad en el cálculo, podemos citar el fracaso de las economías socialistas. La idea básica que inspira una economía planificada es que es posible identificar administrativamente (por parte del aparato estatal) el costo marginal de un nivel dado de producción. Las economías socialistas intentan encontrar este costo marginal para poder determinar cuánto es razonable producir de un bien en una sociedad. El descalabro económico de este sistema se fundamenta, principalmente, en errores de cálculo de cuál debe ser el costo marginal de cada producto y servicio a ser consumido. Curiosamente, a ello contribuyeron los aportes de la economía neoclásica. Los economistas liberales fueron los creadores de una serie de elementos matemáticos y conceptuales que permitían pretender calcular elementos como el costo marginal: las curvas, las derivadas y los cálculos econométricos fueron los instrumentos que llevaron a los economistas socialistas a pensar que era posible obviar al mercado. Este error llevó a la construcción del muro y, paradójicamente, a su propia destrucción.

En el plano teórico desarrollado, un sistema que elija atacar el monopolio en sí mismo se enfrenta al reto «kafkiano» de incurrir en altos costos administrativos para determinar si el monopolio es eficiente y si el precio refleja el costo marginal. Una vía más directa es atacar aquellas prácticas que generan artificialmente barreras de entrada al

mercado o mecanismos de eliminación de competidores, y que evitan eventualmente que sea la propia competencia la que termine por eliminar el monopolio.

En sentido estricto, la idea no es una ley antimonopolio, sino una ley pro-competencia que proteja el funcionamiento de los mecanismos de mercado. Desde este punto de vista, el texto del artículo 61 de la Constitución de 1993[5] y el propio Decreto Legislativo N° 701 aciertan en no atacar los monopolios, sino las prácticas monopólicas. En esto hay una diferencia sustancial con el artículo 133 de la Constitución de 1979[6], que sí pretendía prohibir los monopolios, a pesar de que, ante el dictamen definitivo y concluyente de la realidad, los monopolios seguían existiendo.

Además, la Constitución de 1993 tiene un acierto adicional al prohibir los monopolios legales. De hecho, ese tipo de monopolios es el peor, pues no puede ser eliminado por el mercado. Si la ley le concede directa o indirectamente un monopolio u oligopolio a alguien, los mecanismos de mercado no podrán generar más eficiencia. O mejor dicho, no podrán generar eficiencia legalmente. Un efecto de ello es la aparición de la economía informal, o de actividades ilícitas como el contrabando, y que terminan siendo una expresión de las fuerzas de mercado presionando por la ruptura de un monopolio que finalmente no pueden destruir legalmente, pero sí debilitar económicamente.

Si la empresa de aviación del Estado es la única que puede brindar el servicio de vuelos domésticos, la entrada de nuevas empresas no será posible y el monopolio será, además de negativo, eterno. Además, no se tratará de un monopolio que base su existencia en su propia eficiencia o en haber alcanzado economías de escala. Se basará simplemente en una decisión política que podrá obedecer a razones tan diversas como la incompetencia o el deseo de conceder beneficios a un grupo determinado en perjuicio de todos los demás.

Parece claro entonces cuál es el enfoque correcto. Pero allí no termina todo. Debemos definir qué instrumentos nos permitirían llegar al fin deseado, es decir, promover la libre competencia. No basta saber qué se quiere lograr. Debemos saber además cómo hacerlo. La legislación antimonopolios es, como toda norma legal, un instrumento jurídico. Sin embargo, su funcionalidad sólo puede ser entendida en términos económicos y por ello su interpretación, antes que un mecanismo de hermenéutica, es una forma de entender y aplicar los principios económicos básicos. Ello plantea un nuevo reto que trataremos de explicar a continuación.

3. LA REGLA PER SE Y LA REGLA DE LA RAZON

Como hemos visto, los costos administrativos son un componente central para establecer el sistema de protección estatal de la libre competencia. Un sistema que requiera aparatos estatales demasiado sofisticados aumenta las posibilidades de errores y nos acerca más al fracaso. Si lo que se persigue son las prácticas monopólicas y restrictivas de la libre competencia (y no el monopolio en sí mismo), existen dos formas de analizar estas prácticas para poder calificarlas como ilegales.

a. La regla de la razón

Una primera posibilidad es aceptar las prácticas razonables, es decir aquellas que si bien pueden aparecer a primera vista perjudiciales a la competencia, no pueden, dadas las circunstancias, generar ni proteger un monopolio ni distorsionar los mecanismos de competencia. Por ejemplo, una fusión entre dos empresas pequeñas en un mercado poco concentrado puede no tener ninguna posibilidad de generar un monopolio. Pero la fusión entre dos empresas de mayores dimensiones sí podría tener efectos anticompetitivos. Una parece razonable, la otra no tanto. Este criterio es conocido como *the rule of reason* o la regla de la razón en la jurisprudencia y la doctrina norteamericana. Se analiza entonces si es razonable o no que la práctica tenga un efecto anticompetitivo dadas las circunstancias. Se va entonces a un análisis caso por caso. Sin embargo, en muchas circunstancias el análisis de la razonabilidad de una práctica es algo sumamente complejo y costoso. Por ejemplo,

[5] Artículo 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.
La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

[6] Artículo 133.- Están prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad industrial y mercantil. La ley asegura la normal actividad del mercado y establece las sanciones correspondientes.

saber si la concertación entre un conjunto de competidores sobre los niveles de precios tendrá éxito puede ser muy difícil de evaluar.

b. La regla per se

Una segunda posibilidad es acudir a reglas que consideran una práctica *per se ilegal* (la *per se rule*), es decir que prohiben objetivamente el desarrollo de ciertas conductas independientemente de que en el caso concreto puedan o no generar un monopolio. La idea es evitar incurrir en costos administrativos para determinar la razonabilidad, cuando de ordinario la práctica no contribuye en nada al desarrollo de un mercado competitivo, y mas bien lo común es que dicha práctica esté restringiendo la competencia.

Ambas reglas pueden ser aplicables dentro de un mismo sistema. Por ejemplo, en nuestras normas de tránsito existen reglas *per se* y *reglas de razón*. Pasarse una luz roja es *per se* ilegal. Quien comete la infracción no podrá argumentar que era razonable pasarse la luz porque estaba apurado y vio previamente que no venía nadie en la intersección. El policía le pondrá una multa sin analizar la razonabilidad de su conducta. No queremos entrar a complejas discusiones y análisis de prueba. Queremos una regla clara, de fácil aplicación, y que genere seguridad sobre qué está permitido y qué no está permitido, y que reduzca los costos administrativos de su puesta en práctica.

Por otro lado, la norma que prohibe maniobras temerarias a los conductores se regula con la regla de la razón. Se quiere prohibir ciertas conductas peligrosas así no estén prohibidas expresamente con todo detalle. Si bien implican subjetividad y menos seguridad, es imposible definir todos los casos que están prohibidos. En tal supuesto, entramos a un análisis de caso por caso, aunque los costos administrativos de determinar la razonabilidad de la conducta pueden ser más elevados.

Estos dos tipos de reglas deben aplicarse a supuestos distintos. La regla *per se* debe aplicarse cuando no aparece ningún efecto positivo de la conducta y, sin embargo, sí aparecen posibles perjuicios a la competencia que justifican la intervención. Al no haber ventajas aparentes, los perjuicios ocasionados por un error desaparecen y se simplifica el control por la autoridad. Por el contrario, cuando exista la posibilidad de daños al mercado que puedan destruir eficiencia de producirse un error, es mejor aplicar la regla de la razón, de manera que nos permita analizar la conveniencia o no de prohibir o sancionar una práctica.

Adicionalmente, debemos considerar que, en el campo de la regulación antimonopólica, debe aplicarse un principio según el cual, en caso de duda sobre el carácter perjudicial de una práctica, debe preferirse la no intervención. Ello porque si se comete un error, probablemente se estará destruyendo eficiencia, y la pérdida producida por la intervención será irreparable. Por el contrario, si no se sanciona una conducta por tenerse dudas sobre su carácter anticompetitivo, el error puede ser corregido por las fuerzas de mercado y los incentivos que las mueven.

Nos corresponde entonces determinar cuándo debe aplicarse una u otra regla. En qué casos se justifica incurrir en los costos administrativos para determinar la razonabilidad de una conducta y en qué casos conviene simplemente sancionar la conducta objetivamente desarrollada con prescindencia de su razonabilidad.

4. LA POSICION DOMINANTE EN EL MERCADO

Nuestra legislación [7] distingue, de manera general, dos tipos de infracciones en su artículo 3. Las primeras están vinculadas al abuso de una posición dominante en el mercado. Las segundas se refieren a las prácticas que impidan, limiten, restrinjan o distorsionen la competencia. Comencemos analizando la problemática del abuso de la posición dominante.

Se entiende, de acuerdo con nuestra ley, que las empresas gozan de una «[...] posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico de los bienes o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como a redes de distribución»[8].

[7] Decreto Legislativo N° 701.

[8] Artículo 4.

Un primer punto importante es que no se considera como infracción la situación dominante en sí misma, sino el abuso que se haga de ella. Se renuncia así a establecer la razonabilidad del monopolio, es decir a determinar si estamos ante un monopolio bueno o un monopolio malo. Se acepta el monopolio, y en general la concentración de poder económico como un hecho que puede ser producto del propio sistema de competencia. Sólo se prohibe el abuso de tal posición. Hasta aquí la ley parecería asumir los presupuestos considerados correctos en líneas anteriores.

Como vimos, la posición de dominio en el mercado se da cuando no existen suficientes ofertantes y/o demandantes en un mercado como para evitar que alguno o algunos puedan determinar o influir de manera sustantiva el precio. En un mercado competitivo, todos (ofertantes y demandantes) son «tomadores de precios». Esto quiere decir que asumen el precio como dado, y quien lo dicta es el mercado a través de un conjunto indeterminado de decisiones atomizadas. Sin embargo, cuando el número de ofertantes o demandantes no es suficiente para que esto se cumpla, uno o unos pocos tienen la facultad de fijar un precio por encima de aquel que el mercado arrojaría en libre competencia. A esto se refiere el Decreto Legislativo N° 701 cuando dice que «[...] pueden actuar con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores [...]»[9].

La norma hace alusión a factores generadores de los monopolios naturales descritos arriba. Así, las características de la oferta y la demanda son las que determinan que la solución más eficiente sea, en términos de reducción de costos, la existencia de una sola empresa, especialmente en casos en que la estructura de costos está principalmente determinada por los costos fijos, antes que por los costos variables.

El desarrollo tecnológico es otro factor que tiende a la formación de monopolios, sea porque la empresa tiene un monopolio legal para la fabricación de ciertos productos, a través de la protección de la Propiedad Industrial, principalmente patentes; o porque ha alcanzado mejoras tecnológicas que le permiten una reducción sustancial de los costos de producción o una captura mayor de las preferencias de los consumidores que le permite a su vez eliminar, a través de la propia competencia, a sus competidores. Finalmente, se recogen las limitaciones a fuentes de suministro (monopolios de recursos naturales), distribución o financiamiento, es decir, a situaciones donde los recursos muestran una falta de flexibilidad que permita la aparición de competidores. Debemos reiterar, sin embargo, que la norma no critica ni sanciona tal situación en sí misma ni emite un juicio de valor sobre la existencia de estas «barreras» de entrada al mercado. Sólo nos dice que ellas existen.

Uno de los problemas no resueltos en nuestras regulaciones para la definición de posición de dominio es qué debe entender por mercado relevante. Esto se refiere a cuál es el área geográfica en base a la cual se va a definir la participación en el mercado[10] y qué productos deben ser considerados sustitutos adecuados para determinar con qué productos se compite[11]. Las empresas van a tratar de definir el mayor mercado posible para así reducir su porcentaje de participación y considerar así que no tienen una posición de dominio de la que puedan abusar. Ello porque una conducta prohibida para una empresa en esta situación es perfectamente permitida para todas las demás. Así les conviene definir su participación dentro del mercado nacional antes que dentro de un mercado local. De la misma manera, tratarán de señalar el mayor número de sustitutos posibles a fin de sostener la existencia de una competencia que les impida aumentar unilateralmente el precio.

Es sumamente complejo definir los límites del mercado. Las situaciones cambian según las circunstancias de cada mercado particular, la movilidad de los recursos necesarios para producir un bien competitivo, el nivel de tecnología disponible, las preferencias de los consumidores, etc. La casuística puede hacer el análisis de cada caso diferente y son muchos los factores involucrados.

Un buen criterio para definir cuál es el mercado pertinente es el que usa el Departamento de Justicia de los Estados Unidos para atacar las fusiones de empresas. En términos geográficos, se analiza cuál sería el efecto de un incremento en 5% del precio en la aparición de nuevos proveedores de

[9] Artículo 4.

[10] Por ejemplo, para determinar el grado de participación en el mercado de una empresa en Lima ¿Se debe considerar el área de la provincia de Lima, la del departamento, la de la costa central o la del país en general?

[11] Por ejemplo, en el caso de alarmas contra robos, ¿Se puede considerar como un competidor al fabricante de cerraduras de seguridad?

un mismo bien o en las decisiones de los consumidores. Así, por ejemplo, se considera que si al incrementar un ofertante en Lima el precio de un producto en un 5%, crea incentivos para que proveedores en otras localidades (nacionales o internacionales) participen en ese mercado, o para que los consumidores hagan sus adquisiciones en otro mercado, se debe incluir esos mercados para definir el porcentaje de participación de la empresa en cuestión. Si el incremento de 5% en el precio del único proveedor de un bien en Lima hace que proveedores de Arequipa se trasladen a Lima o abran una distribuidora en esta ciudad o que los consumidores viajen a hacer sus adquisiciones en Arequipa, debe incluirse Arequipa como parte del mercado relevante.

En términos de bienes sustitutos adecuados, el criterio debe ser similar. Si al incrementar el precio de un bien en 5% los consumidores van a desarrollar una tendencia a escoger el bien sustituto, se debe considerar como parte del mercado pertinente a efectos de definir la participación. Así, si al subirse el precio de las alarmas contra robo, el consumidor decidiera instalar cerraduras de seguridad, se considera que las cerraduras son un sustituto adecuado y por tanto sus productores son competidores de la empresa fabricante de alarmas. Lo mismo pasaría con productos como pan y galletas, cerveza y ron, fósforos y encendedores, si en ellos se presenta un desplazamiento similar como consecuencia de la modificación moderada del precio.

La idea central es identificar el dominio en el mercado en relación al poder de determinar el precio. Si esta facultad está controlada por la posibilidad de que proveedores de otras áreas geográficas abastezcan el área de la empresa en cuestión, o que los consumidores elijan bienes sustitutos, se considera, para efectos de determinar el porcentaje de participación en el mercado, las alternativas de los consumidores. No necesariamente el porcentaje tiene que ser de 5%. Este puede variar según las características de cada mercado. Lo importante es establecer la relación entre la idea de posición dominante y la facultad de afectar el precio, es decir, de no ser un «tomador» del mismo.

Un segundo problema importante es cómo determinar que una empresa ha concentrado una parte demasiado grande del mercado. El criterio ordinariamente utilizado es establecer el porcentaje de participación. Así, por ejemplo, puede considerarse que una empresa que tiene más del 50% del mercado tiene una posición de dominio. Sin embargo, tener en cuenta sólo la participación porcentual en el mercado es insuficiente para entender la capacidad que tiene una empresa para influir en el precio. La idea no es sólo identificar su participación particular, sino el nivel de concentración del mercado en que dicha participación se da.

La concentración de un mercado es una función del número de empresas y de la participación de estas empresas en el mismo. En mercados muy concentrados aumentan las posibilidades de que una o un pequeño grupo de empresas puedan ejercitar su posición dominante en el mercado de manera efectiva, principalmente porque se reducen los costos de transacción para llegar a una concertación o para desarrollar prácticas paralelas. Cuanto menor sea el porcentaje de la oferta total que controla una empresa, deberá ser mayor la restricción de su producción para poder afectar el precio y es menos probable que esta restricción pueda serle beneficiosa. Cuando la acción colectiva de las empresas es necesaria para controlar el precio, se añade una limitación adicional. Si el número de empresas necesarias para controlar un porcentaje fijo de la oferta total es mayor, el costo (entendido como costo de transacción) de que éstas lleguen a un acuerdo y que puedan hacerlo efectivo se eleva, y la posibilidad de que se llegue a ejercer el poder económico de manera efectiva se complica[12].

Por ello no basta establecer el porcentaje de participación de una empresa, sino el nivel de concentración del mercado en el que dicha empresa (o empresas) actúa. El Departamento de Justicia de los Estados Unidos utiliza lo que se conoce como el Herfindahl-Hirshman Index (en adelante, HHI) para medir el nivel de concentración en un mercado determinado. Este índice se calcula sumando los porcentajes de participación de todas las empresas en un mercado luego de elevarlos al cuadrado. Por ejemplo, si en el mercado existen cuatro firmas con participaciones de 30%, 30%, 20% y 20%, existe un HHI de 2600[13]. El HHI puede ir desde 10,000 (en el caso del monopolio puro, es

[12] Justice Departament Merger Guidelines. En: The Bureau of National Affairs, Inc. Washington D.C., suplemento especial. p. S-6.

[13] (30)2 + (30)2 + (20)2 + (20)2
900 + 900 + 400 + 400 = 2,600

decir, una empresa con el 100% del mercado)[14] hasta un número cercano a 0 (en el caso de un mercado muy atomizado, donde ningún proveedor supera el 0.1% de participación). Si bien puede ser deseable tener información sobre todas las empresas involucradas, la falta de información sobre pequeñas empresas no es indispensable, pues no afectan el HHI de manera significativa.

En el caso del Departamento de Estado, en base a observación empírica, se ha dividido los niveles de concentración en tres áreas: mercados desconcentrados (con un HHI menor a 1,000), mercados moderadamente concentrados (HHI entre 1000 y 1800) y mercados altamente concentrados (HHI superior a 1800).

Así, no es lo mismo tener un 20% de participación en un mercado desconcentrado que el mismo porcentaje en un mercado altamente concentrado. La posibilidad de acuerdos dirigidos a fijar precios y reducir producción es mucho más clara en el segundo caso que en el primero. Por ello no sólo se debe considerar el porcentaje de participación, sino el nivel de concentración en el mercado correspondiente.

5. EL ABUSO DE LA POSICION DOMINANTE

El problema no es sólo definir qué constituye una posición dominante, sino qué es abusar de tal posición. El Decreto Legislativo N° 701 trata de dar respuesta a esta pregunta en su artículo 5, que establece que una o varias empresas abusan de su posición dominante cuando de manera indebida, actúan «[...] con el fin de obtener beneficios o causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles de no existir la posición de dominio». El «actuar de manera indebida» debe entenderse referido a utilizar la participación en el mercado de manera tal que se produzca un daño distinto al mero daño concurrencial, es decir el derivado de una competencia leal y libre.

Como dijimos, la existencia de empresas más grandes puede ser beneficiosa para los consumidores si como consecuencia de una economía de escala, la reducción de los costos de producción se traduce en precios más bajos.

Pero que el monopolio produzca a menor costo no quiere decir que el monopolista cargue un menor precio. Aprovechando que él es el único productor, el monopolista puede reducir su producción, y al reducir la cantidad ofertada lograr el incremento del precio a niveles que maximicen su utilidad. Este puede ser considerado como un efecto no deseable, pues el único efecto deseable de un monopolio puede ser la reducción de costos. Todo efecto distinto implica utilizar la posición dominante para fines no queridos. El obtener un beneficio o causar un perjuicio son en realidad las dos caras de la misma moneda. Todo beneficio que el monopolista obtiene se basa en perjudicar al consumidor, quien, como dijimos, es el protegido finalmente por la legislación dirigida a eliminar las prácticas contrarias a la libre competencia.

Esto nos lleva a uno de los temas más complejos en lo concerniente a toda regulación antimonopólica: el problema de la regulación de precios. Quizás el punto más discutido respecto del abuso de la posición dominante del mercado es el caso de la imposición por parte de la empresa monopolística de un precio que se encuentra por encima del costo marginal del producto o del precio de equilibrio. Esto lo logra la empresa monopólica por medio de una restricción en la producción que genera una escasez artificial del producto correspondiente, Como consecuencia de ella, se puede cobrar un precio que maximiza la utilidad del monopolista y que se encuentra por encima del costo marginal del producto.

Si aceptamos que un mercado competitivo genera una tendencia a que el precio se iguale al costo marginal, todo valor que se cobre por encima de este costo marginal constituiría, en teoría, un abuso de posición de dominio en el mercado y podría justificar la intervención estatal para controlar precios.

El gran problema son los costos administrativos del sistema. Para determinar que un precio supera el costo marginal del producto se requiere un cuerpo especializado de funcionarios capaces de determinar cuál es este costo marginal, lo que de por sí es bastante complicado, por no decir imposible. Pero además, esta determinación debe hacerse periódicamente a fin de que refleje todas las contingencias que afectan los costos de una empresa en su quehacer diario. El riesgo de un cálculo demasiado bajo generará incentivos para una producción por debajo de la socialmente necesaria, creándose escaseces que pueden ser tan negativas como el propio monopolio. Basta recordar los períodos de control de precios que se dieron en el

[14] (100)2 = 10,000

pasado cercano y cuáles fueron sus efectos. Los gobiernos de aquella época hablaban de prácticas como la especulación o el acaparamiento que son en sí mismas imposibles si es que no existe una posición de dominio; o acusaban directamente a los monopolios de la escasez de bienes y servicios en el mercado. Eran, como hoy sabemos, simples excusas para ocultar su incompetencia y la tremenda irracionalidad de las medidas. Esto, a su vez, se convertía en justificación del propio control de precios. Ello nos muestra cómo el lenguaje del «antimonopolio» puede utilizarse para establecer casi cualquier tipo de limitación o intervención en la economía y cuáles son los riesgos de un manejo ideológicamente dirigido. Paradójicamente, es muy fácil pasar las regulaciones antimonopólicas al otro lado del muro.

Pero el problema no termina ahí. Finalmente, en el supuesto negado que se pudiese determinar el costo marginal de manera razonable, se requiere de un aparato coercitivo efectivo capaz de poner en vigencia el precio determinado administrativamente, con todos los problemas que esto puede significar.

Obviamente, la efectividad de un sistema de control de precios es sumamente discutible y su costo administrativo puede ser significativo, al extremo que sus costos pueden fácilmente superar a sus beneficios. Dentro de esta línea es mejor, como dijimos antes, atacar las restricciones que crean barreras ilegítimas a la entrada al mercado para dejar que sean los propios mecanismos de este último los que generen límites a la facultad de fijar precios por encima del costo marginal.

Cabe preguntarse, sin embargo, qué sucede con los monopolios naturales, los mismos que, en principio, no podrán ser controlados por el mercado pues son, precisamente, consecuencia de su funcionamiento. En estos casos, salvo que haya un incremento sustancial en la demanda que permita el surgimiento de competidores o una reducción sustancial de los costos fijos que enfrenta la industria, el monopolio subsistirá, y como tal, mantendrá su facultad de fijar precios por encima del costo marginal. El control de tarifas es común precisamente donde el carácter de monopolio natural aparece como evidente. Tal es el caso de los servicios públicos como teléfono, agua y electricidad.

El problema es difícil de solucionar. Creo que la mejor alternativa sería que, por regla general, no se ejerza control sobre los precios y tarifas que cobran las empresas y sólo por excepción, en casos de monopolios naturales evidentes (donde las barreras a la entrada de competidores son naturalmente determinadas por la estructura de costos y las características de la demanda) y donde la determinación del costo marginal pueda hacerse a un costo administrativo razonable, se admita un control limitado sobre los precios. Pero éste es un tema que requeriría un artículo completo para ser analizado.

La norma peruana vigente[15] contiene en su artículo 5 una enumeración de casos considerados como abuso de posición de dominio en el mercado. No es mi intención analizar cada uno de ellos al detalle. Por otra parte, existen otros supuestos que podrían estar regulados. Prefiero analizar los casos más comunes presentados en la legislación comparada, muchos de los cuales son sumamente discutidos.

a. Uso de precios predatorios

Nos referimos al uso de precios por debajo del costo de producción del bien con la finalidad de liquidar a los competidores. Según la teoría de precios predatorios, es perfectamente posible que una empresa elimine a la otra reduciendo sus precios.

Realmente, en la práctica, es poco probable que ello pueda ser considerado como una práctica ilegítima e inconveniente. En sí misma, es una de las reglas básicas del mercado que los competidores compitan mediante precios. De hecho, hemos sido testigos de numerosas guerras de precios, sobre todo en estos últimos tiempos.

También es posible que ocasionalmente las empresas vendan por debajo de sus costos. Decimos «ocasionalmente» porque de hacerlo permanentemente quebrarían en el mediano o largo plazo, entrando en una práctica suicida. Por ello es poco probable que pueda considerarse como una práctica comercial seria.

Pero además tenemos un problema adicional. Para determinar que alguien vende por debajo del costo, tenemos precisamente que calcular el costo marginal, lo que es, en la práctica, virtualmente imposible. No es sencillo poder distinguir la guerra de precios propia del mercado, que es una

[15] Decreto Legislativo Nº 701.

práctica saludable, de esta supuesta estrategia de precios predatorios. Tal situación podría ser atribuible a que si la empresa vende más barato lo hace por ser más eficiente en términos económicos, pudiendo minimizar sus costos en relación a sus competidores. Y si nos equivocamos, lo que es sumamente probable, estaremos sancionando y destruyendo eficiencia.

Existe sólo un caso en que, en el campo teórico, parece factible que una empresa desarrolle una política de precios predatorios sostenida. Las condiciones para que ello sea así son varias y normalmente es difícil encontrar una situación en la que resulta económicamente razonable para una empresa reducir sus precios a niveles en que se produzcan pérdidas con el solo fin de eliminar a sus competidores.

El caso en el que esto sería posible se daría si la empresa que utiliza este mecanismo de precios predatorios tiene una situación monopolística en un mercado que le permite «subvencionar» sus operaciones en otro mercado para poder vender por debajo de sus costos y así desplazar a sus competidores. Se trataría entonces de un intento de transferir su monopolio de un mercado a otro. Pero incluso en este caso, la reducción del precio puede requerir de un período muy largo para ser efectivo. Nada garantiza a la empresa que una vez logrado su objetivo, y cuando comience a cargar precios monopolísticos, nuevos competidores no entrarán al mercado y conseguirán la reducción del precio nuevamente hasta sus niveles competitivos. La empresa monopólica puede haber sufrido grandes pérdidas para alcanzar su objetivo, pero nada le garantiza que podrá crear un monopolio en el nuevo mercado por un tiempo suficiente como para que pueda siquiera resarcirse de las pérdidas sufridas. Ello hace irracional la política de precios predatorios, incluso en el supuesto de que la empresa que la desarrolle tenga posición de dominio en un mercado dado. Si triunfa en el mercado, es posible que ello sea atribuible a una mayor eficiencia, antes que a una práctica monopólica.

Podría pensarse que éste sería el problema que se ha tratado de contemplar bajo el inciso b del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 701, aunque el lenguaje utilizado no resulta del todo claro. Así, podría pensarse que la aplicación de condiciones comerciales desiguales para prestaciones equivalentes se produce cuando se vende en un mercado a un precio distinto al que se vende en otro mercado, reflejando la intención de obtener un nuevo monopolio. Sin embargo, por lo dicho, tal interpretación debe restringirse a algunos casos muy especiales, como sería aquél en que se dan precios predatorios en áreas donde existan barreras de algún tipo para la entrada al mercado.

b. Discriminación de precios

Según la teoría económica, las empresas monopólicas pueden maximizar aún más su utilidad si son capaces de vender sus productos a precios distintos. Así querrá cobrar más a los consumidores que estén dispuestos a pagar más, y menos a quienes estén dispuestos a pagar menos, siempre que no estén dispuestos a pagar menos del costo marginal de un producto. Este efecto es diferente al que se da en un mercado competitivo en el que existe un solo precio de equilibrio.

También puede producirse por la intención de un productor de extender su monopolio a otros estratos de la actividad económica. Así, por ejemplo, se da condiciones distintas a dos distribuidores de un producto, con la intención de que uno desplace al otro del mercado. Esto también podría considerarse contenido en el inciso b del artículo 5 de la Ley Antimonopolios.

c. Negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra de productos

Contemplada en el inciso a del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 701. Puede ser un mecanismo para tratar de imponer la exclusividad de un producto en el consumidor. Esta facultad puede ejercerse individualmente o por medio de una organización de ofertantes en lo que se conoce como un boicot. Sin embargo, en el caso del boicot estaríamos más claramente ante un caso de práctica restrictiva que no necesariamente requiere de la existencia de una posición dominante en el mercado. En cambio, cuando la negativa es individual, ésta sólo será efectiva cuando quien la lleva a cabo tiene una posición dominante en el mercado.

Por ejemplo, ello se produciría cuando en un pueblo existe un periódico que es el medio de publicidad principal. Aparece una radio, y el periódico decide no aceptar publicidad de quienes hacen publicidad en dicha radio. Tal práctica puede ser considerada ilegal, pero siempre que sea analizada bajo la regla de la razón, pues pueden existir motivos fundados para tal actitud, sobre todo si tenemos en cuenta que en el campo contractual la posibilidad de negarse a contratar es una de las bases de la autonomía privada, pudiendo convertirse injustificadamente esta norma en un mecanismo de contratación compulsiva.

d. Uso de cláusulas de atadura

Infracción recogida en el inciso c del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 701. Se trata de situaciones en las que la empresa exige la adquisición de bienes o prestaciones suplementarias al producto que se adquiere. Es el caso del proveedor de cerveza que se niega a vender cerveza al cliente que no le compra además gaseosas. La idea es que una empresa puede tratar de extender su poder monopolístico en un mercado de un producto al mercado de otros distintos.

Se debe tener en cuenta que el intentar monopolizar otro mercado implica incrementar el costo en el mercado original, lo que no parece muy racional. Imaginemos que el consumidor valora la botella de cerveza en S/. 10 y el precio al que se vende es S/. 8 por el monopolista. En principio, el cliente estaría dispuesto a comprarla. Ahora, si el monopolista obliga además a comprar una gaseosa de un precio de S/. 5 y que no interesa en lo más mínimo al consumidor (es decir, que vale para él S/. 0), lo estaría obligando a pagar S/. 13 por algo que el consumidor valora en S/. 10. Definitivamente, no comprará ni gaseosa ni cerveza y el monopolista perderá las utilidades de dicha venta. Es más lógico vender sólo el producto deseado por el consumidor y cobrar por él un precio monopolístico.

La irracionalidad descrita hace difícil pensar que cuando se da una cláusula de atadura la intención sea ampliar el poder de mercado a un producto distinto. Parece más probable que dicha práctica debilite, por el contrario, el poder de la empresa en el mercado que domina reduciendo finalmente sus ganancias. Ello quiere decir que las cláusulas de atadura obedecen a razones distintas a buscar consolidar un nuevo monopolio.

Hay casos en que es evidente que la «atadura» es eficiente. Por ejemplo, cuando tiene por fin proteger la calidad o el prestigio de un producto. Tal fue el caso de la IBM en los Estados Unidos, que ataba a la compra de computadoras la compra de tarjetas perforadas a fin de evitar que tarjetas de baja calidad perjudicaran el funcionamiento de las máquinas, afectando su prestigio. Ello constituye una práctica perfectamente razonable.

En otras ocasiones, se utilizan para lograr una efectiva discriminación de precios. Ello sucedió en el caso de una empresa que vendía máquinas enlatadoras de sopa y que obligaba a sus clientes a comprarle la sal. A través de este mecanismo podía identificar cuánto utilizaban las máquinas (lo que les daba un índice de cómo eran aprovechadas) y por esta vía establecía cuáles de sus consumidores valorizaban las máquinas más que los otros. Así cobraban a los que más valorizaban las máquinas precios superiores. En este sentido, esta práctica puede ser considerada abusiva sólo cuando es utilizada con la intención de discriminar precios.

Además, debemos considerar que es realmente difícil determinar cuando existe una cláusula de atadura. Por ejemplo, en ocasiones se ofrecen ofertas como «compre una pasta de dientes y reciba gratis un cepillo en la caja». Como en el mercado no hay nada realmente gratis, podría tratarse de una cláusula de atadura por la que me veo obligado a comprar ambas cosas por un solo precio que refleja el costo de ambas. Pero sin duda, ello aparece como una práctica comercial legítima. En otros casos, las cláusulas de atadura se vinculan a contratos de franquicia donde el proveedor exige la compra de todos los elementos integrantes de la misma. Por ejemplo, el franquiciante de una cadena de hamburguesas al paso obligará a comprar la carne, el pan, las envolturas, los postres, las servilletas, las gaseosas, etc. Aquí también parecen existir razones justificadas, es decir, mantener la uniformidad en las tiendas franquiciadas. Llevado al extremo, se podría decir que la caja en la que viene un producto determina una «atadura» con el propio producto. No se trata pues de una conducta que deba ordinariamente sancionarse, y parecería que los casos en que ello debe suceder son bastante excepcionales (como es el caso de su utilización para discriminación de precios). Sería pues otro caso de aplicación de la regla de la razón.

e. Los convenios de exclusividad

De ordinario es también difícil encontrar casos en que los convenios de exclusividad deban de ser sancionados. Se habla de convenio de exclusividad cuando un proveedor con posición de dominio celebra convenios con los distribuidores de sus productos para que no puedan vender ningún producto de otro competidor. De hecho, la legislación peruana no los recoge ni sanciona expresamente.

En principio, no existirían razones para cuestionar su validez. Según algunos teóricos, éstos deben ser declarados ilegales en los casos en que exista una posición de dominio en el mercado, pues la empresa monopolística podrá, a través del «acaparamiento» de distribuidores, crear una barrera temporal (hasta que se desarrollen nuevos canales de distribución) para la entrada de competidores en el mercado. Los convenios de exclusivi-

dad dificultan la entrada de competidores precisamente porque obligan a éstos a desarrollar sus propias cadenas de distribución para poder acceder al mercado, con los costos consiguientes.

En sí, los pactos de exclusividad tienen un efecto similar a la integración vertical, es decir, aquella que se produce entre dos eslabones del proceso productivo. Como veremos más adelante, este tipo de integración no restringe realmente la competencia (como sí podría suceder por ejemplo con la integración horizontal, es decir la que se produce entre competidores actuales o potenciales). Por el contrario, pueden generar eficiencia ayudando a alcanzar economías de escala.

f. Fijación de precios mínimos de reventa

La empresa fabricante de productos establece un precio mínimo, por debajo del cual no pueden los minoristas o distribuidores vender al público. Una modalidad menos radical es la de «precio sugerido al público». Esta práctica tampoco se encuentra prohibida expresamente en nuestra legislación, y creemos que ello es correcto, pues en términos generales no afecta negativamente la competencia.

La fijación de precios mínimos de reventa evitan la competencia vía precios entre los minoristas. Debe destacarse, sin embargo, que incentiva la competencia vía servicios entre ellos (promociones de ventas, salones de exhibición, propaganda, publicidad, etc.). Esto es importante si se tiene en cuenta que estos servicios secundarios pueden ser importantes para maximizar el nivel de ventas. Así, si no se garantiza la existencia de un ingreso margen de utilidad que permita a los distribuidores, por ejemplo de automóviles, contar con un salón de exhibición, estos no existirán. Se produciría adicionalmente un problema de *free riders*. Aquél que construye, a su costo, un salón de exhibición, genera beneficios a aquél que vende los mismos automóviles por catálogos y que puede vender a menor precio por el hecho de tener menores costos. El cliente iría a ver físicamente el automóvil al salón de exhibición, pero lo compraría por catálogo donde le resultara más barato. El efecto sería que no habría incentivos para construir salones de exhibición a pesar de que en términos globales pueda ser mejor tanto para los productores como para los consumidores.

No es por lo tanto una práctica que deba ser considerada ilícita, porque aparentemente no existen razones por las que un productor deba recurrir a esta modalidad. Si el proveedor no tiene posición de dominio, la competencia con otras marcas lo llevará a fijar un precio razonable. El precio mínimo sólo funcionaría para asegurar un margen de ganancia que permita una competencia por servicios. Si existe una posición de dominio, el proveedor no tiene necesidad de fijar un precio mínimo a sus minoristas. Simplemente venderá a estos al precio monopolístico que le permita maximizar su utilidad. En uno u otro caso, la única razón aparente sería mejorar los servicios que se brindan al consumidor.

El único caso en que podríamos pensar en un efecto anticompetitivo es cuando los propios minoristas utilizan al proveedor para hacer efectivo un cartel. Pero en dicho caso, el problema no está en los precios mínimos de reventa, sino en la concertación de precios entre los minoristas, infracción totalmente distinta. En todo caso, es difícil imaginar las razones por las que el proveedor principal aceptaría ayudar a hacer efectivo un cartel sin recibir aparentemente ningún beneficio.

6. PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

A diferencia de los casos analizados en el punto anterior, en estos supuestos no se requiere que exista una posición de dominio en el mercado. Nos referimos a ciertas prácticas que por su clara naturaleza anticompetitiva deben prohibirse, independientemente de que puedan o no consolidar un monopolio, o que sean o no una restricción efectiva a la libre competencia.

Muchas veces, el costo de determinar si ciertas prácticas tienen la posibilidad de restringir de manera efectiva la competencia en perjuicio del consumidor es demasiado elevado, y a simple vista aparece que estas prácticas no contribuyen en nada a favorecer el funcionamiento del libre mercado. Ellas deben ser declaradas *per se* ilícitas.

Básicamente, es atacable por esta vía toda acción dirigida a concentrar poder económico para crear un monopolio, sea a través de coordinar a los competidores fijando precios, distribuyendo mercados, determinando cuotas de producción u otras prácticas análogas. Usualmente, las prácticas *per se* ilícitas son aquellos acuerdos, entre dos o más empresas, destinados a concentrar poder económico de manera horizontal a fin de poder fijar condiciones en el mercado.

Todas las prácticas contempladas en el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701, llevan implícitas las necesidades de concertación entre competidores potenciales o actuales. El caso más común es la fijación de precios.

Quizás este tipo de problemas es el que más comúnmente es objeto de sanciones, sobre todo en economías como la peruana en que la cultura de mercado existente es tan pobre que no permite a los agentes económicos tomar conciencia de su carácter ilegal. Las concertaciones o carteles, como comúnmente se les llama, pretenden distorsionar los mecanismos de fijación de precios, privando al consumidor de la facultad de contribuir a su formación. En términos reales, no difieren de la fijación de precios por la autoridad estatal. En ambos casos se priva al consumidor de la posibilidad de participar en el proceso de determinación de precios.

Debemos destacar que la concertación debe darse a nivel horizontal, es decir, entre competidores. Las concertaciones verticales no tienen la posibilidad efectiva de limitar la competencia. El hecho de que un fabricante obligue a su distribuidor a vender a un precio acordado no evita el funcionamiento del libre mercado. El problema se da cuando la concertación se produce entre dos competidores.

Los carteles buscan dejar de ser «tomadores de precios» para convertirse en determinantes de los mismos. Reducen entonces la competencia entre sus integrantes a fin de lograr precios y condiciones concertadas.

Sin embargo, al igual como sucede con el monopolio, el mercado es el peor enemigo del cartel. En primer lugar, los incentivos para hacer «trampa» entre los integrantes de carteles son muy grandes. Ellos pueden advertir que bajando sus precios pueden verse favorecidos por la demanda de los consumidores, mientras los demás, cumpliendo con su compromiso, mantienen un precio concertado más elevado. Además, los integrantes del cartel no pueden acudir al sistema legal para hacer que el pacto sea exigible, pues éste es contrario a normas de orden público y por tanto inexigible. Ello lleva a que los carteles tengan en sí mismos un claro defecto estructural. Esto también explica por qué los carteles son muy poco probables en mercados desconcentrados. La posibilidad del acuerdo es difícil, y es aún mayor la dificultad de hacerlo exigible, sobre todo porque los incumplimientos en un mercado con muchos competidores potenciales son prácticamente indetectables.

Pero incluso en el supuesto de que el cartel pudiera mantenerse unido, la fijación de un precio por encima del competitivo creará incentivos para la entrada de nuevos competidores. Así como lo hacen los monopolios, los carteles logran su efecto restringiendo la cantidad ofrecida y consiguiendo así la elevación del precio. Pero como ese precio incentiva la entrada de nuevos competidores, se irá paulatinamente aumentando la cantidad ofrecida hasta llegar nuevamente al precio de competencia o, en su defecto, a la descomposición total del cartel.

Debemos destacar que tampoco debe entrarse a un problema de regulación de precios. Una concertación para bajar precios debe ser considerada tan nociva como una concertación para subirlos. Lo importante no es el precio, sino cómo se forma. Por eso decimos que no se analiza la razonabilidad de la práctica, la que es considerada *per se* ilegal.

Una pregunta que cabe formularse es por qué sancionar una práctica de este tipo cuando finalmente el mercado la puede combatir con sus propios mecanismos. Creo que podemos encontrar dos razones, ambas íntimamente vinculadas.

La primera de ellas se vincula con el plazo para la eliminación del cartel. Si bien en términos económicos el cartel puede estar condenado a desaparecer, esto sucederá sólo en el mediano o largo plazo. Al no existir razones de eficiencia para que se mantenga, durante el lapso que perdure generará una pérdida social irreparable. Por tanto, es mejor la intervención estatal para acabarlo de una sola vez.

Pero esta razón también parecería ser de aplicación al monopolio. Este será eliminado por el mercado en el largo plazo, salvo que sea eficiente, es decir, que sea la mejor manera de producir. Podrían eliminarse las pérdidas generadas entre su instauración y su desaparición por vía de la intervención del Estado. Pero existe una diferencia importante. Hemos dicho que el monopolio se mantendrá si es eficiente. Por tanto, si nos equivocamos y destruimos un monopolio bueno, estaremos destruyendo eficiencia.

Quizás una mejor manera de comprender este punto es vincularlo al combate contra las fusiones, otra práctica que podría ser considerada restrictiva de la competencia, y con la aparición de monopolios por crecimiento interno de la propia empresa.

En principio, existen tres maneras de acumular poder económico. La primera es por crecimiento interno. Una empresa comienza a ganar paulatinamente las preferencias de los consumidores y con ello irá ampliando su participación en el mercado, pudiendo incluso consolidar un monopolio una vez que haya hecho quebrar a todos sus com-

petidores. La segunda es por la vía de fusiones o adquisiciones de propiedad de empresas competidoras, acumulando el poder económico de dos o más de ellas. La tercera forma es mediante la concertación de precios o condiciones de comercialización, consiguiendo que los competidores, sin necesidad de integrar sus procesos productivos, tomen decisiones centralizadas sobre los niveles de precios aplicables.

En la legislación comparada son cada vez menos los casos en que se cuestiona el crecimiento interno de una empresa. De hecho, en el sistema norteamericano no se considera bajo ninguna circunstancia que el crecimiento interno de la empresa sea una práctica monopólica. La razón es muy sencilla: el crecimiento interno es consecuencia de una mayor eficiencia, de la derrota de los competidores en la lucha por capturar las preferencias de los consumidores. Estamos, pues, frente a un éxito atribuible al reconocimiento que los consumidores -que son los que realmente nos importan- hacen de los productos de dicha empresa. El crecimiento interno acumula poder económico y puede llevarnos a consolidar una posición de dominio, pero alcanza a la vez una economía de escala. Lo hace en base a ser más competitivo y más eficiente. El Decreto Legislativo N° 701 no sanciona bajo ningún supuesto el crecimiento interno, pues no sanciona la posición de dominio en sí misma.

Las fusiones, por el contrario, plantean una situación distinta. Las empresas pueden conseguir al fusionarse o al establecer mecanismos de control administrativo por la vía de adquisiciones que generan grupos económicos, una mayor eficiencia productiva. Así, una fusión es en realidad un proceso de integración entre empresas. La integración puede llevar a la reducción de costos fijos, mayor eficiencia productiva, establecimiento de economías de escala y reducciones de precios finalmente beneficiosas para los consumidores y para la sociedad en su conjunto. Si bien la fusión o la adquisición del control de una empresa competidora elimina la rivalidad entre productores que concurren a un mismo mercado, puede ser que ello sea una práctica que mejore los niveles de eficiencia.

No atacamos formas de integración vertical porque ello no reduce la rivalidad en el mercado. La fusión entre un productor y un distribuidor no reduce la competencia. No nos preocupa entonces el tamaño de la empresa, sino el grado en que la integración limita los mecanismos de competencia.

Pero también las fusiones pueden no generar mejoras en la eficiencia y ser sólo mecanismos de reducir la competencia. En tales supuestos, deberían eventualmente ser prohibidas. Por eso, en otros sistemas la fusión puede ser considerada como ilegal en aplicación de la «regla de la razón», analizando si es o no razonable. Y es que la regla de la razón se justifica precisamente porque en ocasiones una conducta es eficiente y en ocasiones no lo es. Permitirlo siempre puede terminar restringiendo la libre competencia, pero utilizar la regla *per se* puede conducirnos a destruir eficiencia en muchísimos más casos a aquellos en los que genera efectos negativos[16].

Por lo dicho, desde un punto de vista teórico, las fusiones de empresas o la coordinación de administraciones de las mismas mediante adquisiciones deben ser sancionadas en casos muy excepcionales. Ello sólo debe suceder cuando como consecuencia de las mismas resultan mercados altamente concentrados y donde la unidad resultante de la fusión o concentración adquiere un porcentaje sustancial de participación que le permite desarrollar ciertas capacidades para fijar precios, siendo presumible la inexistencia de beneficios palpables en términos de eficiencia.

Pero cuando llegamos a la concertación entre competidores, todo cambia radicalmente. La concertación entre productores de un mismo bien no genera ninguna forma de integración vertical. No se reducen los costos de producción ni los precios. No se logra una mayor eficiencia productiva. Sólo se logra determinar un precio concertado. No tiene ningún efecto positivo que justifique el desa-

[16] No quisiera entrar al difícil tema sobre cómo deben regularse las fusiones y adquisiciones del control de empresas en el Perú, tema de gran actualidad con la reciente compra por parte de la cervecería Backus & Johnston de un paquete en la Compañía Nacional de Cerveza que le permite tener el control de esta última. De hecho, no hay un pronunciamiento expreso del Decreto Legislativo N° 701 sobre el particular, dejando así abierta la discusión sobre si estaría o no contemplado en los supuestos genéricos de la ley. Lo que sí es evidente es que es difícil pronunciarse sobre cómo deben regularse en el Perú estas situaciones utilizando modelos provenientes de países desarrollados, con mercados inmensamente superiores en tamaño y por tanto que exigen porcentajes inferiores de participación en el mercado para alcanzar economías de escala. Las pequeñas dimensiones de nuestro mercado incrementan mis dudas sobre la conveniencia de regular o no el tema de fusiones y adquisiciones de control en el Perú, pues las posibilidades de cometer errores que destruyan eficiencia se incrementan tremendamente.

rrollo de esa práctica. Por el contrario, puede ayudar a mantener demasiados competidores con costos ineconómicos por la vía de evitar la salida de los mismos[17].

Por ello, es *per se* ilegal y tal conducta se sanciona sin entrar a discutir sobre sus posibilidades reales de éxito. Al no haber efectos positivos, que maximicen eficiencia, y más bien se aprecian potenciales efectos negativos, no existen razones para permitir la práctica y menos aún para incurrir en los costos de determinación de su posibilidad de éxito. Nuestra legislación sí contempla la sanción clara de este tipo de conductas en el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701, aunque han surgido dudas sobre su carácter de ser *per se* ilegales.

Para graficar con un ejemplo las diferencias, un abogado puede ganar prestigio y con ello aumentar su cartera de clientes, obteniendo así una mayor participación del mercado. Ello es crecimiento interno y es perfectamente legítimo. Por otro lado, un conjunto de abogados puede asociarse para formar un estudio. Al hacerlo, han renunciado a competir entre sí, han eliminado rivalidad en el mercado «fusionando» sus actividades profesionales. Pero todo ello con el objeto de integrar sus esfuerzos, complementar sus habilidades derivadas de la especialización de cada uno y reducir costos fijos para ser más competitivos en el mercado. En principio, ello es legítimo porque deriva en un mejor y más completo servicio al cliente. Podría sin embargo darse el caso de que los principales estudios de Lima se fusionen sólo con la intención de reducir competencia, sin que la unión tenga la intención de generar más eficiencia. Ello podría justificar el cuestionamiento de la fusión. Finalmente, el Colegio de Abogados podría establecer tablas de honorarios mínimos aplicables a todos los abogados. Ello no mejorará bajo ningún aspecto la eficiencia del servicio profesional. Sólo perjudica a los consumidores de servicios legales pues podrían verse obligados a pagar precios superiores a los que establecería la libre competencia. Ello debe ser prohibido de todas maneras.

No podemos dejar de mencionar un caso adicional de prácticas restrictivas conocido como los boicots. Se definen como los acuerdos entre varios compradores o vendedores para dejar de comprar o vender de ciertos individuos o empresas, creando así una presión para someter o alterar la voluntad de éstos. Obviamente, debe desprenderse del tipo de boicot que se lleve a cabo que éste vaya dirigido a afectar el precio o los mecanismos de competencia. Los boicots dirigidos a alcanzar fines políticos o sociales (por ejemplo, lucha contra actitudes discriminatorias) no deberían ser atacables. Tampoco deberían ser atacables las organizaciones laborales de empleadores o trabajadores que tengan por finalidad la negociación de convenios colectivos de trabajo. En tal sentido, la huelga no sería un caso de boicot. Los boicots no están considerados expresamente como infracción; deben interpretarse como una forma de concertación inaceptable.

Vinculado al tema de la concertación están las facultades concedidas a la Comisión Multisectorial de Libre Competencia para poder autorizar algunas de las prácticas señaladas en el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701, según lo establecido en el artículo 7 de la misma norma.

Debe tomarse en cuenta que el tipo de prácticas que se prohibe en el artículo 6 es de una naturaleza tal, que de ordinario no produce ningún beneficio social en términos de eficiencia, pero representa un riesgo real en lo que respecta a sus evidentes efectos anticompetitivos. En este contexto, y dado lo complejo y costoso, administrativamente hablando, que puede resultar determinar cuándo estas prácticas pueden ser razonables, se prefiere declararlas ilegales *per se*. Lo que el artículo 7 pretende es admitir que, bajo ciertas condiciones, estas prácticas pueden ser eficientes, y por lo tanto positivas, a pesar del riesgo que podrían plantear en términos de afectar a la libre competencia. No quisiera entrar a analizar en detalle cada una de las excepciones planteadas. En términos generales, se recoge que el carácter negativo de estas prácticas no está sujeto a una presunción *iure et de iure*, sino *iuris tantum*. Esto implica, en algún grado, aceptar el hecho de incurrir en algunos costos administrativos que pueden ser importantes, con el fin de determinar si la práctica, a pesar de su aparente carácter anticompetitivo, es eficiente o en todo caso es inocua para la eficiencia. De alguna manera, la inversión de la carga de la prueba obligando al interesado a probar ante la Comisión que la práctica es eficiente, reduce parte de estos costos, pues normalmente

[17] No es extraño escuchar declaraciones de potenciales competidores (como aerolíneas, productores de pollos, etc.), incluso en los medios de prensa, sobre las penurias que atraviesa el gremio y que exigen algún tipo de precios mínimos que eviten el colapso final de toda la industria. Ello no es más que el temor al efecto deseado por el propio sistema de mercado: el triunfo de los más eficientes. Es pues, un temor a competir, que deriva en una estructura productiva ineficiente.

es la propia empresa, antes que la Comisión, la que dispone de una mejor información y está en mejor aptitud para llevar a cabo el análisis y para demostrar su conveniencia.

Los casos contemplados como excepciones suelen vincularse a lo que se conoce como "competencia ruinosa", es decir en que la concurrencia en el mercado nos conduce a una quiebra masiva de empresas. Es común que los casos de competencia ruinosa estén vinculados a circunstancias en que debería darse un monopolio natural. La necesidad de economías de escala exige la eliminación de toda empresa cuyas dimensiones no alcancen la escala suficiente como para minimizar los costos de producción. En este sentido, esta preservación de empresas es precisamente contraria a las funciones que debe desarrollar el mercado.

En mi opinión, debería eliminarse la posibilidad de obtener autorizaciones para desarrollar prácticas restrictivas. Sin perjuicio de ello y de mantenerse vigente el artículo 7 debe limitarse la aplicación por la Comisión de las autorizaciones a casos sumamente excepcionales expresamente contemplados en la norma, para evitar desvirtuar las funciones de todo el sistema de regulaciones antimonopólicas.

7. CONCLUSION

El presente artículo ha dado sólo una visión panorámica de la problemática de las regulaciones antimonopólicas. La preocupación se ha centrado en los riesgos que plantean para la economía, y sobre todo para los consumidores, una legislación intervencionista que trace los linderos de la regulaciones más allá del Muro de Berlín y que cometa los mismos errores que cometieron sus constructores.

Los riesgos son muchos. Una regulación que no respete ciertos límites, que no comprenda como meta en su aplicación el logro de la eficiencia y el bienestar final de los consumidores puede sufrir un derrumbe tan estrepitoso como el propio Muro de Berlín. Pero el peligro está en que al hacerlo puede hacernos pensar que la legislación antimonopólica es innecesaria, cuando ella, dentro de sus límites naturales, es un mecanismo necesario para la existencia del sistema de mercado.

El logro de una regulación que fomente la competencia, que no olvide que el tamaño empresarial puede ser una expresión de eficiencia y que el mercado abierto es la mejor manera de asignar los recursos, es un compromiso que debemos asumir los que creemos en la libre competencia y desconfiamos de muros que cercan la libertad económica que nos hace dueños de nuestro propio destino.

EL PROCESO CIVIL COLECTIVO

Augusto M. Morello
Profesor de Derecho Civil y Procesal Civil
Argentina

A propósito de la novedosa legislación brasileña, el doctor Augusto Mario Morello realiza un interesante análisis sobre los mecanismos que el Derecho Procesal Civil puede facilitar a la sociedad para la defensa de intereses no identificados necesariamente con el interés privado, único que hasta hace poco en el Derecho Comparado legitimaba a cualquier particular para acceder al órgano jurisdiccional. Los intereses difusos y colectivos son un tema novedoso en el ámbito de la doctrina jurídica vinculada a la tradición romano-germánica del Derecho, aun cuando nuevas formas de legitimación para obrar habían sido ya asumidas por otros ordenamientos, principalmente los relacionados al «Common Law», en los que se creó la figura de la «class action».

Problemas relativos a la protección de los intereses supraindividuales, como la protección del consumidor o del ambiente, exigen rediseñar nuestros modelos procesales. No sólo debe superarse una estrecha concepción jurídica acerca de la legitimación para obrar, sino que también deben solucionarse cuestiones de cosa juzgada y de efectos de las sentencias sobre los terceros. Este es el ámbito del proceso colectivo, cuyo tratamiento legal obliga a dejar de lado dogmas inveterados en el Derecho romano-germánico y aprender a tomar decisiones mucho más pragmáticas y acordes con la realidad.

1. INTRODUCCION. LA ACTUAL EXPERIENCIA BRASILEÑA

Ya había reconocido Cappelletti en 1990[1] la importancia de los avances llevados a cabo por la doctrina y la legislación del Brasil en las áreas de la tutela de los intereses difusos y colectivos, así como de la dilatación del *mandato de segurança individual* (nuestro amparo singular), al expresarse, en la Constitución sancionada el 5 de octubre de 1988, en el *mandato de segurança colectivo* (nuestro amparo colectivo), y sin detenerse en esas aperturas, en los posteriores logros que se materializan con la sanción del Código del Consumidor, las adaptaciones similares en el derecho de familia, etc., que procuran una tutela especial (diversificada) jurisdiccional efectiva, de carácter preventivo y en **dimensión social**[2].

Las sucesivas conquistas (el ganar espacios de continuo) en un lapso de no más de diez años (1982-1992) se enriquecen más todavía al incorporarse en estas horas a esos **procesos colectivos de la tutela específica**, una categoría de derechos que se encasillan con la denominación de **intereses individuales homogéneos** y de los que más adelante daremos cuenta[3].

[1] Proseguimos la línea temática desarrollada en El Derecho Procesal Civil en los umbrales de un nuevo milenio, JA. 1992-II-854; "La responsabilidad civil de los profesionales, la defensa de la sociedad y la tutela procesal efectiva". En: Las responsabilidades profesionales, libro homenaje al doctor Luis C. Andorno. Platense, La Plata, 1992, p. 15; "Nuevos daños, nuevas técnicas procesales de protección". En: Derecho de daños, Segunda Parte. La Rocca, Buenos Aires, 1993, p. 35, con la bibliografía en ellos mencionada y la exposición producida en "El acceso a la justicia en el año 2000", "El proceso civil colectivo", simposio realizado en Sao Paulo, Brasil, entre el 3 y el 12 de noviembre de 1992.

[2] CAPPELLETTI, Mauro. "O acesso dos consumidores a Justica". En: *Revista de Processo*, Sao Paulo, 1991, n. 62, pp. 205-220.

[3] Cfr. NERY JUNIOR, Nelson. *Principios do proceso civil o Constitucao Federal*. Revista dos Tribunais", Sao Paulo,1992, N 16, pp. 106-118; PELLEGRINI GRINOVER, Ada. "Comentario al artículo 212 del Código de Protección Integral de
(Continúa en la siguiente página)

a) Esa idea de lo colectivo (que involucra grupos, categorías, poblaciones) y complejas situaciones subjetivas polarizadas en objetos (bienes de la vida, diría Chiovenda) indivisibles, aunque de uso y aprovechamiento fraccionado (desde el aire, el agua, la flora, las riquezas arqueológicas, los monumentos históricos, las obras estéticas del patrimonio cultural común, lo que **empuja** a la calidad de vida, etc.), se ensancha para dibujar un régimen o sistema de tratamiento jurídico envolvente y similar, de suerte que la expansión grupal, como un surtidor, determina la **comunicabilidad** horizontal de la tutela en favor de todos aquellos sujetos que, apresados en la conexidad (diríamos **vital**) de esa situación común, no juegan en solitario. Se repite con rasgos y efectos idénticos o muy semejantes en seriada (muchas veces **masiva**) reiteración.

Cuando se refiere a los consumidores (de heladeras, automotores, productos farmacéuticos, adquirentes de unidades inmobiliarias en la propiedad horizontal, etc.) muestra relaciones predispuestas (si no impuestas) por una de las partes, a la que la otra adhiere sin más.

Los defectos de esos productos, las consecuencias de una intensa e imparable publicidad engañosa, las fallas y vicios ocultos, y las derivaciones de resoluciones agarrotantes que establecen las pérdidas de las cantidades entregadas por los adquirentes ante cualquier supuesto de mora, etc., no encajan en los moldes negociales clásicos del paradigma del contrato del **Código Civil**; es decir en el espejo de dos contratantes hipotéticamente iguales, uno de los mitos que se arrastra arropado en la idea decimonónica de la libertad absoluta de los dos polos de intereses enlazados en el acto jurídico patrimonial que es el contrato.

Todo ello, cuanto menos, es **insuficiente** desde los dos frentes de consideración: sustancial y procesal. No cabe apelar a la teoría de los vicios redhibitorios, por caso, ni al paquidérmico proceso de conocimiento (igual ordinario que plenario abreviado), pues desde los dos ángulos se arriba a una privación de justicia y al mantenimiento de **conflictos que erosionan la paz social.**

Así es como se dividen las aguas entre un contrato verdaderamente negociado y el **otro paradigma** del contrato seriado, **estándar**, de tickets, bajo condiciones generales. Y ya sabemos cómo es de diferente la incidencia de las normas que regulan tales categorías de actos. Que se han adueñado de diversificadas áreas del tráfico, aunque la parte débil necesite de los auxilios externos, así como los principios y **estándares** interpretativos que giran para socorrer, defender, proteger, al **consumidor**; y de ese modo juega también el poder de fuego de las prohibiciones, interdicciones, ***injuctions***, y mandamientos sentenciales de hacer o no hacer, de invalidar y calificar de inoponibles -ineficaces- para la parte afectada aquellas cláusulas leoninas o abusivas que se malquistan con la buena fe[4].

b) En igual década hemos procurado señalar la metamorfosis, esfuerzo de adaptación y corrimiento que experimenta el moderno Derecho Procesal, teñido fuertemente de colores por demás novedosos: carácter instrumental (pero no sólo garantista o de fría técnica que se olvida de la materia en controversia) y facilitador de los fines que deben presidir la interpretación judicial. Una nueva cultura jurídica del proceso adversarial: más simple, informal, que relativiza el rigor pretendidamente absoluto y cerrado de los principios; nada conceptualista ni abstracto, en donde el juez pierde una neutralidad que es una manera disfrazada de conservadurismo, manteniendo desde luego total independencia y objetividad, axiológicamente está personalmente comprometido a que los resultados de la jurisdicción sean más **justos y útiles**. Del protagonismo del juez y de la forma de conducirse y estimular a la colaboración debida por los otros sujetos del proceso. Director inmediato y no distante, que maneja poderes-deberes de uso inaplazable, que busca la verdad jurídica y que en algunos temas de especial connotación social (previsionales, minoridad, laborales, agrarios) no sólo aguarda la puntual satisfacción

(continuación de la página anterior)
los Niños y Adolescentes". En: *Estatuo da criança e do adolescente, comentado* (coordinado por Munir Cury, Antonio Fernando do Amaral y Silva, Emilio García Méndez). Malheiros, Sao Paulo, 1992, p. 655, y su magnífica conferencia en el simposio indicado en la nota 1, del 4 de noviembre de 1992, "El proceso colectivo del consumidor", que nos ha servido de guía, al centrar la investigación preferentemente en esta última perspectiva, y la obra más orgánica y completa, Código brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado por los autores del anteproyecto: PELLEGRINI GRINOVER, Ada; VASCONCELLOS Y BENJAMIN, Antonio H. de; FINK, Daniel R.; BRITO FILOMENO, José G.; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson y DENARI, Zelmo. Forense Universitario, Rio de Janeiro-Sao Paulo, 1991, p. 717.

[4] MORELLO, Augusto M., "Los contratos entre las normas de los Códigos y la realidad negocial". En: *Contrato y proceso*. Platense-Abeledo-Perrot, Buenos Aires-La Plata, 1990, p. 23 ss.

de las cargas probatorias dinámicas y de colaboración real de los interesados (según sea su posición y mejor información) sino que, además, llega a comportarse como cabal investigador, si bien lo que él obtenga a través de ese rol deberá ser puesto, bilateralmente, a disposición, observación y control de las partes[5].

El garantismo técnico y nada más que eso es un hacer de los operadores que olvida, cuando se desentiende de su verdadera finalidad, que el proceso es un medio civilizado y racional de alcanzar la solución justa al fondo de la disputa, sin quedarse en la superficie -muchas veces frustratoria, como gusta expresar nuestra Corte Suprema- de la tutela constitucional debida[6].

1) Lo anterior (y muy parcialmente) dibuja las expresiones concretas, y en la experiencia del **Derecho vivido**, de la formidable altura que ostenta el **modelo del aceso a la justicia**. Este, por cierto, no se reduce a la habilitación del proceso judicial justo, sino que, como metodología de tratamiento global y de los correspondientes cursos de acción, es comprensivo de un movimiento sin parcelas excluyentes. La previa y necesaria tutela administrativa, el acceso al conocimiento, a los mejoramiento culturales, a la salud, al perfeccionamiento, a la no discriminación científica y cualificada. Y lo más notable es que todo ello -montado en las ideas-fuerza de la solidaridad y efectividad de los derechos- gana cada día un horizonte mayor, sin ceder a los egoísmos y a una línea de barreras que obstan a la igualación real.

2) El impacto de los procesos colectivos sacude a la santa bárbara de la tradicional explicación científico-procesal, con la que de manera general(sin diversificaciones) se pretendió dar respuesta, entre los años '40 y '70, a los fenómenos que iban rotando de posición, de escala, complejidad y velocidad.

Los operadores ya no manipulaban el solo proceso individual entre Cayo, Tizio y Sempronio; ni, por ejemplo (la ola de mudanzas y desplazamientos es intensísima) el juez actuante se podía remansar en una actividad pasivamente expectante, de simple árbitro. Tampoco el proceso legal adjetivo pasivamente es el mismo, porque se trastrocan actos, fases, diligencias y coordinación interior; las medidas cautelares, por ejemplo, ya no están sólo y nada más que al servicio de la emanación jurisdiccional sobre el mérito de la pretensión principal, o de su oposición, porque se automatizan e, independientemente, en la *praxis*, **valen de por sí**[7].

Asimismo, la teoría de la interpretación judicial y los fines del litigio no se conforman con **salidas** de compromiso, exclusivamente formales.

Todo esto se hace más evidente para ciertas categorías de asuntos (masivos, grupales) **colectivos**, de una repercusión social gravitante para la convivencia. Desplazamiento que, de manera arrolladora, impacta en lo establecido, que **ya no sirve**, porque ciertamente se exhibe como anacrónico. No **acompaña** ni ayuda a diluir, conciliar, componer, pacificar; a hacer **real a la justicia** que el litigante está aguardando.

¿Cómo embretar la eficacia de la cosa juzgada pensada y legislada para los específicos sujetos de un proceso particular, cuyo contenido se escapa y, con similitud fotográfica, **engancha** situaciones comunes que demandan (están necesitadas) de igual respuesta jurisdiccional? ¿Habrá que multiplicar hasta el infinito una sobrecarga onerosa y disfuncional para obtener en 30.000 (ponemos aquí como dato un ejemplo de nuestro país) causas, que la jurisdicción exprese que los jubilados tienen derecho a un haber de pasividad del 82%? ¿No fue ello reconocido en una sentencia cuyos alcances se deberían comunicar a las homogéneas situaciones de todos los demás (artículo 14 *bis* CN)? ¿Cuál es o debe ser el límite (subjetivo) de la cosa juzgada cuando están en juego derechos individuales **homogéneos**?

Hay, pues, un nuevo ***modo faciendi*** de protección en concreto, con efectiva utilidad, para ciertas categorías de derechos que se corporizan de forma colectiva.

[5] En la moderna estructura del debido proceso adjetivo se puede alterar el orden usualmente lógico de sus fases, si por necesidades de eficacia y efectividad de los resultados útiles para la justicia a alcanzar en lassentencias se entrecruzan o altera el iter de sus desarrollos. Lo que importa es evitar las indefensiones o sorpresas a las partes que lesionen su posición defensiva. Por ende, en la acumulación final de los resultados lo gestionado en el expediente debe asegurar, en concreto, los propios de contradicción e igualdad.

[6] El tribunal "deberá tener en cuenta que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales" (Código General del Proceso de Uruguay, en vigencia desde noviembre de 1989, art. 14).

[7] MORELLO, Augusto M., *La medida cautelar sustancial*, JA, 1992-IV-314.

Todas estas libertades (o derechos) de fundamental significación en la vida de cada cual tienden (deben tender) a una eficacia plena inmediata (el **ya**) en lo instrumental, sea el proceso administrativo o el judicial.

3) La repercusión mayor en relación con el clásico litigio singular se manifestó, sin embargo, en dos instituciones fundamentales: a) en punto a la legitimación de obrar; y b) tocante a la extensión subjetiva y modalidades de la cosa juzgada.

Acerca de la primera, el verse envueltas tantas personas afectadas en la amenaza o lesión del mismo objeto indivisible y que en su uso o disfrute concierne a muchos; o bien que ese perjuicio (por defecto de fabricación o por causas afines) se reproduciría (repetitivamente) en cuantos, masivamente, se comportan como compradores **anónimos** adherentes a las condiciones generales uniforme e impuestas por el vendedor; situaciones que producían consecuencias paradójicamente contradictorias u opuestas. Desde un ángulo se multiplicarán al infinito procesos con identidad de contenidos, por la misma y común causa determinante y referencia a objetos o bienes indivisibles (el medio ambiente polucionado por afluentes de industrias contaminantes, por ejemplo, Rio Reconquista o por el hollín que cubre todas las mañanas las viviendas de los pobladores de Ensenada y que desparraman los hornos de la planta General Mosconi); o que, siendo bienes independientes y de afectación individual, como ocurre con la compra de una heladera o el televisor de tal fábrica y marca tienen los mismos desperfectos; su defensa provocaría la onerosa y sobrecargada actividad jurisdiccional que, como en calcos sucesivos, **deberían** desembocar en idénticas definiciones sentenciales.

¿Servirá a los fines de la tutela apelar al litisconsorcio o la acumulación de procesos? La experiencia indica que no son ellos funcionales para abastecer estas realidades frecuentes en las ciudades urbanas y dinámicas de fines del milenio. Insistir en esas sendas provocaría otra manifestación desfasada de **más de lo mismo**, que forzarían, a escala desproporcionada, figuras pensadas para ser utilizadas dentro de otras **proporciones** y que, si se las lleva a un registro subjetivamente distinto, se las saca de madre, con resultados adversos su **razonable** y circunscripto ámbito de juego normal.

Desde la otra perspectiva, los daños que producen esas causas son (o pueden ser)de extraordinarias proyecciones, al expandirse geográficamente (la polución de un río) y menoscabar la salud, o la vida, o la calidad de ella (por el arsénico existente en un fundo, por ejemplo) y que se dilata a ciudades o regiones, lo que significa que las víctimas concretas o potenciales superan cualquier previsión determinada, o de fácil individualización. ¿Cómo demandan cinco mil personas al autor (empresa, o conjunto de ellas) de la polución, o al fabricante de un producto elaborado deficientemente (con fallas) adquirido por tantos consumidores?

Procesos de filosas dimensiones sociales, de repercusiones económicas igualmente relevantes que se enfrentan con otra paradoja que incide en el enfoque y en la estrategia de su tratamiento jurídico. Los daños genéricos (globales) de una magnitud impredecible (los actuales y los futuros) -por ejemplo, en los intereses difusos- al fraccionarse en tantísimos afectados, pueden ser, por el contrario, respecto de cada uno de ellos **ínfimos**, o de muy irrelevante entidad. Acaso perjuicios morales exclusivamente y de muy flaca representatividad.

Por la falla pequeña pero decisiva para el **no** funcionamiento de una estufa acaso el adquirente «no se atreva a hacer nada» porque «no vale la pena», o porque no conozca quién le pueda informar y asesorar y entonces acepte padecer frío durante el invierno antes que verse atrapado por un pleito contra un fabricante sólidamente asentado que, por tener capacidad financiera, bien puede esperar los resultados (tardíos) del proceso judicial singular (Benjamín).

Asimismo, queda en claro que hay en esta problemática dos líneas de fuerza; como una avenida de doble mano, cuyos carriles corresponde diferenciar para matizar sus pertinentes campos operativos y las técnicas con las que se han de abordar. El interés general -decimos el interés prioritario de la sociedad- busca que ni el polucionante ni el fabricante **continúen** en un accionar dañoso o lesivo. Hay que impedir que eso se perpetúe.

La finalidad primera de cualquier reclamo o pretensión (administrativo y judicial) no puede sino perseguir la obtención de un mandato (acto administrativo o sentencia) que prohiba, interdicte, impida, disponga no hacer lo que se viene haciendo, con los peligros y perjuicios que, de lo contrario, se acrecentarían de manera constante.

4) Pero, **al mismo tiempo**, en el otro carril de esa avenida, y en el retorno **al interés** individualizado (el singular y propio de cada habitante o de cada consumidor), aflora el derecho a ser indemnizado por los daños personalmente sufridos, en curso o de agravamiento futuro.

Lo primero es general y no discrimina: el paisaje se corrompe, erosiona y destruye para todos; seguir fabricando y vendiendo máquinas falladas es factor conflictivo de **fronteras abiertas** porque son indeterminados los posibles y fluyentes adquirentes; también diverso el *quatum debeatur* en que se cristaliza el perjuicio sufrido por cada uno de ellos.

En el camino de ida el logro útil se alcanzará a través de una sentencia de carácter ordenatorio (en Brasil se nomina **mandamental**) de clausurar o prohibir, que conlleva el agregado específico de la fuerza pública, enraizándose en los matices que cualifican a las condenas de hacer o no hacer (y antes, en la esfera cautelar, habilitan la cuña anticipatoria de la medida innovativa, de verdadero tono **sustancial**, por sus consecuencias equiparables a las de la sentencia de mérito).

Deviene imperioso, **desde el inicio**, asegurar el resultado práctico de ese pronunciamiento, para lo cual ingresan las *astreintes*, las multas, las conminaciones: clausuras e interdicciones. Se hace exigible y patente la buena conducta frente a la sociedad y frente al conjunto (despersonalizado, seriado) de eventuales adquirentes.

En el campo de regreso, el carácter ordenatorio (mandamental), ya agotado en sus implicaciones preventivas y anulatorias de contención y freno de lo que se venía haciendo mal para muchos (afectando al interés colectivo) y perjudicaba al conjunto, el **interés de todos** (derechos difusos), hace que los agravios se nucleen en acentos **individuales**, en las concretas víctimas, unas pocas, numerosas, categorías o grupos, que al perseguir las reparaciones incorporan y diversifican, al lado del proceso colectivo (el del camino de ida), estos singulares reclamos indemnizatorios, variados y de notas particulares uno respecto de otro, según la naturaleza y extensión de los respectivos daños.

Groso modo, de esta manera quedan dibujados dos marcos superpuestos: uno estructuralmente colectivo, y otro en el cual, en el esquema clásico del daño cierto, probado y liquidable, se ventilará la procedencia y cuantificación de la indemnización. Cada habitante, cada víctima, deberá probar su **agravio**. Cesó la indivisibilidad y emerge la carga de acreditar *el quantum debeatur proprio*.

En ese camino, la tutela **específica** a causa de los fenómenos que hemos puntualizado ha tenido que ser desdoblada en dos fases; una se materializa en la sentencia genérica, en donde se impone la más urgente definición preventiva y **paralizante** de las causas dañosas y, además, todavía tampoco se sabe cuáles habrá que indemnizar. Sólo hay víctimas o perjudicados a determinar y nos debemos manejar mediante condenas genéricas.

En un segundo momento, habrá que dilucidar la habilitación (legitimación de obrar en concreto), la competencia o cualidad del accionante **particular** que ejerce su derecho a que se le repare el daño sufrido.

Como un dios Jano, dos rostros, zonas bifrontes, que en la vuelta han de dar respuesta y satisfacción al daño **repartido**.

Se cae en la cuenta de que, para la protección de los derechos difusos o colectivos -derechos transindividuales o metaindividuales- lo establecido y en uso general, tal como se lo practica, no sirve -es insuficiente- para dar solución, por de pronto, a los problemas de la legitimación.

5) Otro foco procesal que se ve afectado es el (político) de la cosa juzgada; el que demanda determinadas adaptaciones y elasticidad a fin de relativizar posiciones pretendidamente absolutas, incompatibles con el perfil de estos derechos, el modo en que se ejerce su defensa jurisdiccional efectiva, las que no estarían cubiertas con idoneidad a través de la aplicación mecánica de lo que estamos habituados.

En efecto, en tal cuadrante la cosa juzgada no puede ser sino *erga omnes* comprensiva de **aquellos** que aunque no fueron parte, podrían igualmente invocarla por estar comprendidos dentro de la situación material originante del proceso judicial. Esos **otros** también serían juzgados con idéntico resultado al que vino a desembocar ese proceso. Es decir que -para los habitantes de una villa polucionada por la misma fábrica- el proceso colectivo instaurado por algunos o pocos se comunica a todos los que están involucrados en la misma situación. De lo contrario, con sus complicaciones y riesgos, se enracimarían las excepciones de litispendencia y las argumentaciones propias del compromiso o visión individual.

Pero ese régimen (el de la cosa juzgada) en el proceso colectivo estará asimismo imbuido de otras manifestaciones según la manera en que se hubiera estructurado el proceso; si la sentencia hubiera sido desestimada por falta o deficiencia de prueba, no impedirá, sin embargo, que otro eventual legitimado inicie y gane un nuevo proceso por la misma causa de pedir.

Por consiguiente, la eficacia *erga omnes* lo es para

beneficiar (si tuvo éxito), pero no para perjudicar a los demás (si por ejemplo ella es el resultado de un proceso colusivo).

No debe extrañar, por ende, que el CDC (Código de Consumidor) adopte para los límites subjetivos de la cosa juzgada la opción *secundum eventum litis*, de manera que alcanza a aquellos que, aunque no hubieran intervenido como parte del proceso, por ser componentes de la clase, les será al cabo, también favorable (*in utilibus*).

c) Va de suyo, entonces, que la Ley Suprema de 1988, y las **acciones civiles públicas**, afirman una tendencia que se aparta de la línea individualista del clásico proceso civil para atemperando los riesgos de las acciones populares, suministrar respuestas adecuadas -eficaces -a procesos colectivos. A problemas de una nueva y compleja estructuración subjetiva, en donde las normas legales, reglas de aplicación, legitimación de obrar, distribución de la tarea probatoria, tarea interpretativa para la elaboración de la sentencia, contenido y finalidad del mandato jurisdiccional, alcances de la cosa juzgada colectiva (respecto de sus límites subjetivos) recortan los matices apuntados. En derivación dividida en singularidades afectadas de manera diversa y a ser reparadas con respuestas jurisdiccionales diversificadas, porque las pretensiones de condena a indemnizar (de tratamiento diversificado) entrecruzan reclamos singulares con fines sociales; una tutela colectiva con soluciones particulares. Es un sistema que se conjuga en un moderno sistema procesal **integrado**, encasillando una red de inéditas manifestaciones del debido proceso constitucional al que se hace circular por otros carriles y con revolucionarias exteriorizaciones: a) nuevas legitimaciones; b) diferentes formas de notificar la demanda, y de tenerse por conocido, con razonabilidad, su contenido porque se presume que debió llegar a destino; c) peculiares enfoques para la **sustitución** procesal (por el representante de la clase o categoría afectada) e igualmente para la **representación** procesal; d) ocaso del papel no neutral del juez; e) impacta también un deseado **activismo** del Ministerio Público[8]; f) y en lo tocante al procedimiento, imposición de costas, gratuidad en el proceso, etc.; g) lo más destacable seguramente es la incidencia de los límites subjetivos de la cosa juzgada que la legislación del país hermano -y una de las cuatro naciones partes del MERCOSUR- acuerda a las pretensiones difusas, colectivas e individuales homogéneas (ver *infra*, artículo 103, CDC).

d) Es igualmente sabido que los consumidores no se organizan (no cuentan tampoco con medios ni estímulos) con poderes propios para equipararse a la situación de la parte adversarial[9].

1) Los autores del CDC advirtieron, asimismo, que no arraigaría en ese país la modalidad americana de la *class action*, en cuanto al *opt out* (los presumibles legitimados que no son incorporados), que descarta del emplazamiento de parte procesal a quienes no desean ser incluidos en un accionar colectivo o grupal (de la clase); lo que se consagra al establecer requisitos de notificación o de intimaciones expresas de la demanda de clase tan severas que en el Brasil su satisfacción se haría imposible o, en la mayoría de los supuestos y por razón de su costo, dejaría impracticable la tutela colectiva. Las mismas razones justifican la diferente manera de concebir la cosa juzgada que produce la sentencia a recaer en ese tipo de litigio (colectivo).

[8] Irrumpe como una ola en expansión que no sea ya, el dueño monopólico de la postulación de tutela el Ministerio Público (retado a un comportamiento de mayor presencia y protagonismo), porque sin infraestructura mínima razonable, sin conocimiento científicos o técnicos especializados bastantes y preparado (burocráticamente) para asumir una posición más tranquila o pautada, se ve obligado a enfrentar los nuevos daños desde otro horizonte y dinámica. Al lado de él -cuando no sustituyéndolo-, emergen las entidades privadas intermedias de defensa de esos bienes y derechos que enarbolan la titularidad y ejercicio de acciones privadas de finalidad pública. Desde fines de los años 70, los cuadros normativos se abren a fin de habilitar lo que constituye la acción pública para la tutela de esos nuevos derechos (cfr. NERY JUNIOR, Nelson; MIBRE, Edis, y FERRAZ, Antonio A. A acao civil pública e a tutela jurisdiccional dos intereses difusos. Sao Paulo, 1984, p. 32 ss.; LOPES MEIRELLES, Helly. Mandato de seguranca, acao popular, acao civil pública, 13a ed, Sao Paulo, 1991. Brasil cuenta con un sistema institucional integrado por la ley de acción civil pública (ley 7347/85), por el Código de Defensa del Consumidor y los nuevos institutos de tutela jurisdiccional de los derechos difusos y colectivos que destacamos en el texto (ver artículo 5 y los numerales individualizados de la Constitución Federal del 5/10/88. Con el mandato de segurança protegen las libertades fundamentales.

[9] Todo esto fue rigurosamente explicado por la inteligente procesalista Ada Pellegrini Grinover en Sao Paulo, en su conferencia del 4 de noviembre de 1992 (ver supra, nota 1).
En orden a estas especificaciones se ejemplificó: ¿quién que descubra que un envase de leche en polvo que marca 1000 grs. y, que en realidad sólo contiene 950 (o entre nosotros los famosos rollos de 74 metros de papel higiénico que eran -o son- de mucho menos) se aventuraría a reclamar un perjuicio irrisorio por tan poca diferencia (50 grs.)?
Pero ese fraude y enriquecimiento sin causa quedarían válidos, indemnes, estimulados.

2) En el Brasil, por último, la originaria **sustitución procesal** de la parte individual por los entes colectivos (liga, entidad de protección o defensa, que es quien asume o impulsa el proceso colectivo por el lado activo) se puede trocar, en el segundo proceso de conocimiento de reparación individual, en **representación** de las víctimas, sin perjuicio de que éstas puedan actuar de manera personal y directa, (véase textos del CDC en el anexo).

2. DIBUJANDO EL NUEVO PROCESO CIVIL COLECTIVO

Esos ajustes y corrimientos vienen impuestos por la arrolladora realidad de los cambios determinados por el progreso de la ciencia y de la técnica y la agresividad y destrucción del ambiente. De allí que no deban extrañar los postulados de la ecología ante las nuevas circunstancias, las experiencias (masivas) del comercio internacional y la concentración empresarial. Irrumpen la economía de escala, uniformación de mercados, homogeneidad de áreas integradas, normas, **estándares** y cultura negocial **sin fronteras**, todo lo cual conduce, inexorablemente, a una nueva actitud en la defensa pública de esos bienes y de sus usuarios. Dos ópticas, la de la sociedad y la de los consumidores, se entrelazan e interactúan para auxiliarse complementariamente. Sus planos superpuestos concluyen para acordar el diseño a una complejidad que desnuda tantas aristas rebeldes.

El acceso a la justicia (en ese modelo moderno y abierto) aunque reconozca como punto de partida y antecedentes necesarios nociones y tácticas históricas comunes a la tutela individual, trasmuta -con las adecuaciones correspondientes- los encuadramientos y los mecanismos de la tutela **colectiva**, que no se polarizan ni están determinados por el exclusivo propósito de reparar, indemnizar, pagar.

Se ve con nitidez el ascenso y difusión que se ha operado en la última década, ahora constitucionalizado en la Ley Máxima de 1988.

a) De qué manera se delimitan en sus identidades, como parcelas diversificadas. En los intereses o derechos difusos el objeto común es **indivisible** y entre los involucrados por una situación de los consumidores que es envolvente, general, omnicomprensiva, no preexiste ninguna relación de Derecho, vínculo jurídico, enlace negocial o fuente jurígena equiparable. Nada más que, **coexistencialmente**, por ser los que lo integran una comunidad, grupo, categoría o clase **afectada**; la suerte de cualquier de ellos será lo que le ocurre al conjunto. De facto, esa colectividad se ve inserta en una situación que es compartida por la generabilidad, el conjunto; el daño, el deterioro, coloca en el centro de la referencia a la colectividad sobre las individualidades y en esa universalidad los bienes a tutelar no son divisibles o fraccionables (por caso, el ambiente): la contaminación del aire que respiran los habitantes de un lugar determinado.

b) Los intereses colectivos (no difusos) y desde la óptica de los consumidores las manifestaciones seriadas y múltiples (por ello colectivas) suponen, en cambio, un lazo jurídico (la relación de la compra de la heladera, del producto del laboratorio médico-farmacéutico, etc.); una situación que, cualesquiera fueren sus tenues o atípicas manifestaciones, el Derecho ha regulado de alguna manera. Ha estado presente.

c) Pero, además, en el Derecho brasileño no sólo se habla de los intereses individuales, los colectivos y los difusos, sino que, en este tránsito a un nuevo universo de conflictos, tensiones y técnicas procesales con prioritarias fórmulas encaminadas a sistematizar las **tutelas públicas específicas** (útiles o efectivas), por conducto de acciones civiles colectivas, se ha ingresado al estudio, y en los textos legales a la categoría, de los intereses (derechos) individuales **homogéneos**.

Conciernen a las posiciones idénticas de quienes están regulados por un emplazamiento en la situación que la parcela jurídica **involucrada** comprende de manera uniforme y general. De este modo, los pensionados y jubilados; aquéllos que (y esto se dio en la Argentina) a raíz de la inconstitucionalidad de un impuesto (o de la confiscación de los depósitos a plazo fijo y la irrazonable conversión en bonos a pagar en diez años), tienen como soporte de una eventual pretensión en justicia derechos homogéneos (ser jubilado, contribuyente, depositante, etc.) y estarán legitimados para pretender (judicialmente) la movilidad y cobro de la diferencia del haber jubilatorio, la devolución del tributo cobrado ilegítimamente, sin causa; el reintegro de los depósitos, etc.

Se titularizan de manera uniforme, aunque no defiendan intereses difusos, ni tampoco, *strictu sensu*, colectivos. Ponen de manifiesto que, por el peso de razones nada baladíes (por caso, los jubilados) la multiplicación de causas singulares de igual contenido significaría recorrer una senda totalmente inconveniente, retardataria y disfuncional (que afecta la paz social).

Hay, por cierto, evidentes motivos de conveniencia y justicia para apartarnos del proceso singular clásico (y, entre nosotros, lamentablemente, el

único en uso), para trepar a otro nivel de tutela pública que recorta de un modo diferente la respuesta satisfactoria a una catarata de reclamos y pretensiones afines, similares, cuando no idénticos, y de consideración y definición homogéneas.

En estos últimos se advierte que el matiz patrimonial (aun asistencial o alimentario de las prestaciones) es de fuerte tonalidad, los objetos divisibles, muchos de ellos disponibles o transables (el impuesto, el importe del depósito), resaltando que lo que se busca es la simplificación de la composición a través de la uniformación, seguridad y economía de la respuesta (como si fuera una casación) a situaciones similares. **Que la cosa juzgada recaída en un proceso singular se traslade** -se comunique - **a las demás afines.**

No interesa tanto la forma de reducir las dificultades -no pocas, ni simples- que ese cambio de andarivel global supone (por ejemplo, cuál juez y por qué no otro que el del domicilio de la víctima) para proponer ante él, el complemento jurisdiccional del *quantum* indemnizatorio singular sobre el presupuesto genérico del documento ejecutorio base, el título de la sentencia recaída en la defensa colectiva de los intereses difusos (*debeatur*) que poblarán el nuevo cuadrante en que se manifiesta la tutela colectiva específica; como en estar dispuestos, preparados, para las mudanzas de estrategias, comportamientos y estilos profesionales que esas adecuaciones impulsarán **y que están a las puertas de nuestra realidad.**

Esa nueva dupla: acción civil pública-proceso civil, atrapa un fascinante paisaje jurisdiccional de las sociedades urbanas (de las ciudades de los ciudadanos de los años noventa).

3. ANEXO DE LA LEGISLACION BRASILEÑA

1) «El Estado promoverá en forma de ley, la defensa del consumidor» (Constitución Federal de 1988 artículo 5 - XXXII)
2) «Es concurrente la competencia de la Unión, Estados y Municipalidades para legislar sobre responsabilidad por daño al consumidor» (ídem, artículo 24, VIII).
3) «Código de Defensa del Consumidor» (ley 8078 del 11/9/90)[10]:

Artículo 81.- «La defensa de los intereses y derechos de los consumidores y de las víctimas podrá ser ejercida en juicio, individualmente o a título colectivo».
Parágrafo único: «La defensa colectiva será ejercida cuando se trata de:
"I. Intereses o derechos difusos, así entendidos para los efectos de este Código, los trasindividuales de naturaleza indivisible, de los que surgen titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho";
"II. Interés o derechos colectivos, así entendidos, para los efectos de este Código, los trasindividuales de naturaleza indivisible de que sea titular grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base";
"III. Intereses o derechos individuales homogéneos, así entendidos los concurrentes en origen común"»[11].

Artículo 82.- «Para los fines del artículo 100 (norma que estatuye que transcurrido un año sin habilitación de interesados en número compatible con la gravedad del daño, los legitimados por el artículo 82 podrán promover la liquidación y eje-

[10] Además de las obras que hemos citado, véase: DUARTE GARCIA, Mario S. "Direito do Consumidor", en *O Direito na década de 1990. Novos aspectos* (Estudios en homenaje al profesor Arnoldo Wald), coord. de Paulo Dourado de Gusmao y Semy Glanz. Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 1992, pp. 21-33; BULGARELLI, Waldirio. "Direito do Consumidor". En la obra anteriormente citada, pp. 34-41; MARINHO, Josaphat. "Institucionalizacao dos direitos sociais". En: *Revista de Direito Civil*. Revista dos Tribunais, 1991, n 57, pp. 90-97, quien en un justo equilibrio apela a la enseñanza de la enciclica Centesimus Annus, ponderando "la firmeza en el campo de las relaciones jurídicas de un Estado vigente apto, mediante sus órganos competentes y la ley a garantizar la igualdad, aunque relativa, en el trato y en los conflictos entre personas de fuerzas económicas y sociales incomparables. Mantener esa postura tambiénrequiere determinación y sociales incomparables. Mantener esa postura también requiere determinación y autodominio, peculiarmente en esta transición histórica en la que la declinación del comunismo europeo viene propiciando el curso a un equívoco retorno al liberalismo no superado" (p. 96, énfasis agregado).

[11] Hay más: seguramente que en estos procesos el juez asume un papel decisivo, un protagonismo cabal- nada neutral-, apartándose del modelo tradicional de interpretación de normas o hechos controvertidos singulares o circunscriptos, por que al decidir el manejo de la hermenéutica se ajustará a interpretar los fines sociales y las exigencias del bien común, la verdadera presencia y repercusión de esa dimensión (social) en el caso y en las proyecciones, asegurando la eficacia plena inmediata, con independencia de cualquier consideración en relación con las ulteriores reclamaciones patrimoniales específicas. Cfr., obras citadas supra en notas 1, 2 y 7; ver MORELLO, Augusto M., y STIGLITZ, Gabriel. *Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos*. Platense, La Plata, 1986, p. 169 ss.

cución de la indemnización debida) están legitimados, **concurrentemente**:
"I. El Ministerio Público";
"II. La Unión, los Estados, los Municipios y el Distrito Federal";
"III Las entidades y órganos de la administración pública, directa o indirecta, aunque no tengan personalidad jurídica, específicamente destinados a la defensa de los intereses y derechos protegidos por este Código";
"IV. Las asociaciones legalmente constituidas hasta por lo menos un año y que incluyan entre sus fines institucionales la defensa de los intereses y derechos protegidos por este Código, dispensada de la autorización asamblearia"».

«Parágrafo 1: El requisito de preconstitución puede ser dispensado por el juez en las acciones previstas por el artículo 91 y ss., cuando haya manifiesto interés social evidenciado por la dimensión o característica del daño, o por la relevancia del bien jurídico a ser protegido».

Artículo 83.- «Para la defensa de los derechos e intereses protegidos poreste Código son admisibles todas las especies de acciones capaces de propiciar su **adecuada y efectiva tutela**".

Artículo 84.- »...Parágrafo 5. Para la tutela efectiva (para asegurar el resultado práctico equivalente al de la satisfacción cuando se trate de acción cuyo objeto sea el cumplimiento de obligación de hacer o no hacer), el juez podrá determinar las medidas necesarias, tales como la búsqueda y aprehensión, remoción de cosas o personas, deshacer la obra, impedir la actividad nociva, así como requerir la fuerza pública».

Artículo 87.- «En las acciones colectivas de que trata este Código no habrá imposición de costas, emolumentos, honorarios periciales ni cualesquiera otras expensas, ni condena de la asociación actora, salvo comprobarse su mala fe, en pago de honorarios de abogados, costas y gastos procesales».

«Parágrafo único: En caso de haberse litigado de mala fe, la asociación actora y los directores responsables por la proposición de la acción serán solidariamente condenados en honorarios advocaticios hasta el décuplo de las costas, sin perjuicio de las responsabilidades por daños y perjuicios».

Capítulo II: De las acciones para la defensa de intereses individuales homogéneos

Artículo 91.- «Los legitimados de que trata el artículo 81, podrán proponer, **en nombre propio y en el interés de las víctimas o sus sucesores**, acción civil colectiva de responsabilidad por los daños individualmente sufridos, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos siguientes».

Capítulo IV: De la cosa juzgada

Artículo 103.- «En las acciones colectivas de que trata este Código, la sentencia hará cosa juzgada:
"I) ***Erga omnes***, excepto si el pedido fuera juzgado improcedente por insuficiencia de pruebas, hipótesis en que cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, valiéndose de nueva prueba en la hipótesis del inc. 1 (intereses o derechos **difusos**) del parágrafo único del artículo 81"»
"II) ***Ultra partes***, más limitadamente al grupo, categoría o clase, salvo improcedencia por insuficiencia de pruebas, en los términos del inciso anterior, cuando se trate de la hipótesis prevista en el inciso II (intereses o **derechos colectivos**) del parágrafo único del artículo 81";
"III) ***Erga omnes*** sólo en caso de procedencia del pedido, para beneficiar a las víctimas y sus sucesores, en la hipótesis del inciso III (intereses o derechos individuales homogéneos) del parágrafo único del artículo 81"».

«Parágrafo 1: Los efectos de la cosa juzgada previstos en los incisos I y II **no perjudicarán** los intereses y derechos individuales de los integrantes de la colectividad del grupo, categoría o clase .

«Parágrafo 2: En la hipótesis prevista en el inc. III, en caso de improcedencia del pedido, los interesados que no hubiesen intervenido en el proceso como litisconsortes podrán proponer acción de indemnización a título individual» (en todos los textos los énfasis son agregados)[12].

[12] Al intervenir en Sao Paulo, el día 4 de noviembre de 1992, en el debate posterior, apuntábamos la necesidad de avanzar en este terreno con cautela porque el ensanchamiento continuo de las legitimaciones de obrar públicas puede forzar el margen adecuado de recepción, con la consecuencia de hacer fugar a ese costo extraordinario de tutela especial, situaciones o controversias que, quizás, no deban ser objeto de diversificada consideración, con lo que se suscitarán explicables resistencias de parte de quienes, por formación, mentalidad o hábitos, se aferran a las explicaciones establecidas. No todos los conflictos se mudarán a los intereses difusos, colectivos o de tratamiento público homogéneo.
(Continúa en la página siguiente)

4. CONCLUSIONES Y PROSPECTIVAS

a) El tránsito del proceso individual al colectivo es por demás asombroso y nos brinda, ávido de estudios y comprensión, el arsenal de las técnicas y soluciones que la gente aguarda del moderno Derecho Procesal para asegurar los bienes colectivos y lograr -al mismo tiempo- la tutela especial que proteja y defienda los singulares derechos afectados.

La defensa de la sociedad, de los intereses y derechos -vitales- caracterizados como difusos, colectivos e individuales homogéneos impone otro modo de pensar y actuar el Derecho instrumental facilitador de la protección útil de los mismos.

b) La rauda experiencia que proporcionan las modificaciones, adaptaciones y creación del Derecho brasileño, invita -desde nuestro peculiar horizonte, con originalidad y fuerza creativa, es decir sin copiar o trasplantar aquello que no se conforme con nuestra idiosincrasia y modalidades-, a que nosotros hagamos un paralelo esfuerzo de apertura e innovaciones, incorporándonos al proceso que se está llevando a cabo en Occidente. Desafío que es mucho más frontal y urgente para las naciones integradas en el MERCOSUR.

Lo que importa ahora es concientizar a la gente; algo así como lo que está ocurriendo con la ecología y la defensa del ambiente.

c) Los cambios de mentalidad[13] son los más difíciles y a los que los abogados estamos menos predispuestos. ¡Bien lo saben la negociación, el arbitraje y la conciliación! Asumamos con inteligencia y ductilidad las nuevas exigencias del acceso a la justicia[14] y demos respuestas vivas a los retos que la sociedad moderna lanza al Derecho Procesal, y **no sólo a él.**

(Continuación de la página anterior)
Ada Pellegrini alertó de las complicaciones que irán surgiendo "en las trincheras de las acciones colectivas", y reflexionó prudentemente en no lanzarlo a ellas al Ministerio Público ante el fuego cruzado de los intereses económicos afectados que se defenderán en una extensión de legitimaciones que puede afectar la garantía constitucional del debido proceso adjetivo, del contradictorio, y de que el acceso a la justicia se concrete con efectividad. En Brasil el ente oficial es el Procon (Coordinadoria de Protecao e Defensa do Consumidor).
Y ello aun cuando mencionamos a un Ministerio Público posmoderno, de complicadas atribuciones y prestación protagónica. La parte pública reviste en estos litigios, como legitimado directo y principal o aun coadyuvante, una importancia muy destacada, al igual que la del procurador y la de las entidades públicas y privadas de defensa del ambiente, del consumidor, etc., y de ellos depende, en gran medida, el resultado eficaz de la tutela colectiva.
La misión docente del Derecho en la formación de comportamiento sociales está igualmente asociadas a la información, altura cultural, idiosincrasia, a no declinar -cívicamente- las exigencias colectivas del bien común. No es desde luego comprensible el mismo punto de vista del acceso a la justicia en la perspectiva del Common Law que en la continental ni, tampoco dentro de cada región o aun país.

[13] Ver nuestra obra Los abogados. *Desafíos de los años noventa.* Platense-Abeledo Perrot, La Plata-Buenos Aires, 1993, cap. II.

[14] Enlazados los niveles de afectación: en los intereses difusos frente al desastre ecológico, la reconstrucción ambiental, y la idea que aflora de inmediato en afectar un fondo dinerario de reserva para afrontar elcosto de la descontaminación y saneamiento de esos componentes vitales, ambiente-difusos (aire, flora, fauna, e inclusive la ética colectiva, que resguarda la salud moral de una comunidad).

LA CRONICIDAD EN PSIQUIATRIA Y LOS DERECHOS DE LOS ENFERMOS MENTALES EN EL PERU

Javier Mariátegui*
Profesor Titular
Universidad Particular Cayetano Heredia

Las distintas connotaciones que a través del tiempo se ha dado a la expresión «enfermo mental», las más de las veces peyorativas, sirven al autor de punto de partida para un análisis psiquiátrico y sociológico de quienes presentan este cuadro en nuestro medio, desde el Imperio Incaico hasta hoy. Justamente, la evaluación de las distintas soluciones que la sociedad ha dado a través de sus instituciones es materia de cuestionamientos y propuestas para asegurar el restablecimiento y el respeto a la dignidad de los pacientes.

I

La enfermedad mental en general, principalmente la que perdura y es de curso crónico, entraña una connotación ominosa, un estigma que acompaña a la humanidad a lo largo de su desarrollo. En tiempos históricos específicos el estigma de la cronicidad psiquiátrica se acusa, se incrementa, resulta más notorio. Lo fue en la época clásica europea que estudió Foucault en su *Historia de la locura en la época clásica*[1], rastreada desde el Medioevo. Lo es también en nuestro tiempo, suscitando temores y desvelando tabúes. Una alegoría general de la locura es el *Elogio* de la misma que escribió Erasmo de Rotterdam, sin imaginar que ese texto breve, escrito como pasatiempo en Londres, en circunstancia en que disfrutaba de la hospitalidad de su amigo Tomás Moro, sería la obra más recordada de las tantas que brotaron de su pluma[2]. El *Elogio de la locura* es sin duda la más conocida aunque la menos leída de la producción erasmiana, y si leída, es la menos comprendida en su esencia o en su metalenguaje puesto que era y es una fina crítica social, durísima en su alcance, expresada por quien, al declararse loco o estulto, se sentía libre de la sanción o la punición del poder instituido. Pero no es la locura poética de Platón la cargada de valencias negativas, tampoco lo son las pinturas de Hieronymus Bosch (Bosco),

* El Doctor Mariátegui es también Profesor Emérito de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Miembro Titular de la Academia Nacional de Medicina y de la Academia Peruana de la Lengua.

[1] FOUCAULT, Michel. *Historia de la locura en la época clásica*. Fondo de Cultura Económica, México, 1967.

[2] ERASMO, Desiderio. *Encomium moriae*. Casa Editorial Froben, Basilea, 1515. (Edición en español de RODRIGUEZ SANTIDRAN, Pedro. Alianza Editorial, Madrid, 1984).

de alguna manera enlazadas a las pinturas surrealistas de Dalí, con una mezcla de belleza y amenaza, de realidad e irrealidad, de lucidez y ensueño, de vida y muerte. La locura estigmatizada es la condición psicótica que reúne los criterios diagnósticos universalmente admitidos.

El estigma, como recuerda Goffman, fue término creado por los griegos para «referirse a signos corporales con los cuales se intentaba exhibir algo malo y poco habitual en el *status* moral de quien los presentaba»[3]. Con el advenimiento del Cristianismo se agregaron al estigma otros significados metafóricos. En todo caso, lo estigmatizado es algo malo o vergonzoso que para no ponerlo en evidencia se oculta, se sustrae de las miradas y el juicio de los demás.

Durante una larga época de la historia peruana, en el virreinato y en las primeras décadas de la república, al fondo de las casas existía alguna covacha para albergar al «tonto de la familia» o al enfermo mental escondido en lo más oscuro del espacio doméstico. Leyendas recogidas por las sápidas tradiciones de Ricardo Palma y otros escritores del género costumbrista, nos ponen en presencia de un ser abominado, generalmente desnudo, sin cuidado alguno de su persona, alimentado con los restos de comida «de la mesa», a veces amarrado con una soga o alguna estructura resistente. Desde el siglo XVI hasta mediados del XIX la situación del enfermo mental grave sólo tenía esta ubicación recoleta dentro de la casa o en las sórdidas «loquerías» de los Hospitales de Santa Ana y de San Andrés. De ahí pasaron los pacientes mentales al Hospicio de Insanos, recién en 1859, donde tenían por lo menos la identidad de enfermo, algún estudio clínico, un lugar en la estadística. José Casimiro Ulloa, el fundador del Hospicio, trasladó el modelo que vio en París y quizá en otras ciudades europeas: la estructura asilar como tipo arquitectónico y como organización de la vida cotidiana de sus asistidos (principalmente la disposición «vertical» de la autoridad jerárquica en la estructura «piramidal» del asilo). Clamaba Ulloa, de tanto en tanto, por ampliaciones y mejoras en su planta física o actualizaba la propuesta de un nuevo local construido *ex profeso* para albergar enfermos mentales considerados mayormente crónicos, de estancia prolongada o indefinida[4].

Un grupo de pacientes con historia clínica y diagnóstico correspondiente a la época pasaron del Hospicio de Insanos al Hospital «Víctor Larco Herrera», entonces llamado Asilo Colonia de La Magdalena, en 1918. De no ser por el poder político de don Víctor Larco Herrera, representativo en su tiempo del poder económico de la burguesía agroindustrial, como lo hemos recordado en otro lugar[5], la modernización de la asistencia psiquiátrica en nuestro país se habría quizá retardado aún más, a diferencia de lo que ocurría en otros países latinoamericanos. Con un reglamento modelo entonces, Hermilio Valdizán, primer director del nuevo asilo, pudo realizar su encomiable obra asistencial y de investigación[6]. En ese espacio institucional nació la enseñanza de la Psiquiatría a nivel universitario, la formación de personal especializado y la investigación clínica y terapéutica que hicieron del Perú el país líder de la modernización de la asistencia y de los avances en los tratamientos. Lima fue, hasta mediados de este siglo, en opinión de un eminente psiquiatra español, «la capital psquiátrica de América Latina», como en su tiempo -guardando las distancias y proporciones-, lo fue Viena en la Europa de Freud y de Wagner von Jauregg[7].

El movimiento llamado «antipsiquiatría», surgido en Europa a fines de los años sesenta y durante la década del setenta, principalmente en Inglaterra e Italia, logró uno de sus objetivos: el examen crítico y la descalcificación de la institución manicomial tradicional como el centro idóneo para la recuperación de los pacientes, desde que funciona en el plano social como «institución perversa». Uno de sus líderes ideológicos, Thomas Szasz, llegó a las más extremas violencias verbales llamando a la psiquiatría «calumniador con licencia» y a

3 GOFFMAN, Erving. *Estigma. La identidad deteriorada.* Amorrortu, Buenos Aires, 1986.

4 MARIATEGUI, Javier. "Ulloa y la psiquiatría de su tiempo". En: *Suplemento Dominical de El Comercio.* Lima, 15 de septiembre de 1991. pp. 18-19.

5 MARIATEGUI, Javier. "Larco Herrera y la asistencia psquiátrica". En: *Escritos (Revista de Psicología)*, Año IV, N° 7. Lima, 1988. pp. 20-23.

6 MARIATEGUI, Javier. Hermilio Valdizán. El proyecto de una psiquiatría peruana. Minerva, Lima, 1980.

7 DELGADO, Honorio. "Viena, capital psiquiátrica". En: *Mundial.* Lima, 25 de noviembre de 1927. pp. 9-12. (Tomada de DELGADO, Honorio. *Freud y el psicoanálisis. Escritos y testimonio.* Fondo Editorial de la Universidad Cayetano Heredia, Lima, 1989).

la nosografía de la especialidad «un diccionario de difamaciones disimuladas como diagnósticos» [8]. Italia es el país europeo en que tomó fuerza la idea de Franco Basaglia sobre la «institución negada» y que decretó e hizo real la clausura de sus manicomios [9]. Como quiera que no se planeó en todas sus secuencias la clausura institucional, con los elementos periféricos para la continuidad de la terapéutica en la comunidad y el seguimiento farmacológico de los necesitados de este manejo, Italia hoy es el escenario del diario peregrinar de sus enfermos crónicos, a la manera de los vagabundos o los «sin techo» en la expresión anglosajona (*homeless*), creando malestar entre los transeúntes o los medrosos, sobre el común de las gentes que aún tiene temores vagos sobre las enfermedades mentales, en un medio urbano ya cargado con otros ingredientes de violencia manifiesta [10].

El *American Journal of Psychotherapy*, en el número de octubre de 1991, publicó un editorial titulado «El último estigma de las enfermedades mentales», después de recordar que los psicoterapeutas olvidamos con frecuencia el significado de estigma o lo ligamos al pasado, y erramos en darnos cuenta que para el público en general los desórdenes psiquiátricos están socialmente estigmatizados y la «marca» social de ellos sólo es comparable al desatado en los últimos años por el SIDA [11]. «En estos tiempos de nuestra historia -escribe Paul V. Trad-, el estigma de la enfermedad mental ha devenido inescapable. Esto ocurre porque en los últimos veinte años los pacientes están fuera de sus instalaciones, casi siempre sin haberse tomado las previsiones para su manejo como pacientes ambulatorios». Por ello los pacientes deambulan por las calles. «Carentes de medicación y de otros recursos que los hagan capaces de funcionar de una manera viable y entendible, muchos de ellos vagan errantes como espectros, creando una nueva vergüenza para la sociedad» [12].

Toda una larga marcha para desestigmatizar a los enfermos mentales, sustentada en los modernos recursos científicos y tecnológicos para el diagnóstico y el tratamiento que caracteriza a la Psiquiatría contemporánea, ha permitido la emergencia de un paradigma llamado «intrapsquiatría», en sustitución de la «antipsiquiatría», por el énfasis puesto en el acceso respetuoso al interior privado del paciente, a su vida familiar y al entorno de la vida comunitaria. Nuevas modalidades de asistencia se han puesto en práctica para proporcionar un sistema de soporte exterior que en materia terapéutica es la alternativa válida opuesta a las viejas funciones del hospital psiquiátrico.

En el Antiguo Perú, la característica del estilo de vida permitió la existencia de una «tolerancia social» [13] que evitaba «el sufrimiento psíquico, que nace cuando la separación entre la naturaleza y la cultura es muy grande» (H. Ey), y que permite la emergencia de «la enfermedad mental» [14]. No había entonces, parafraseando a Henri Ey, la oposición entre el «momento de la locura y la locura de la existencia». Por ello no sorprende los escasos datos acerca de los desórdenes mentales crónicos registrados por los cronistas [15]. El padre Calancha, que inaugura entre nosotros la crónica dominica erudita, dice taxativamente que en el Perú Antiguo no existían los desórdenes mentales. Los otros cronistas, cuando tocan periféricamente el cuadro de la psicosis, dan cuenta de una sociedad solidaria en la cual los trastornos mentales eran absorbidos por la comunidad (sociedades «antropofágicas» en el sentido de Claude Levi-Strauss, que asimilan sus productos culturales, a diferencia de las «antropoémicas», que las evitan o las

[8] SZASZ, Thomas. *El mito de la enfermedad mental*. Amorrortu Ediciones, Buenos Aires, 1964.

[9] BASAGLIA, Francos. *La institución negada*. Bardal, Barcelona, 1960.

[10] ARANA, José. "Observaciones preliminares acerca de la depresión en el paciente mental sin techo". En: *Revista de Neuro-Psiquiatría*, 51. 1988. pp.160-170.

[11] TRAD, Paul V. "The ultimate estigm of the mental illness"(Editorial). En: *American Journal of Psychotherapy*, 45. 1991. pp.463-466.

[12] *Ibidem*

[13] VALDIZAN, Hermilio. "La alienación mental en la raza india". En: *Anales de la Facultad de Medicina*, 7. Lima, 1925. pp. 145-163. (Tomado de VALDIZAN, Hermilio. *Paleopsiquiatría del Antiguo Perú*. Introducción, compilación y notas de Javier Mariátegui. Fondo Editorial de la Universidad Cayetano Heredia, Lima, 1990).

[14] EY, Henri. *En defensa de la psquiatría*. Huemul, Buenos Aires, 1979.

[15] VALDIZAN, Hermilio. "La alienación mental entre los primitivos peruanos". Tesis de doctorado. Lima, 1915. En: VALDIZAN, Hermilio. *Paleopsiquiatría del Antiguo Perú*. *Op. cit.*

arrojan fuera de su ámbito). Pero no era por cierto esa la situación real. Las culturas preincaicas parece que se desprendían de los nacidos malformados por métodos tan poco piadosos como los seguidos por los espartanos arrojando a los niños defectuosos desde la cima de Taigeto.

La cronicidad en psquiatría ha cambiado en lo que concierne a sus aspectos clínicos, en concordancia con la evolución del pensamiento médico y antropológico. Algunas conductas son consecuencias de las organizaciones de asistencia, que agregan a la patología mental una patología institucional. La «desinstitulación» produce la desaparición de esa patología asociada. En nuestro medio, el antropólogo norteamericano William W. Stein[16], al examinar el «coleccionismo» en el Hospital Víctor Larco Herrera a fines de la década del cincuenta, concuerda con las observaciones de Goffman en el sentido que esta conducta no es propiamente psicopatológica sino que revela la carencia de lugares privados en las «instituciones totalizadoras» (hospitales psquiátricos, cárceles y otros centros de reclusión)[17].

El enfermo mental crónico del tipo de «loco trágico» se observa cada vez menos. La cronicidad se encubre con otras conductas menos ostensibles. Por sus limitaciones pragmáticas para ganarse la vida, los pacientes mentales suelen confundirse como otros especímenes de la marginalidad social. Son parte de la población «pobre» que junta a desocupados y mendicantes con otras formas sociales que incluyen la conducta antisocial y la delincuencia. Y están relacionados a un sector de los vendedores «informales», que obtienen algún beneficio con la venta ambulatoria de toda una gama variada de objetos y alimentos, y muestran las más sorprendentes estrategias de sobrevivencia sólo explicables por los extremos límites a los que puede llegar la condición humana.

II

Los enfermos mentales están amparados por los derechos humanos en general y, en especial, por su condición de tales, con la atención que presta toda comunidad responsable a sus integrantes frágiles, que requieren un mayor apoyo, como es el caso también de los niños y los ancianos. Es tópico repetir que la calidad de un conjunto humano se mide por el trato que dispensa a sus niños, a sus ancianos y a sus enfermos mentales.

La ley positiva no hace sino seguir la ley natural en lo que se refiere a la protección de los pacientes psiquiátricos, en los fueros civil y penal. El Código Sanitario apunta no sólo a prevenir la enfermedad y cuidar el tratamiento de los enfermos sino al fomento de la salud mental. Es cada día más clara una definición positiva de la salud mental, entendida como bienestar integral y pleno disfrute de una calidad de existencia que no sólo satisfaga las necesidades fundamentales (salud, nutrición, educación, trabajo) sino las necesidades espirituales, propias de la naturaleza humana.

El vasto campo de la salud mental y el más estricto de la Psiquiatría parten del reconocimiento de estos derechos. Los enfermos tienen derecho de ser informados de sus padecimientos y deben otorgar las correspondientes licencias para la aplicación de los tratamientos. El estudio diagnóstico y tratamiento de los enfermos mentales corresponde al médico psiquiatra y son «actos médicos» las órdenes de internación y de alta. El Colegio Médico vigila el cumplimiento de estas responsabilidades por médicos con tal calificación, y previene contra la «intrusión» en tales actos por otros profesionales y por «curiosos» y charlatanes, tan frecuentes en todo el mundo. En los casos severos en que el cuadro mental no permite apelar al libre albedrío, existe una serie de formalidades que asume la familia próxima, constituida en «personero legal», hasta que la condición del paciente le permita colaborar de la manera más plena a la recuperación de su salud emocional y su equilibrio psicológico.

Los fundamentos de la ética médica y, en particular, de la ética en Psiquiatría, radican pues en una especial cautela de los derechos humanos, con énfasis en la autonomía personal, la «autodeterminación». Cuando el profesional debe intervenir al margen de ella, en circunstancias especiales por la índole de la enfermedad mental, debe mantener respeto del «principio de beneficencia», esto es, de hacer el bien de tal manera que el paciente, recuperada su salud, su conciencia de sí, tomaría voluntariamente la misma determinación. *Primum non nocere...* «ante todo no hacer daño», según un viejo precepto hipocrático.

[16] STEIN, William W. "El hábito de coleccionismo en un hospital mental peruano". En: *Revista de Neuro-Psiquiatría*, vol. 54. 1991. pp. 40-46.

[17] GOFFMAN, Erving. *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*. Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1970.

Este es uno de los más importantes criterios que norman la intervención del médico en general, y del psiquiatra en particular, en la práctica diaria, principalmente cuando se debe optar por una internación no voluntaria del paciente. Se trata de un principio absoluto, donde no se dan grados o márgenes de elección. En los países anglosajones, donde las normas son más rígidas, este principio es de estricta observancia. En los países latinos, más propensos a la moral protectora que a la fría bioética procesual, se agrega el paternalismo de amparo, tanto por parte del médico cuanto del entorno social, puesto que va desde la defensa del bienestar, de las necesidades y valores personales, hasta la interdicción temporal de la libertad individual consagrada por la ley, en beneficio del propio paciente y de quienes lo rodean.

En nuestro medio el «principio de beneficencia» es uniformemente acatado y sólo en condiciones muy especiales, del ámbito médico-legal, puede sospecharse maleficencia. El paternalismo, en general, es reforzado por una serie de valores culturales que consagra la capacidad de decisión en el médico. Y lo proyecta en las instituciones, desde que éstas representan el paternalismo a nivel social, con punto de partida en el principio general de beneficencia, que caracteriza la imagen personal e institucional del médico y de la Medicina en nuestro país, como lo es en toda comunidad organizada.

Por decisión de sus directivos, el Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS), ha trasladado pacientes psiquiátricos crónicos, con el común denominador de la «larga permanencia» y, en algunos casos, el agregado de «abandono familiar», a Huariaca -Cerro de Pasco-, Chincha y Cañete. Cualquier proposición que beneficie al enfermo mental debe ser alentada: pero no parece serlo los traslados sorpresivos de los pacientes a lugares distantes, sin consulta previa y sin autorización familiar. Es riesgoso romper los frágiles vínculos familiares, tan importantes en la rehabilitación de los pacientes crónicos.

Si se tratara de una nueva y racional modalidad de asistencia que más que cuidar las arcas del IPSS se disciplinara a los enfoques técnicos de la asistencia moderna, con jornada estructurada, talleres y fomento de la actividad física, «clínica de día» y «clínica de noche», la iniciativa sería pasible de discusión en los foros médicos. Una propuesta interesante fue, por ejemplo, el llamado «hospital invisible», puesto en marcha por el programa de psiquiatría comunitaria del Instituto Nacional de Salud Mental «Honorio Delgado-Hideyo Noguchi»: asistencia personal y familiar dentro del grupo de procedencia, con control periódico de psiquiatras y otros profesionales de la salud mental (psicólogos, asistentes sociales, enfermeras, para sólo mencionar las más importantes), con el empleo de medicación de depósito que garantizaba la continuidad en la cura psicofarmacológica y permitía no sólo la convivencia del enfermo en el seno familiar sino su rápida inserción en el mundo del trabajo.

Los expertos de la Organización Mundial de la Salud han destacado cómo en los países en desarrollo la rehabilitación es más exitosa por «la naturaleza de las redes sociales y la más fácil aceptación de ciertos déficit» y la forma como operan otros factores, como «disponibilidad de funciones sociales constructivas y oportunidades de efectuar trabajos sencillos».

Hagamos del error por buena fe y, aún de la arbitrariedad, una creación enmendativa y duradera. ¿Por qué no se transforma Huariaca en un centro modelo de rehabilitación del enfermo mental que requiere mediana o larga permanencia, preferentemente del procedente del Ande? Si la instalación de «hotelería» es buena, si tiene la ventaja de estar anexo a un hospital general, empecemos por dotarlo de recursos humanos, técnicamente formados, que respondan a los criterios exigentes de la asistencia psiquiátrica de nuestros días. Y abiertos a la atención pública, en la región, como lo hace el Ministerio de Salud con los enfermos asegurados, que ocupan por tarifas reducidas buena parte de su capacidad instalada.

En la actualidad se evita la creación de grandes hospitales mentales y se fomenta la transformación de los existentes, reduciendo en primer lugar su capacidad. Es indudable que la rehabilitación de los pacientes de extracción campesina, o «rururbana» mayormente, se favorece devolviéndolos a su hábitat natural, los Andes: ahí tienen, como recordaba Carlos Gutiérrez-Noriega, «país, paisaje y paisanaje».

El Papa Juan Pablo II recientemente ha instado a respetar la dignidad del enfermo, a propósito de su última atención en un famoso hospital romano. El hombre que ingresa a un hospital «es una persona única en su singularidad»; considerado como número o caso clínico, «su dignidad humana resultaría enormemente humillada». «La experiencia de la enfermedad -agrega el Pontífice- contiene valores de enorme significado para nuestra existencia» y puede «reforzar y avivar la esperanza».

III

La relación entre clima y salud fue señalada desde los orígenes de la medicina. De conformidad con Hipócrates, el médico debía afinar su aptitud en el pronóstico del caso individual y para ello le era importante conocer del medio ambiente en que vivía, saber sobre «las aguas, los aires y los lugares»[18]. Y la influencia de un hombre sobre otro en los grupos humanos se aprecia a través del estudio de los factores sociales y culturales que dan a la salud y a la enfermedad características especiales en las diversas latitudes y en los distintos casi siempre desconocida, como los son las «tendencias históricas» en la salud y en la enfermedad.

Para algunos morbos de amplia difusión, como lo fue -y para países, como el nuestro, sigue siendo-, la tuberculosis, se puso especial énfasis en las condiciones climáticas. Sin tratamiento causal, etiológico, las medidas higiénico-dietéticas eran muy importantes (lo son todavía, pese a los avances de la medicina) y el clima «de montaña» era el paradigma. Los tísicos adinerados coparon las elegantes clínicas suizas, con la belleza y el encanto de los paisajes alpinos, mayormente si estaban situadas cerca del Mont Blanc. En su célebre novela *La montaña mágica*, Thomas Mann pinta los caracteres y las circunstancias de los enfermos alojados en un gran sanatorio tan costoso que hace que uno de sus personajes, un cuestionador ex-jesuita, viva en una pieza alquilada en la ciudadela próxima[19].

En nuestro medio, al «clima de montaña» se asoció el beneficio de la altura como probable favorecedor de la cicatrización de las «cavernas», las temidas oquedades que el bacilo de Koch produce en los pulmones enfermos. A lo largo de la carretera central, desde Chaclacayo hasta Jauja, se establecieron albergues, posadas y un célebre y siempre colmado sanatorio. Los tísicos, deprimidos y pesimistas, anoréxicos y cloróticos, gracias al clima, recuperaban el apetito, los colores y la alegría de vivir.

Con los progresos de la quimioterapia, vino la estreptomicina y otros fármacos eficaces para la curación de la tuberculosis y se quedaron vacíos los sanatorios suizos y los albergues de «clima seco» de la serranía andina. El sanatorio Olavegoya se empezó a utilizar para otras enfermedades somáticas y se hizo lugar para un pabellón de Psquiatría, vencida la resistencia inicial de los pobladores de Jauja que temían que su comunidad cambiara de una ominosa fama a otra, de «la ciudad de los tísicos» a «la ciudad de los locos».

Las clínicas suizas se transformaron en establecimientos psquiátricos privados, con las comodidades de un buen hotel, los beneficios del paisaje, además de la asistencia por calificados profesionales expertos en los últimos avances en el tratamiento farmacológico, psicoterapéutico y social. Demás está decir que existe en ellas la comunidad terapéutica, la jornada estructurada, los ejercicios y los deportes, la terapéutica ocupacional, en fin, todo ese cúmulo de experiencias de orientación sanativa que ha producido la Psiquiatría en su progreso, desde los medios físicos primitivos, la insustituible quimioterapia, hasta el ontoanálisis y la meditación trascendental.

La investigación ecológica ha demostrado los beneficios de los climas rurales, sin contaminación ambiental, sobre la salud mental. El medio urbano produce, sin duda, una mayor presencia de todas las formas del enfermar psiquiátrico, aunque la investigación epidemiológica no se decida aún a condenar las urbes, principalmente las megalópolis, y se conforme con señalar las normas de evitación del «riego urbano». El hombre, envuelto en la espiral del progreso, con sujeción horaria y actividad competitiva, trata de defenderse del temido *surmenage* o *stress* buscando en los fines de semana y en las vacaciones los paisajes campestres, los ambientes bucólicos, los deportes de estación. Nos estamos refiriendo, claro está, a la clase pudiente, que también puede pagarse una «cura» climática preventiva, complementada, en los establecimientos llamados *spa*, con todo género de recreación hedonista, además de las dietas y los ejercicios programados.

Este marco general pretende encontrarle sentido a la medida apresurada e inconsulta de los directivos del IPSS, de trasladar pacientes mentales del llano a la altura, a Huariaca, un hospital «sobredimensionado» para la región que atiende, al que sobran camas y faltan enfermos. En primer lugar es importante señalar que nadie ha sostenido el beneficio de la altura para el tratamiento de las enfermedades mentales. Más que el «clima físico»,

[18] HIPOCRATES, "Sobre los aires, aguas y lugares". En: *Tratados Hipocráticos*. Credos, Madrid, 1986. t. II.

[19] MANN, Thomas. *La montaña mágica*. Sudamericana, Buenos Aires, 1962.

bien lo sabe el sentido común, interesa el «clima psicológico», el mediohumano. Habría inclusive que preguntarle a los expertos en Biología y Patología andina si el «mal de montaña agudo» (soroche) que se sufre en el camino a Cerro de Pasco, con alturas por encima de los 5 mil metros, no complica la condición de los enfermos y de sus familiares, que los visitan, los que pueden, cada 15 días, en medios de transporte colectivo.

En un país como el nuestro -de «oportunidades perdidas» como diría Jorge Basadre-, donde la improvisación es la regla y la arbitrariedad «hecho consumado», conviene revisar la historia para evitar el riesgo de repetirla en sus aspectos negativos. Cuando, en la segunda mitad del siglo pasado, se creaban los grandes asilos para enfermos mentales, se dio la discusión sobre si debían situarse en «clima de montaña», sedante, o en «clima de mar», estimulante.

Se consideró finalmente que el «aire marino era enemigo jurado de la psicopatía» y la elección del lugar en que se construiría el Asilo Colonia (hoy Hospital «Víctor Larco Herrera»), parte esencial del proyecto de Manicomio Nacional (el «proyecto Piérola», como cariñosamente lo denominaba Hermilio Valdizán, indisimulado admirador del Califa)[20]. Sobre la ubicación de la construcción tuvo lugar un debate, pues en ese tiempo «la tesis marina», por acentuar la excitación, estaba desacreditada. Santa Beatriz fue entonces el lugar propuesto, con informe favorable de la Academia Nacional de Medicina, que encontraba inconveniente el de Magdalena, cercano al mar, que «rompe con fuerza en los barrancos»[21]. Así y todo, contra el criterio técnico prevalente entonces, se hizo la edificación frente a la Mar Brava del distrito de Magdalena.

Es importante señalar este antecedente por la tendencia en nuestro medio a creer que la experiencia es la repetición de los errores. Pero como en la fábula del aprendiz de brujo, el IPSS ha desatado las fuerzas latentes y no sabe aún como restablecer el desequilibrio generado. Lo cierto es que el Hospital de Huariaca fue elegido por el IPSS no por sus características geográficas y paisajísticas sino por sus ambientes desocupados. Pero veremos cómo una decisión inconsulta puede resultar una propuesta interesante.

El clima de Huariaca, se me informa, es el de ceja de selva, de extraordinaria belleza natural, con los cambios que produce el trópico en el mismo día, con sol brillante y cálido que alterna con lluvias copiosas, viento frío y seco, a la vera del caudaloso río Huallaga. Arquitectos «paisajistas», premiosamente trasladados a Huariaca, han trabajado en la armonización de los ambientes y los colores con la belleza natural de la zona. Si se constituye Huariaca en el gran Centro de Tratamiento que el IPSS parece que va a crear, se estaría de acuerdo con la propuesta formulada por Manuel Antonio Muñiz, hace casi un siglo (1896), de construir Manicomios Regionales como colonias agrícolas en Chanchamayo y el Perené[22].

Equipos de gimnasio, música ambiental, juegos deportivos y de salón, alimentación sana y abundante, ropas adecuadas, personal calificado, talleres y «micro-huertos» para la terapéutica por la actividad, pictografía, psicodrama y psicodanza, son algunas de las realizaciones que se informan públicamente, recordando sin duda que el paciente «asegurado» tiene derecho a una asistencia congruente con los avances de la Psiquiatría moderna, por los que ha pagado a lo largo de su vida. Lo único que no podrá funcionar a cabalidad es la comunidad terapéutica, puesto que no se la concibe sin la presencia y la participación de sus volcanes tutelares.

Lo que sería inaceptable es la transformación de Huariaca en «El Sepa» de los enfermos mentales, esto es, un lugar de reclusión, donde los pacientes paradójicamente «con seguro» puedan quedar abandonados a su suerte. No hay que olvidar que los establecimientos psiquiátricos, en perspectiva histórica, han evolucionado como las instituciones «para vigilar y custodiar» (Michel Foucault)[23], en el concepto ya mencionado de «instituciones totalizadoras» (Goffman)[24].

[20] VALDIZAN, Hermilio. *Diccionario de Medicina Peruana*, (entrada "Alienados").Talleres Gráficos del Asilo Victor Larco Herrera, Lima, 1923. t.I. p. 168.

[21] *Ibidem*

[22] MUÑIZ, Manuel A. "Carta enviada por el autor desde Bélgica sobre la] necesidad de la fundación de una colonia agrícola de locos en el Perú". En: *La crónica Médica*, 5. Lima, 1888. pp. 60, 444-453.

[23] FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 1976.

[24] GOFFMAN, Erving. *Op. cit.*



La superficie de la sierra cubre el 11% del territorio nacional, y alberga al 34.8% de la población total, en ella viven 4 mil 948 comunidades campesinas, la pobreza crónica afecta al 65% de su población.

Mapa de la pobreza de la sierra rural:

— El de miseria, en el cual viven 2 mil 74 comunidades situadas en Cuzco, Puno, Arequipa, Ayacucho, Apurímac, Huancavelica, Sierra de La Libertad, Ancash y Cerro de Pasco.
— El de extrema pobreza, con 2 mil 8 comunidades ubicadas siempre en la zona sur andina.
— El estrato de pobreza con 739 comunidades.

En total, 4 mil 948 comunidades indígenas campesinas, con una población de un millón 627 mil habitantes viviendo en la línea de pobreza.

La respuesta solidaria de la población peruana, a la Campaña Compartir 1993, hizo posible la atención a proyectos de desarrollo en las comunidades indígenas de la selva en: Iquitos, yurimaguas, Jaén, Moyobamba, Huánuco, Puerto Maldonado.

La acción solidaria de la Campaña Compartir del presente año, ingresa en los pueblos Indígenas de la Sierra, en el Perú profundo para contribuir al conocimiento y defensa de sus valores sociales y culturales.

Contribuya con su aporte generoso en las siguientes Cuentas Corrientes:

Crédito 691233-0-50 (soles)
730120-1-59 (Dólares)
Wiese 0005005000 (Soles)
0208001 (Dólares)

EN LAS PUERTAS DEL SIGLO XXI: EL ROL Y LAS TAREAS MORALES DE LOS ESTUDIOS JURIDICOS MODERNOS

Edgardo Mercado Neumann
Profesor de Deontología Forense
Pontificia Universidad Católica del Perú

El ejercicio de la profesión de abogado, ya sea en forma individual o colectiva, implica serias responsabilidades de orden moral frente a los clientes, los colegas y el país en su conjunto. Preocupa al autor especialmente el papel de los estudios de abogados, el mismo que ha variado -y sigue variando- con los cambios que ha experimentado la historia peruana. En el presente trabajo, el autor se interna en el pasado de los actuales bufetes colectivos, retrocediendo hasta los inicios del presente siglo. Seguidamente, acompaña a los estudios en su evolución histórica, para -a partir de ello- definir cuál es en su concepto el papel moral que deben cumplir estas organizaciones en el futuro, reconociendo cuatro tareas críticas: la humanización, la lucha contra la corrupción, la descentralización y la transnacionalización.

La visión es actual y, por otra parte, responde a una preocupación que THĒMIS - Revista de Derecho ***quiere destacar en la presente edición: la necesidad de un ejercicio moral de la profesión de abogado, que tome en consideración, como un valor de primer nivel, los intereses nacionales.***

Los estudios de abogados son una institución[1] en nuestro país. Estas organizaciones de profesionales, que en algunos casos cuentan con más de cien años de existencia, han jugado roles particularmente importantes en la configuración del Derecho peruano del presente siglo, en el sistema de administración de justicia de las principales ciudades del país y en la formación de las nuevas generaciones de abogados. En tanto institución, los abogados, los clientes, y las demás personas que se relacionan con los estudios conocen el ambiente, la forma cómo desenvolverse en él, las actividades que deben desarrollar, los objetivos con los cuales comprometerse, y el mutuo reconocimiento y entendimiento de que sus conductas se ajustan a las reglas adecuadas.

Sin embargo, en los últimos veinte años, el desarrollo de los estudios de abogados parece haberse detenido, no sólo en términos de crecimiento o consolidación de los existentes, sino también en surgimiento o creación de nuevos. La formación de estudios por división, que por naturaleza tiende a debilitar las organizaciones, una política de subsistencia debida fundamentalmente a la aguda crisis económica de la última década y un perfil bajo motivado por la inestabilidad política, la crisis moral y la violencia imperante en nuestra sociedad, han sido las características más saltantes de la institución en este período.

[1] John Rawls en *A Theory of Justice*, concibe una institución como un sistema público de reglas que define oficios y posiciones, con sus derechos, deberes, potestades e inmunidades. Agrega que puede ser pensada de dos maneras: como un objeto abstracto, que es una forma posible de conducta expresada por un sistema de reglas y como la realización en la mente y obra de ciertas personas, en un determinado tiempo y lugar, de las acciones especificadas por esas reglas. RAWLS, John. *A Theory of Justice*, 1971. p. 55.

El panorama ahora está cambiando. Por un lado, los estudios parecen despertar de su modorra impulsados por la política neoliberal y la reactivación económica. Por otro, una nueva generación de abogados surge dispuesta a enfrentar los retos que impone el nuevo orden económico mundial y nacional. Se avecina, pues, una era de agitación institucional.

En estas circunstancias, cabe preguntarnos sobre el rol que debe jugar esta institución, perfilar sus contornos, remozar sus cimientos y modernizar su estructura para poder enfrentar con éxito dichos retos y cumplir con el rol que le corresponde. El presente artículo tiene por objetivo delinear este rol y proponer algunas tareas morales que, en opinión del autor, esta institución debería acometer. Previamente, realizaremos una breve exposición sobre su evolución histórica.

EVOLUCION HISTORICA

1. Refiriéndose al desarrollo de las ciencias jurídicas hasta el año 1930, Jorge Basadre señala que los abogados provinieron de las grandes familias tradicionales y también de las que podían ser calificadas como de terratenientes y pequeños propietarios provincianos. Agrega que algunos lograron grandes fortunas en el ejercicio profesional o vasto prestigio por su elocuencia y su habilidad forense , y que hubo unas cuantas respetadas dinastías de juristas formados por abuelos, padres, hijos y nietos consagrados a la misma profesión[2].

En el referido período, la profesión se ejercía en forma individual. Los pocos estudios colectivos que existían, se integraban en mérito a los lazos familiares o alrededor de la figura de un gran jurista o maestro. Sin embargo, los ingresos dependían casi en su totalidad de la actividad del titular y los gastos -en esa época insignificantes- eran asumidos íntegramente por éste para mantener así su independencia.

2. Manuel Pablo Olaechea, miembro de una de esas ilustres dinastías de las que nos habla Basadre, relata que a partir del año 1930 y coincidentemente con el desarrollo del capitalismo, puede decirse que se inicia en el Perú la revolución y modernización del ejercicio profesional. La aparición paulatina y sucesiva de los fueros laboral y tributario, así como las diversas legislaciones administrativas para cada tipo de actividades, las leyes promocionales y la intervención creciente del Estado en la actividad privada, producen un cambio fundamental en los conocimiento y prácticas de los abogados[3].

Comienza la era de los estudios asociados, tal como los conocemos hoy en día. Los primeros se constituyeron en el país bajo la idea de compartir gastos, cuando los costos comenzaron a jugar un rol preponderante en la administración de los estudios y la proliferación y diversidad de normas jurídicas impusieron la necesidad de especialistas.

Cabe destacar que las organizaciones que más progresaron en este época fueron las que identificaron su desarrollo con el de las empresas e inversionistas extranjeros. Primero con las empresas inglesas y luego con las grandes corporaciones norteamericanas. Entre los más característicos cabe citar a Olaechea, Lavalle, Romero y García Sayán. El primero de los nombrados llegó a congregar, en su máximo desarrollo, alrededor de 20 abogados y contar entre sus clientes más representativos, con el First National City Bank, Coca-Cola, General Motors, Duncan Fox, entre otras importantes corporaciones extranjeras.

3. Importantes cambios se producen en el mundo en la era de los sesenta con la guerra fría, el movimiento hippie, el auge de las transnacionales capitalistas con su desarrollo tecnológico y el apogeo de los modelos socialistas y comunistas que en América Latina tuvieron en la revolución cubana su máximo exponente.

En el Perú se vivió la influencia de la Alianza para el Progreso, surgió la corriente nacionalista y comenzó a ganar terreno el modelo de sustitución de importaciones, que el Gobierno de Velasco impulsó a partir del año 1968.

En este período comienzan a desarrollarse estudios que toman como modelo de organización el de los norteamericanos. La óptica se traslada de los gastos a los ingresos. No interesa tanto ya compartir gastos; en adelante hay que generar más ingresos.

Profundos cambios de estilo produce esta concepción. En la nueva lógica, la habilidad para «traer o generar negocios» al estudio pasa a tener prioridad, en muchos casos sobre los conocimientos y la elocuencia. El tiempo dedicado al estudio co-

[2] BASADRE, Jorge. *Historia de la República del Perú*. Lima, 1964. t. X. p. 4737.

[3] OLAECHEA, Manuel Pablo. *Estudio Olaechea*. Lima, 1978. p. 382.

mienza a jugar un rol central en las organizaciones y; al pasar los gastos a un segundo plano, los abogados dejan de lado su tradicional austeridad para invertir fuertemente en infraestructura, imagen y relaciones públicas. Ingresamos a la era del estudio empresa.

Durante esta época, se desarrollan con fuerza inusitada estudios como el Rodrigo, Elías & Medrano, y Luis Echecopar García[4].

4. Como consecuencia de la expansión del modelo nacionalista peruano, la política de sustitución de importaciones y el desarrollo endógeno implantado en la década de los setenta, el capital extranjero se ahuyenta y emigra hacia otras latitudes, donde se le ofrecen mejores posibilidades. El vacío es cubierto por un empresariado nacional que pretende el famoso desarrollo autosostenido.

Esta época es testigo de un excesivo crecimiento del Estado, poderoso e intervencionista, de monopolios estatales, de mercados cerrados y control de precios; de un Estado empresario que llegó a tener hasta la propiedad de cines y una empresa privada débil, deficiente y poco competitiva en manos de individuos o grupos familiares.

Esta es la nueva clientela de los estudios jurídicos, que sustituyó a las empresas extranjeras en su franca retirada. Las diferencias de estilo son, sin embargo, notables, y se dejaron sentir en el destino de los estudios, ya que mientras la empresa extranjera se preocupaba en seleccionar a sus abogados por su prestigio y conocimiento, valores que consideraba indispensables para el desarrollo de sus actividades en un país extraño, el empresario nacional se amparaba en su propio prestigio y en su conocimiento de las «debilidades del sistema».

Otra nota distintiva que afectó notablemente a los abogados fue la política de sueldos y honorarios de esta nueva clientela. Así, mientras las empresas extranjeras pagaban a sus empleados y asesores conforme con estándares internacionales o por lo menos a niveles que superaban el local, el empresario nacional, en la gran mayoría de casos ineficiente, optó por hacer su utilidad a costa de bajos niveles remunerativos [5]. Los honorarios en esta etapa llegaron a sus niveles más pobres: en algunos casos, a duras penas podían cubrir los costos de los estudios.

Quizás sea esta clientela la mayor responsable del desarrollo de la corrupción en nuestro medio y esta etapa donde la coima adquiere su mayor difusión. Estas condiciones impulsaron también una nueva modalidad profesional, la del abogado gestor, y proliferó como nunca antes el tráfico de influencias. El abogado gestor no requiere de mayores asociaciones ni de gran infraestructura, pues en él interesan básicamente sus relaciones con los hombres importantes del gobierno de turno o con los jueces o funcionarios claves, labor que se desarrolla normalmente en las dependencia públicas o en ambientes más bien sociales, como domicilios particulares, bares o restaurantes.

Particularmente, creo que son las condiciones adversas de esta etapa las que impiden la formación de nuevos estudios líderes y, de hecho, frustran interesantes proyectos que no viene al caso citar ahora. Cabe aclarar que los estudios Grau; Barrios, Fuentes, Urquiaga & Dañino; y Javier de Belaunde López de Romaña, que cobran especial importancia en esta última era, cuentan ya con más de veinte años de existencia. Otros estudios importantes que surgen en esta etapa, como el Rubio, Leguía & Normand, y Osterling, Arias-Schreiber, Vega & Orbegoso, son, sin embargo, producto de la división de estudios preexistentes[6].

LA GENERACION DE LOS NOVENTA

La caída del muro de Berlín, la desintegración de la Unión Soviética y la consecuente desarticulación de la Europa Oriental y del mundo comunista en general, marcan el inicio de una nueva era que se inicia con los 90. La globalización de la economía, gestada a partir de la filosofía liberal; el desarrollo de la informática, que conjuntamente con la tecnología desarrolla nuevos roles en los agentes económicos; y, en especial, el altísimo avance de las comunicaciones y el transporte, que borran las fronteras y reducen el mundo, son, entre otros, los pilares en los que se asienta el nuevo orden mundial.

[4] El Estudio Luis Echecopar García se fundó en el año 1950, antes que se iniciara el período que comentamos. Sin embargo, hemos preferido identificarlo con esta etapa por la forma como encaró rápidamente el reto de la modernidad y desarrolló su organización en este período.

[5] En general y salvo el caso de los bancos y demás servicios vinculados con el sector financiero, los productores de bienes fueron privilegiados sobre los productores de servicios, bajo el modelo económico que analizamos.

[6] Ambos surgen de la división que sufre el Estudio Olaechea, en el año 1980.

En el Perú, las elecciones presidenciales del año 1990 anuncian el fin de una era y el nacimiento de una nueva. El rechazo a los políticos y los partidos tradicionales se manifiesta en forma abierta y elocuente en todas las consultas populares ocurridas desde entonces y especialmente en el amplio apoyo popular que recibiera el presidente Alberto Fujimori tras la clausura del congreso.

El respaldo a la política económica neoliberal implantada por el actual gobierno, que afecta todo el régimen jurídico del país, evidencian el fin del nacionalismo y sus políticas proteccionistas y tuitivas. Al reinsertarse el Perú en el sistema financiero internacional, se inserta también en la economía mundial globalizada y en el nuevo orden internacional.

Una nueva generación política se gesta entonces para enfrentar con nueva óptica los problemas de la violencia, la deuda externa, la pobreza y demás del Perú. De pronto, una nueva generación de profesionales deja de pensar en la emigración, para apostar por un cambio de las condiciones internas que les permita ejercer en el país y contribuir a su desarrollo.

Es en el inicio de esta nueva era en que, no por casualidad, surgen nuevos estudios con pretensiones de competir en el mercado tradicional y buscar nuevos horizontes para sus servicios.

EL ROL FUTURO

Como dijimos al comenzar este artículo, los estudios han jugado, tradicionalmente, un importante rol en la sociedad peruana. Sea configurando el Derecho peruano del presente siglo, colaborando con la administración de justicia o formando nuevos abogados, los estudios jurídicos, en especial los estudios asociados, han sabido responder a las exigencias sociales, profesionales y tecnológicas desde que aparecieron en el medio.

Dedicados fundamentalmente a la asesoría y el litigio, cabe a los estudios la misma función que al abogado individualmente considerado: colaborar con la administración de justicia en la defensa de los intereses privados de su clientela. Hoy en día, no cabe duda de que los estudios asociados lideran el accionar jurídico y han alcanzado, en casos como los citados en este artículo, un altísimo grado de desarrollo y nivel profesional.

Sin perjuicio de lo expuesto, resulta plenamente pertinente recordar aquí las siguientes afirmaciones del educador peruano Jorge Capella:

«Del análisis de la evolución histórica, la situación presente y las tendencias a futuro se infiere que estamos ingresando en una era cualitativamente diferenciada que conmueve, con una fuerza sin precedentes, las bases de sustentación de las distintas sociedades, más allá de sus específicas formas organizativas, en lo político, económico, social, cultural y, por ende, en lo educativo (Plan DEI, 1990). Esta situación supone y exige apertura y disponibilidad para el cambio, y lamentablemente nuestra sociedad se encuentra frenada, maniatada por sus obsoletos condicionamientos y sus inadecuados sistemas explicativos[7]».

Siguiendo a Capella, creemos que el rol futuro de la institución que nos ocupa exige disponibilidad para la apertura y el cambio, acabar con los frenos y las adherencias que nos maniatan, asumir los riesgos que siempre comporta el liderazgo y enfrentar con audacia e imaginación los desafíos del próximo siglo.

LAS TAREAS FUNDAMENTALES

Será cuestión de cada estudio emprender su propia reorganización, delimitar sus estrategias, ubicar sus posición al interior de la institución y recoger las banderas que estime adecuadas. Por nuestra parte, proponemos cuatro tareas, que por estar estrechamente ligadas a deberes morales, consideramos prioritarias para que sean llevadas a cabo por la institución en su conjunto.

Primera tarea: la humanización

Relata Martínez Val que en los «Coloquios Madrileños sobre la Abogacía en el año 2,000», el Decano Escobedo Duato estuvo particularmente pugnaz contra los despachos colectivos, a los cuales calificó como «la deshumanización del abogado»; y si bien luego afirma que «posiblemente tuviera razón», no duda al afirmar más tarde que los bufetes colectivos, que son una manifestación más de la socialización de la vida y de las profesiones, pueden inscribirse, sin grave distorsión, en la honda tradición de la abogacía[8].

En efecto, no puede negarse que la corporativización de la profesión la deshumaniza. Pero

[7] CAPELLA, Jorge. *Una década en la Educación Peruana: 1980-1990*. Lima, 1991. pp. 19-20.

[8] MARTINEZ VAL, José María. *Abogacía y Abogados*. Barcelona, 1981. p. 68.

son tantas y tan evidentes las ventajas que reporta, que ya nadie cuestiona hoy en día la creación y el desarrollo de los estudios corporativos o asociados.

Sin embargo, el problema de la deshumanización debe preocuparnos cuando llega a extremos inaceptables, lo que no es muy difícil que ocurra cuando la «cultura corporativa» se extiende peligrosamente en el interior de las organizaciones. No es de extrañar que en ese mundo de ingresos y gastos, de utilidades y participaciones, de competencia interna y hojas de tiempo, de equipos electrónicos y computadoras, de grandes cuentas y casos en que se han convertido los estudios, los abogados tiendan a perder o relegar su identidad, sus aspiraciones personales y hasta los ideales que los llevaron a abrazar la carrera de Derecho.

¿Han llegado los estudios peruanos a extremos inaceptables de deshumanización? Esta es una pregunta que sólo pueden contestar con certeza los miembros de cada organización. Por nuestra parte, nos limitaremos a señalar que consideramos una tarea moral de los estudios jurídicos asentarse sobre bases humanistas y colocar a la persona humana en el centro de sus organizaciones, como su principal razón de ser. Los abogados de un estudio corporativo tienen el derecho y el deber, como todo abogado, de desarrollar sus conocimientos, habilidades y talentos en un proyecto de vida sano, que les permita enfrentar con honestidad y sinceridad el fin primordial para el que se hicieron hombres de Derecho: la defensa de la justicia.

Segunda tarea: la lucha contra la corrupción

Es conocido por todos el grado de descomposición que la profesión de abogado ha sufrido en las últimas décadas, ocasionada por la inmoralidad y la corrupción reinante en nuestro país, y en especial en las instituciones ligadas al derecho.

La crisis del Poder Judicial llega a su clímax con el apabullante rechazo popular, manifestado en las encuestas que a partir del 5 de abril apoyaron en forma casi unánime su reforma. Lo mismo cabe decir del Ministerio Público. Pero la reestructuración del accionar de jueces y fiscales es insuficiente. No sólo por el cuestionamiento, en algunos casos plenamente justificado, que se le puede hacer a los procesos en marcha, sino porque ningún cambio puede ser duradero si no se reforma la profesión en su conjunto y al abogado en sus múltiples expresiones: como juez y fiscal, pero también como litigante y asesor.

La constatación de que la crisis moral afecta a todos los abogados, incluyendo a los litigantes y asesores, debe sopesarse adecuadamente en la formación y la reorganización de estudios. Y es que la paulatina aceptación que se ha extendido de un profesional inmoral e inescrupuloso como modelo o arquetipo, debe servir de acicate a la decisión de constituir estudios con un estilo que cuestione este modelo y proponga otro en su lugar. Al respecto, resulta de sumo interés el siguiente relato de Fernando de Trazegnies:

«La corrupción se inició en la justicia penal, que tenía que conocer casos de tráfico de drogas, pero pronto la justicia civil fue también contaminada. Una de las ocasiones en que la coima alcanzó notoriedad entre los jueces civiles fue con motivo del intento de nacionalización de los bancos que llevó a cabo el gobierno anterior: aun cuando no es posible probarlo, es *vox populi* que los recursos constitucionales de amparo que se interpusieron contra las disposiciones legales estatistas y contra las acciones (ilegales) del gobierno, dieron lugar a una abundante circulación de dinero negro. Sin embargo, no solamente los jueces fueron corruptos: la corrupción sólo se produce con la participación de dos personas corruptas: el que paga y el que recibe[9]».

Lo que no dice el doctor De Trazegnies es que entre los corruptores se voceó a un importante estudio de abogados. Es un hecho por todos conocido que la corrupción desatada en los últimos años, que parece haber llegado a niveles sin precedentes en la década de los 80, afectó severamente a algunos estudios que, en su deseo de ser eficaces, no mensuraron adecuadamente el gravísimo daño que ésta les ocasionaba, olvidando que la corrupción es la negación de la abogacía.

Cuánta razón tiene Ortega y Gasset cuando sostiene que le parece una perversión de nuestro tiempo que la eficacia sea el único valor estimado o, cuando menos, el más estimado. Cuánta verdad hay en el Pronunciamiento de los Obispos del Consejo Permanente del Episcopado Peruano cuando nos advierten sobre esa actitud muy difundida hoy, que tiende a poner de lado consideraciones éticas en aras de la eficacia; que pone el éxito como criterio del bien y del mal, y que no

[9] DE TRAZEGNIES, Fernando. "El Sistema Judicial Peruano". En: *Invirtiendo en el Perú*. Apoyo, Lima, 1994. p. 51.

hace otra cosa sino destruir el éxito fundamental de nuestras vidas, sólo para ganar éxitos parciales y efímeros[10]. Eso es precisamente lo que le hace la corrupción a la profesión. Destruye lo que debería ser su éxito fundamental: su contribución a la existencia de una sociedad más justa.

Creemos que este gravísimo problema que afecta a la profesión puede y debe ser superado, o al menos controlado, con el concurso y el aporte de todos, mediante una campaña organizada para combatir la corrupción. Los estudios jurídicos, en tanto institución líder del campo profesional, deben tomar la iniciativa, para lo que proponemos que abran el debate y la discusión sobre las alternativas o las fórmulas de solución a este problema. Es más, proponemos la suscripción de un convenio entre estudios para combatir esta lacra social y profesional o, al menos, para eliminarla del interior de los estudios asociados.

Tercera tarea: la descentralización

Los estudios de abogados no han sido ajenos al fenómeno centralista peruano. Como en tantas otras actividades y profesiones, muchos abogados provincianos han emigrado de sus pueblos y ciudades natales hacia la capital, cerrando los estudios que ellos o sus antepasados fundaron.

Si bien el grueso de abogados de los estudios capitalinos es limeño y está conformado mayormente por egresados de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, ambas con facultades de Derecho con sede en Lima, ilustres abogados de Arequipa, Tacna, Cusco y Piura integran y prestigian esas organizaciones. Especial mención merece la ciudad de Arequipa, cuna de grandes juristas y sede de la reputada Universidad de San Agustín.

El problema del centralismo, aun restringido al ámbito de la profesión de abogado, es demasiado vasto y complejo para tratarlo en este momento. Basta decir aquí que los estudios provincianos no han alcanzado, ni remotamente, los niveles de organización y modernización de sus pares limeños. En su gran mayoría, siguen bajo el esquema del bufete individual y, salvo por contadas excepciones, se resisten a la tecnificación y al cambio.

Creemos pues, que una forma de contribuir al desarrollo de la profesión en provincias es la descentralización. El avance tecnológico, especialmente en el campo de las comunicaciones, hacen viable esta proyección de los estudios corporativos y demás instituciones ligadas al Derecho. Esta es una tarea moral que vincula a la institución con el desarrollo del Perú. Hay que tener presente que de esta manera se lograría tres grandes objetivos: contribuir a la descentralización del país, mejorar el nivel profesional en provincias y prestar un servicio más eficiente a la clientela que desarrolla actividades fuera de la capital.

Cuarta tarea: la transnacionalización

La globalización de la economía, el nuevo orden internacional, la creación de nuevos mercados en mérito a tratados de libre comercio, y demás caracteres y tendencias que hacen del tercer milenio significado de progreso, competencia, actualización integración y reto, pueden -según Felipe Carrasco Fernández- convertirse también en fatalidad si es que el abogado tradicional no acepta que lo que nos depara este nuevo milenio es el cambio. Según este abogado mejicano, «hoy en día se requiere la integración real de los abogados latinoamericanos a efectos de poder ejercer nuestra profesión con mayor amplitud y en atención de que necesariamente se tendrán que aumentar los anexos de los bufetes de abogados con los de otros países latinos para establecer representaciones o corresponsalías de los mismos en diversos países de nuestro continente[11]».

De los retos que el futuro cercano nos depara, quizás el más difícil de enfrentar sea el de la internacionalización o transnacionalización. Al respecto, el empresario peruano Walter Piazza[12] afir-

[10] Ver Pronunciamiento de los Obispos en "Eficacia y Etica". En: *Derecho, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, nº 47. Lima, 1993. pp. 527-529.

[11] CARRASCO FERNANDEZ, Felipe. "El Abogado y la Integración Continental". En: *Diario El Peruano*. Lima, 5 de abril de 1994. p. B-10.

[12] El Ingeniero Piazza preside un importante grupo empresarial cuyo eje es la ingeniería y uno de los pocos casos exitosos de transnacionalización de servicios profesionales peruanos. Ya nos advertía Basadre que, en conjunto, la labor de los ingenieros ha sido, de hecho, más importante para el Perú de la primera mitad del siglo XX que la obra de los abogados (BASADRE, Jorge. *Op. cit.* p. 4738). Los ingenieros supieron enfrentar el reto de la crisis económica peruana de las últimas décadas en base a la búsqueda de nuevos mercados en el exterior. Algunos lo consiguieron demostrando el alto nivel profesional y competitividad del ingeniero peruano. Los dos casos de transnacionalización de estudios de abogados que conocemos se debieron, en cambio, a fenómenos migratorios.

ma que «en una sociedad empresarial globalizada, las empresas tienen que mirar hacia mercados que van más allá de sus fronteras nacionales y al hacerlo deben prepararse para ser competitivas por sí mismas, es decir, no deben esperar que existan en su entorno condiciones artificiales que les den alguna ventaja [13]». Acto seguido, sostiene que para lograr estos objetivos, existen dos caminos: la exportación de servicios y la transnacionalización. Concluye que ésta última es la más efectiva para una empresa de servicios.

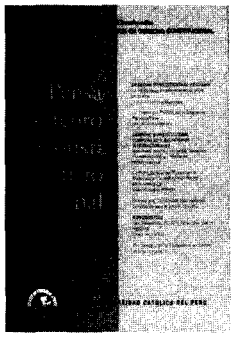
Estas reflexiones de un jurista y un empresario nos hacen pensar en que al formar su propia organización, un estudio debe tener en cuenta no sólo sus relaciones con los estudios nacionales, sino también con los extranjeros, con los cuales tendrá que compartir en el futuro la responsabilidad de orientar a la mutua clientela. No hay que olvidar que, tan pronto se ponga en marcha el modelo exportador, un nuevo empresario nacional requerirá de la asesoría necesaria para salir a competir en el mercado internacional.

Asimismo, y ésta es la tarea moral, corresponderá a los estudios orientar al legislador peruano a adoptar las modificaciones legislativas más convenientes, según las experiencias y las tendencias más avanzadas, y guiar a nuestros gobernantes por ese universo de tratados, convenios y legislaciones que constituyen el Derecho Internacional.

Creemos, por último, que la integración jurídica fomentada sobre la base de los estudios más prestigiados de los distintos países involucrados será la mejor garantía para la integración económica peruana con la comunidad internacional en el tercer milenio.

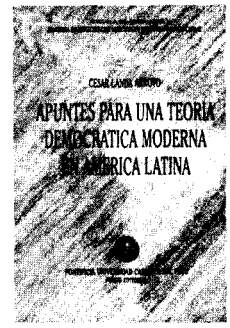
[13] PIAZZA, Walter. En: *Diario El Comercio*. Lima, enero de 1993.

El Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú anuncia la aparición de sus publicaciones



Pensamiento Constitucional

Maestría de Derecho con mención en Derecho Constitucional Pontificia Universidad Católica del Perú



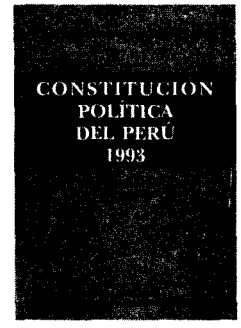
Apuntes para una Teoría Democrática moderna en América Latina

César Landa Arroyo



Un Proyecto Nacional en el Siglo XIX
Manuel Pardo y su visión del Perú

Carmen McEvoy



Constitución Política del Perú 1993. Sumillas. Indice analítico

César Landa Arroyo y Ana Velazco Lozada

Para mayor información, comunicarse con los teléfonos 62-6390 62-2540 anexo 220 o visitar nuestras oficinas ubicadas en el campus universitario, Av. Universitaria s/n, San Miguel

ENTREVISTA A JEAN-CLAUDE JAVILLIER: FLEXIBILIZACION Y DERECHO DEL TRABAJO*

La reforma laboral peruana iniciada a partir de 1991, enmarcada dentro de los procesos de flexibilización llevados a cabo en el mundo, ha eliminado muchas de las trabas existentes a la contratación laboral y ha suprimido una serie de derechos de los trabajadores, en aras de potenciar la competitividad de nuestras empresas.

Los defensores de la reforma señalan que ésta es una necesaria adaptación del Derecho Laboral peruano a la nueva realidad económica y social del país y del mundo. Sus detractores afirman, sin embargo, que la flexibilidad es una inaceptable reducción de derechos, que atenta contra los fines del Derecho del Trabajo.

Dentro de este contexto, a propósito de la celebración en Lima del Fórum Internacional «Presente y Futuro del Derecho del Trabajo», entrevistamos al Doctor Jean-Claude Javillier, Profesor Principal de la Universidad de Panthéon-Assas (París 2) y Profesor invitado de la Universidad de Oxford, el cual destaca en la presente entrevista cuáles serían las bondades de la flexibilización de la legislación laboral.

THĒMIS: ***Luego de la reforma laboral peruana iniciada a partir del año 1991, los términos «flexibilidad» o «flexibilización» son utilizados por los distintos agentes sociales en diferentes sentidos. ¿Podría decirnos, a manera de introducción, qué deberíamos entender por «flexibilización del Derecho del Trabajo»?***

JAVILLIER: Flexibilizar significa adaptar. Los procesos de flexibilización del derecho del trabajo tienen como objetivo la adaptación del derecho a la realidad. Actualmente, estamos ante una realidad completamente distinta a la del siglo XIX. El derecho del trabajo no puede permanecer inmutable frente a los cambios ocurridos, todo lo contrario, debe evolucionar -al igual que el derecho en general- tratando de responder cada vez más a las nuevas necesidades sociales.

La sociedad en la que vivimos no es igual a la de nuestros abuelos. Se ha producido un profundo cambio cultural en nuestros pueblos, debido a la gran evolución científica y tecnológica. Hoy tenemos una cosmovisión distinta a la de hace algunas décadas. La empresa del siglo XIX y la de la primera mitad del siglo XX fue construida bajo la organización tayloriana del trabajo, en la que todos los trabajadores, subordinados en un mismo lugar, se vinculaban a sus empleadores a través de contratos típicos de trabajo. A diferencia de aquella época, hoy predominan los contratos de trabajo atípicos: el teletrabajo, el trabajo a tiempo parcial, y muchas nuevas formas de trabajo, creadas por las exigencias de una nueva realidad.

*La entrevista fue realizada y editada por Juan Antonio Egüez, miembro de THĒMIS - Revista de Derecho.

Flexibilizar el derecho del trabajo significa abandonar aquellas estructuras rígidas, creadas para una realidad distinta, que perjudican tanto a empleadores -que no pueden organizar su empresa de la manera más productiva- como a trabajadores -pues al verse restringida la movilidad de la fuerza de trabajo, aceptan muchas veces situaciones indignantes por el temor de no conseguir un nuevo empleo-.

THĒMIS: ***Es incuestionable, sin embargo, que los Estados -a través de la flexibilización de su legislación laboral- no sólo han regulado legislativamente nuevas formas atípicas de trabajo adaptando su derecho a la nueva realidad, sino han buscado también impulsar la competitividad de sus empresas dentro de la globalizada economía mundial. Partiendo de esta constatación, ¿no considera Ud. que es un móvil fundamentalmente económico el que impulsa a los diferentes gobiernos a flexibilizar su legislación laboral?***

JAVILLIER: Pienso que la revisión de la legislación laboral, en muchos países, puede haberse visto motivada por la búsqueda de una mayor competitividad de sus empresas dentro del nuevo contexto económico mundial. Sin embargo, no podemos dejar de reconocer que en esta reforma laboral se han incluido los principales cambios ocurridos en nuestra sociedad en las últimas décadas, plasmándose así, legislativamente, distintas formas atípicas de trabajo sobre cuya precariedad y validez se discutía. La flexibilización no puede ser cuestionada por fundamentarse en razones económicas. Lo único cuestionable es desproteger injustificadamente a los trabajadores en aras de un interés puramente económico.

La conciliación entre los intereses de la empresa y los de los trabajadores es una necesidad. No podemos proteger a los trabajadores sólo teóricamente. Si las empresas no se desarrollan (crecimiento de su capacidad, nueva tecnología, etc.), resulta muy poco probable que los trabajadores puedan desempeñarse en buenas condiciones de trabajo y con salarios que efectivamente puedan satisfacer sus necesidades vitales.

THĒMIS: ***Reconociendo que la «flexibilización del Derecho del Trabajo» trae como consecuencia la eliminación de una serie de derechos adquiridos por los trabajadores, ¿no cree Ud. que estos procesos de flexibilización son finalmente una regresión -quizás transitoria- al desarrollo alcanzado por el Derecho del Trabajo?***

JAVILLIER: El Derecho del Trabajo no tiene como única finalidad la protección de los trabajadores, sino al igual que todas las ramas del Derecho, es un conjunto sistematizado de normas que buscan dar la respuesta más adecuada a una problemática social: las conflictivas relaciones laborales. El Derecho Laboral no se limita a enumerar derechos para los trabajadores, sino señala -como es lógico- un conjunto sistematizado de reglas que establecen para trabajadores y empleadores tanto derechos como deberes.

La protección del trabajador es la finalidad más importante del Derecho del Trabajo, pero no es la única. Por esta razón, estoy plenamente convencido de que la flexibilización, lejos de ser una involución del desarrollo alcanzado por el Derecho Laboral, es una reformulación del mismo que busca hacerlo más acorde con la nueva realidad del siglo XX. Todas aquellas personas que piensan que la «flexibilización» es una regresión parten de una premisa equivocada, al creer que el Derecho del Trabajo es una espiral ascendente de protecciones. Por el contrario, el Derecho del Trabajo cumple siempre una doble finalidad: 1) proteger al trabajador; y, 2) contribuir al desarrollo de la empresa desechando aquellas barreras que no le permiten ser competitivas dentro del mercado.

THĒMIS: ***¿Cuáles serían -según su opinión- aquellas rigideces y trabas que aún permanecerían en la regulación de las relaciones individuales de trabajo, que afectarían la libre contratación de mano de obra y, por ende, la competitividad de las empresas?***

JAVILLIER: La principal traba que aún permanecería en algunos países europeos sería la regulación excesivamente burocrática y llena de formalidades que existiría para la celebración de contratos de trabajo atípicos. Algunos creen que el Estado no puede dejar de regular con aquella misma intensidad estas nuevas formas de contratación, pues de lo contrario se permitirían formas de trabajo precarias. Mi impresión, por el contrario, es que esta protección, que muchas veces resulta sólo «teórica», atenta contra los propios trabajadores. La excesiva intervención estatal únicamente trae como consecuencias un «desincentivo» a la contratación laboral y esto, como resulta lógico, perjudica con mucho mayor intensidad a la clase trabajadora, principalmente a todos aquellos jóvenes que año a año ingresan a formar parte de la población económicamente activa.

Por otro lado, considero que también existirían regulaciones excesivamente complejas y protectoras durante la vigencia de la relación laboral que, lejos de proteger efectivamente al trabajador, lo perjudican. Un ejemplo típico de esta inadecuada re-

gulación sería la legislación sobre el tiempo de servicios, la cual por su excesiva complejidad muchas veces se torna ineficaz. En este mismo orden de ideas se encontraría la interdicción al despido (estabilidad laboral absoluta) existente en algunos países, la cual, además de ser ineficaz, es sumamente perjudicial. En una economía de competencia, en la que no existen protecciones absolutas, la mejor protección que se le puede brindar a un trabajador es la capacitación, pues se le brinda nuevas alternativas que lo pueden proteger efectivamente frente a un despido.

Finalmente, deseo precisar que no estoy a favor de la desregulación como tal, sino únicamente cuando exista una justificación: facilitar la movilidad de la mano de obra, eliminando las trabas inútiles y burocráticas que limitan la contratación laboral. No podemos perder de vista que no debemos proteger «abstractamente» a los trabajadores. Es nuestra obligación desterrar las respuestas pasionales y buscar nuevas propuestas pragmáticas. Debe existir una nueva dinámica económica y social; de lo contrario, las normas no brindarán verdaderas protecciones a los trabajadores.

THĒMIS: ***Algunos economistas y gobiernos conservadores -liberales en Latinoamérica- han llegado a afirmar, sin embargo, que el progreso social, consecuencia del progreso económico, vendría mucho más rápido si pasáramos por una etapa transitoria de relaciones laborales precarias, en la cual se capitalizarían muchas de nuestras empresas, tal como sucedió en la Europa del siglo XIX. ¿Considera Ud. viable este tipo de políticas?***

JAVILLIER: No lo creo. El trabajo no es, ni puede ser, una mercancía. Debemos buscar un equilibrio que permita que nuestras empresas sigan siendo competitivas, pero sin atentar contra la dignidad del trabajador. No considero adecuado este tipo de políticas porque al considerar al trabajo como un simple costo de producción, atentan abiertamente contra la dignidad humana.

La flexibilización ha sido utilizada algunas veces como un arma de guerra para destruir indiscriminadamente las protecciones. En estos casos, en los cuales no se respetan ciertos derechos esenciales del trabajador, se desvirtúa el verdadero espíritu de la flexibilización.

THĒMIS: ***Los procesos de flexibilización se han caracterizado por contar con distintos matices. En Chile y en Inglaterra, por ejemplo, no sólo se restringió la intervención estatal en las relaciones individuales, sino también se obstaculizó el libre ejercicio de la libertad sindical. ¿Considera Ud. válido que en algunas situaciones excepcionales un país pueda obstaculizar de manera transitoria la actividad sindical?***

JAVILLIER: La autonomía de las partes sociales es el corazón del Derecho del Trabajo. Por lo tanto, me parece completamente inaceptable que se pretenda limitar, aunque sea transitoriamente, la libertad sindical. Debe existir siempre un reconocimiento pleno de la libertad sindical, tanto del lado patronal como del lado sindical.

El derecho del trabajo se sustenta principalmente en dos tipos de controles: el control estatal, a través de la intervención estatal directa, y el control sindical, ejercido a través del pleno ejercicio de la libertad sindical. La desregulación total puede crear una inestabilidad muy grave en la sociedad.

THĒMIS: ***No resulta necesario, sin embargo, obstaculizar la actividad sindical en los países con problemas de desempleo, pues la desafiliación sindical y el debilitamiento de los sindicatos se torna una constante en todos ellos. ¿Considera Ud. adecuado flexibilizar la legislación laboral que implica un apartamiento del Estado en las relaciones individuales, cuando ya no existen sindicatos fuertes que puedan representar a los trabajadores? ¿Resulta justificado afirmar que existiría el riesgo de regresar al abstencionismo del siglo XIX?***

JAVILLIER: Estoy plenamente convencido de ello. Por esta razón, reitero que no estoy a favor de la desregulación como tal, sino sólo a favor de una readaptación del Derecho del Trabajo, que implique una eliminación de las trabas burocráticas y de las protecciones «teóricas» y absurdas que, lejos de favorecer a los trabajadores, los perjudican al restringir la libre movilidad de mano de obra.

En este sentido, considero que el Estado, dentro de este proceso de flexibilización, debería preocuparse por garantizar y fomentar el libre desenvolvimiento de la actividad sindical. El Estado debe fomentar la capacitación tanto individual como colectiva, así como facilitar un libre debate en el cual se incluyan los temas económicos y sociales. Debería haber también un cambio de mentalidad, que en vez de fomentar el interés individual, busque promover la toma de conciencia de que en materia laboral, no puede dejarse de lado el elemento colectivo. La conciencia de la relación con los otros es necesaria no sólo para la vida sindical, sino para la política en general.

El entorpecimiento de la libertad sindical sólo puede tener cabida en países donde se quieran implantar modelos no democráticos. Hay en este

fin de siglo, y *ad portas* de un nuevo milenio, el desafío de la articulación entre el individuo y el grupo, así como el fortalecimiento de la democracia que significa la participación directa o por medio de representantes en la vida social, económica o laboral.

Cabe agregar además que la existencia de los sindicatos favorece no sólo al sector trabajador y al sistema democrático, sino también, aunque muchos no lo reconozcan, al sector patronal, pues la desaparición de los trabajadores como grupo puede ser una situación que perjudique el normal desenvolvimiento de la empresa. En una situación conflictiva, si los trabajadores no tienen representantes, esto podría derivarse incluso en una situación de grave desestructuración de la empresa.

THĒMIS: ***¿Cuál es el papel que deberían jugar los sindicatos en una economía de libre mercado?***

JAVILLIER: Simplemente, deben ser auténticos. Los representantes de los trabajadores deberán buscar soluciones a los problemas de la vida cotidiana de los trabajadores. No deberán ser cúpulas cerradas, sino serán los encargados de canalizar las propuestas de los trabajadores.

Los sindicatos, además, deberán estar presentes en la transformación política del Estado. Estoy consciente de que los grandes cambios experimentados por el mundo y la vuelta del individualismo tornan muy difícil la elaboración de una estrategia colectiva. Sin embargo, creo que existe el pleno convencimiento en las partes sociales de su nuevo papel en el orden económico y político.

THĒMIS: ***Finalmente, pasando al ámbito internacional, ¿cree Ud. que los procesos de internacionalización del Derecho del Trabajo pueden limitar y hasta entorpecer los procesos de flexibilización que emprende cada país individualmente?***

JAVILLIER: No lo creo, pues la política de flexibilización es impulsada por la propia Organización Internacional del Trabajo. El último informe del Director General sobre el proyecto de la OIT revela la preocupación de la organización por difundir e internacionalizar sólo las protecciones esenciales. Es decir, se pretende evitar la explotación del ser humano, pero a la vez se busca impedir que algunos países difundan indebidamente «cláusulas sociales» bajo el pretexto de evitar un aparente «dumping social».

La OIT ha comprendido las bondades de los procesos de flexibilización. Por ello, lejos de paralizar los intentos de los Estados realizados individualmente para establecer una dinámica nueva de relaciones laborales, pretende fomentar un desarrollo conjunto que impulse a los distintos países a adaptar sus legislaciones laborales a la nueva realidad.

EL DERECHO Y LA CRISIS

Ramón Serrano Suñer*

Aunque los abogados nos esforcemos por no tomar debida cuenta de ello -quizás como protección-, el Derecho es visto en nuestra sociedad como un elemento pernicioso. Ciertamente, esta forma de ver el Derecho, ése que ejercen pícaros «abogados» que conocen mil fórmulas para evitar un auténtico servicio a la Justicia, no es la de quienes por vocación decidimos estudiar esta noble profesión.
En tiempos de corrupción, pareciera ser mejor abogado quien es más efectivo, o quien, en todo caso, tiene mucho menos moral que el contrario. Aunque parezca un lugar común, pues suele decirse con frecuencia sin sentirlo realmente, en THĒMIS - Revista de Derecho ***estamos convencidos de que esa forma inmoral de ejercer la profesión debe llegar a su fin.***
No perdamos de vista que la corrupción y los defectos del «sistema legal» han sido usados muchas veces para quebrantar el orden constitucional, tachándolo de ser sólo aparente y no estar al servicio de los intereses de las mayorías. No olvidemos que de este tipo de calificaciones, que pueden resultar fundados motivos para instaurar tiranías, somos en gran parte responsables los propios abogados.
La reflexión del doctor Ramón Serrano Suñer, eminente hombre de leyes y ex-ministro de Justicia español, es importante en una época como la actual, cuando hemos dejado de percibir que el principal valor que alienta al Derecho es la Justicia, y que ella sólo será realmente respetada si construimos un orden jurídico real, donde se respeten los derechos de todos y donde las normas representen realmente las aspiraciones de la mayoría. Sólo así podremos enfrentar a la crisis social de hoy, que socava los cimientos mismos de nuestra profesión.

A muchos ha de sorprender el tema de esta reflexión en tiempos en que el Derecho es un valor casi universalmente despreciado. También son muchas las gentes que piensan que la barbarie es mejor que la civilización. Me urge decir que escribo para los que piensan lo contrario.

Esta exposición -pese a lo abstruso de su materia- tiene la mínima dosis de conceptismo, como los lectores informados advertirán; aquella de la que es absolutamente imposible prescindir en un escrito que es todo él conceptual.

Es oportuno precisar que la civilización comienza justamente allí donde la razón de ser de la convivencia social, de la agrupación humana, deja de ser una reacción al medio meramente instintiva, para convertirse en consciente formulación o aceptación de un proyecto de vida en común.

Dicho de otra manera: la civilización empieza allí donde la mera atención al presente ha dado paso a la atención al futuro -sirviéndose, claro está, de las experiencias del pasado- y allí donde el orden y su estabilidad aparecen como aspiraciones -o como realidades- de la vida colectiva. Lo cual supone ya algo más que un cierto discernimiento objetivo del bien y del mal, lo justo y lo injusto, lo noble y lo vil, lo constructivo y lo disolvente. Quiere esto decir que la civilización llega a existir sólo cuando los hombres se someten a ciertas normas morales, estableciéndolas formal y sistemáticamente, dándoles carácter coactivo y convirtiéndolas en instrumento de su seguridad. Por eso

* Agradecemos al doctor Carlos Cárdenas por habernos alcanzado el presente artículo para su publicación.

podría alterarse así la frase de Plutarco: «Podréis encontrar ciudades sin murallas, sin guarnición, sin moneda, sin letras; lo que no encontraréis jamás es un pueblo sin Dios y sin Ley [...]», porque sin justicia no hay posibilidad moral ni física de vida común.

Avanzando un poco más en este razonamiento, llegamos a poder sentar con fundamento esta afirmación: el grado de civilización de un pueblo se ajusta, al menos muy aproximadamente, al grado de vigencia y efectividad que alcancen en él el Derecho y la autenticidad de su adhesión al orden jurídico. Claro es que estoy hablando de una ordenación jurídica con título de legitimidad moral y no meramente formal o material, es decir, asentada sobre bases éticas e inspirada en ciertos principios morales. Así era ya en el Derecho Romano con sus famosos preceptos («vivir honestamente», «no dañar a nadie», «dar a cada uno lo que es suyo». ¡Este es el problema!).

No puede haber comunidad civilizada sin el establecimiento y el mantenimiento efectivo de un orden jurídico. Por ello todos, pero esencialmente abogados y jueces, tienen el deber de luchar en su defensa cada día con mayor elevación y rigor al servicio de la verdad y la justicia. Las leyes y los códigos, aun siendo buenos, sirven poco si no son buenos los jueces y abogados.

Si el legislador puede ser analfabeto -y lo es muchas veces, como dice crudamente un gran maestro de juristas (Carnelutti)-, el juez no puede serlo debido a que en el proceso se puede hacer Derecho y muchas veces necesariamente se hace, porque la ley es como un producto semielaborado que recibe precisamente allí -en el proceso- una elaboración ulterior.

Hay que puntualizar que hablamos del orden jurídico auténtico y no de su simulación; de la norma jurídica y no de su disfraz al servicio de ilegítimos intereses del arbitrio y de la fuerza, mucho más vituperable que su conculcación directa y violenta.

Para quienes tenemos conciencia jurídica, la lucha por el Derecho, por el establecimiento y el mantenimiento **efectivos** de un orden jurídico -sea en un régimen político liberal o autoritario, o en otro que signifique una necesaria corrección de los dos-, constituye el gran deber y la gran verdad. Para otros, que de verdad no creen en el Derecho ni tienen formación jurídica, se trata sólo de meros recursos contingentes de propaganda. Y porque no creen de verdad en el Derecho, no lo respetan, e incluso lo escarnecen con la costumbre tan frecuente de disfrazar con procesos formales y apariencias jurídicas, propósitos y conductas antijurídicos.

Con frase intencionada, no exenta de gracia, decía Desmoulins que «sólo los déspotas torpes se sirven de las bayonetas. El arte de la tiranía consiste en hacer las mismas cosas utilizando a los jueces». Los procesos judiciales del centro de Europa realizados poco después de terminada la segunda guerra mundial contra hombres de Estado, prelados y militares responden exactamente a ese concepto. Esa simulación jurídica no define ciertamente un grado de civilización, sino escarnece el Derecho y enmascara la peor forma de barbarie. Con Fabre Luce, podríamos decir que es admisible y hasta legítimo combatir las grandes ideas a nombre de otros mitos, pero es vergonzoso escarnecerlas (con todo, esos hechos vienen a subrayar el extraordinario valor político y social del Derecho y a constituir como un reconocimiento de su necesidad, así como la conducta hipócrita es un homenaje al mérito de la virtud).

En resumen, será tanto más civilizada una sociedad cuanto más ciertamente esté fundada sobre unas bases jurídicas efectivas y duraderas, y cuanto con menos facilidad puedan ser anuladas por el capricho o interpretadas por la arbitrariedad.

****

Pocos valores sociales son de tan universal interés como el Derecho, que afecta a todas las relaciones de la vida humana sin que nadie pueda sustraerse a su esfera de acción. Necesitan de su amparo y garantía tanto los que poseen fortuna, como los que no cuentan con otro patrimonio -estos todavía más- que el de su dignidad personal y su capacidad de trabajo. El obrero manual, el intelectual, el hombre de negocios, el militar; el varón, la mujer, el niño, el anciano. Puede decirse que no hay posición ni situación a la que no alcance o pueda alcanzar el juego de pasiones y de intereses, el choque de voluntades que hallan en el Derecho su cauce y su regulación, asegurando y tutelando las posibilidades privadas y públicas de todos, y, en fin, haciendo posible la vida del hombre con el hombre y de los hombres en el grupo. El Derecho es, por consiguiente, una de las mayores conquistas de la cultura humana, y en buena parte la civilización -obra de esa cultura- es, en cuanto hecho social, el Derecho mismo. Existiendo, pues, un paralelismo, más bien una inherencia (al menos desde Roma), entre civilización y Derecho, es frecuente que las épocas críticas de aquélla coincidan con las crisis del espíritu jurídico y a la inversa.

Ahora mismo, en la gravísima crisis que, pese al alto grado de progreso material, padece el mundo, ¿no es su nota más característica el menosprecio y la subestimación de la norma y del espíritu jurídico? Si los ejemplos no abundasen por todas partes, bastaría considerar el más conspicuo y horrible de todos, el que nos ha ofrecido la última contienda mundial y su liquidación. Cuando el espíritu del Derecho -consustancial con el hombre civilizado- se había extendido en su perfeccionamiento incesante hasta la regulación de la guerra misma -que era la negación de todo Derecho- brutalmente otra vez aquellas normas fueron violadas, violación que pagó la comunidad internacional a precio bien caro. La vida de los individuos y de los pueblos pasó por hondas agitaciones y ansiedades, porque no se rompió sólo un cierto tipo de normas, sino todo sentido normativo.

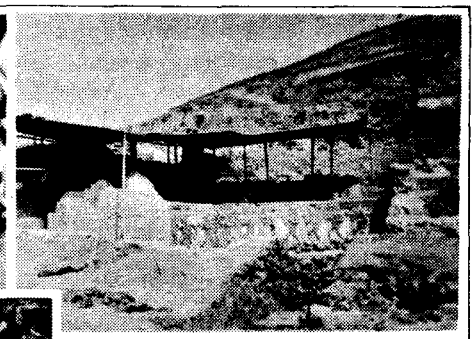
Mas como nuestra aspiración no es sólo lamentar, sino comprender, es preciso decir que en lo que al Derecho se refiere, la crisis de hoy no es casual. Si es cierto que la norma ética en que el Derecho se inspire debe ser permanente, válida y perfectible, el Derecho mismo, esto es, el ordenamiento jurídico concreto y positivo en el que se encarna y realiza, es un producto histórico condenado por la misma fluidez de la Historia a perecer y a renovarse sucesivamente. Pero a la necesidad de renovación de la norma jurídica se han opuesto siempre diques conservadores -tan utópicos a veces como los estímulos demagógicos de los revolucionarios- que han producido situaciones de desequilibrio entre la exigencia moral del momento histórico y su realización en el Derecho. Y esos han sido y son los momentos peligrosos, porque el impulso renovador, deformándose, llega en su tarea para derrocar la norma vieja e inválida, a la negación de toda norma posible o de todo sistema de Derecho. Y así, el espíritu jurídico queda en suspenso o en entredicho en manos desaforadas y casi siempre incompetentes, hasta que la nueva situación normativa se impone. Entre tanto, y cada vez, la civilización se expone a perecer del todo. La cuestión está en saber discriminar hasta dónde llega la verdadera exigencia de la variación histórica y dónde empieza el menosprecio gratuito -interesado muchas veces- propio del espíritu demagógico.

Y lo grave es que, sin una cierta sensibilidad y sin un cierto gusto por el Derecho, ni el mismo revolucionario es capaz de crear un orden nuevo, porque es claro que ni la sustitución del Derecho por la tiranía, ni su degradación al servicio del capricho tiránico son soluciones civilizadas. La tiranía es siempre un repliegue a lo inmediato y cotidiano, un escamoteo del futuro; un estado de provisionalidad y de inseguridad típicamente bárbaro.

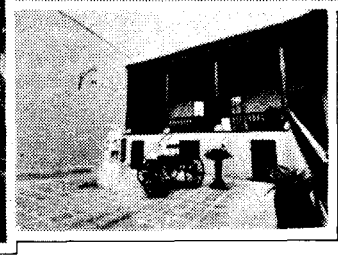
Pero si la barbarie no es apetecible, tampoco es sugestiva una civilización sólo aparente, una estructura sin alma. Con demasiada frecuencia se ha repetido en ensayos y en artículos la frase de Goethe «prefiero la injusticia al desorden». Frase peligrosa, nada cristiana, y una de las menos afortunadas del gran hombre. El planteamiento de esa opción es inaceptable, pues no hay posibilidad de entender un orden que excluya la justicia, ya que la injusticia es el desorden en potencia. En la jerarquía de los valores morales la justicia es anterior y superior al orden. La justicia es un principio inspirador y permanente y el orden un simple acontecimiento temporal. El orden tiene valor sólo en cuanto es justo.







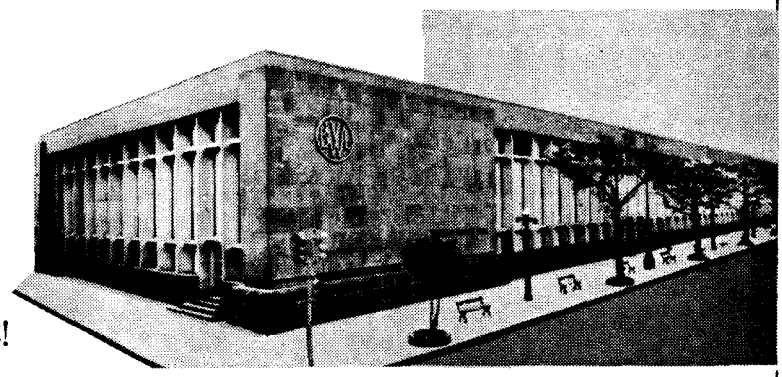




Dos mundos que se integran en un gran banco!



En el Banco Wiese
se unen el maravilloso
mundo del arte, de
nuestra cultura, con
el dinámico mundo de
una banca eficiente,
segura. Por algo,
el WIESE... es el WIESE!



BANCO WIESE BWL

para gente como usted.

L.T. 9026872

LA ELECCION COLECTIVA Y EL ANALISIS ECONOMICO DE LOS PROCESOS POLITICOS*

Enrique Felices Saavedra
Bachiller en Derecho
Ex-Miembro del Comité Directivo de
THĒMIS - Revista de Derecho

Sin duda, el fenómeno de la escasez de recursos exige una asignación eficiente de los mismos. Para Enrique Felices, esta afirmación no es sólo aplicable a la esfera económica y tampoco se limita a ciertas áreas del Derecho: la eficiencia y sus presupuestos también brindan las pautas para el análisis de procesos políticos como la formación de constituciones, en los que se realizan las llamadas elecciones colectivas. Un buen ejemplo resulta precisamente el proceso que dio origen a la Constitución norteamericana de 1789, que el autor analiza tomando en cuenta los diferentes grupos de interés existentes en dicho momento en los Estados Unidos.

INTRODUCCION

El análisis de la actividad del Estado y de su estructura institucional, así como los estudios constitucionales en general, han permanecido históricamente al margen de todo enfoque que comprendiera la utilización de variables microeconómicas. La relativa indiferencia prestada a los temas mencionados puede atribuirse, como señala James Buchanan [1], a algunos factores que afectaron el desarrollo inicial de la teoría económica hace poco más de dos siglos: puede decirse que para los economistas ingleses clásicos la noción del Estado como ente productivo era prácticamente inexistente y que, a partir de este principio comúnmente admitido en la época, resultaba una consecuencia lógica la muy limitada atención prestada al estudio de su actividad económica. Inglaterra, asimismo, vivía influenciada por las concepciones del pensamiento utilitarista de Bentham, lo cual significaba en la práctica agregar al desinterés por el papel económico del Estado, la creencia de que la política gubernativa debía regirse por patrones paternalistas y objetivos idealizados. Con seguridad, era en Gran Bretaña donde -en palabras del mismo autor [2]- podía encontrarse más extendida la romántica creencia de que el Estado trata solamente de hacer el bien en un sentido benthamiano, vagamente definido e incluso, la hipótesis de que el Gobierno puede, por el solo

* A Mariela y a los buenos amigos.
Nuestro agradecimiento al Doctor Alberto Bustamante B. por sus comentarios sobre el presente artículo.

[1] Ver: BUCHANAN, James M. "De las Preferencias Privadas a la Filosofía Pública: el Desarrollo de la Elección Pública". En: *Lecturas sobre la Libertad*, nº 12. Pro-Desarrollo, Lima, 1989. pp. 1-17.

[2] BUCHANAN, James M. *Op. cit.* p.2.

hecho de ser tal, cumplir la mayor parte de lo que se ha propuesto hacer. La vigencia de esta suerte de idealismo político dio lugar a que las iniciativas intelectuales de la época se apartaran de la Economía Política y se concentraran en el terreno de la Economía Privada, incrementándose por consiguiente el caudal de los estudios económicos dirigidos hacia el comportamiento privado de los individuos y disminuyéndose el relativo a la actuación pública de los mismos, en la acepción más amplia de esta expresión.

Con el transcurso del tiempo, sin embargo, algunos criterios clásicos del análisis económico se han modificado sustancialmente, ocasionando que la situación antes descrita haya variado y que, para ciertos casos, un instrumento de análisis aplicado exclusivamente a la actividad privada como es la microeconomía, haya extendido los efectos de su incidencia hacia ámbitos distintos a los comprendidos en las relaciones entre la producción y el consumo que constituían el interés principal de la economía clásica; por ejemplo, la actividad estatal, la administración de justicia, y para el caso del presente trabajo, los procesos políticos. A este respecto, además, es importante apreciar cómo la brecha que separaba a la macro y microeconomía -dentro de sus acepciones clásicas-, ha ido reduciéndose gradualmente al punto que hoy la segunda constituye, con relación a la primera, un referente casi obligatorio de comprobación teórica.

En este mismo sentido, durante las últimas décadas hemos presenciado el advenimiento de un método de estudio cuya aplicación ha implicado que los fenómenos jurídicos sean apreciados desde una perspectiva totalmente distinta a la tradicional. Este innovador enfoque ha sido denominado el Nuevo Análisis Económico del Derecho y se caracteriza principalmente por utilizar los instrumentos propios del análisis microeconómico para el develamiento de las virtudes e imperfecciones que, en todos sus niveles, comporta un sistema legal. De esta manera, por la propia naturaleza de su orientación, el Análisis Económico del Derecho otorga prioridad a la eficiencia[3] como valor fundamental en las relaciones jurídicas y busca que las decisiones que competen al Derecho, sobre todo las que se refieren a la asignación y distribución de los recursos, sean efectuadas con la mayor sujeción posible a dicho valor. Aunque el desarrollo de este nuevo enfoque no ha tenido una evolución homogénea -en términos de los temas que se han incorporado a su análisis o de las distintas tendencias que sobre el mismo se han formado-, no es posible desconocer el papel preponderante que cumple hoy en el estudio de los fenómenos jurídicos.

Si prestamos atención al efecto generado por el Análisis Económico del Derecho desde su origen en el año 1960[4], podremos observar cómo se ha producido con el transcurso del tiempo una suerte de ampliación de su espectro de incidencia inicial. Lentamente primero, y luego con una intensidad inusual, el enfoque económico se ha ido incorporando a los más variados campos de la ciencia jurídica. Como consecuencia de esta expansión, figuras del Derecho Privado tales como los derechos de propiedad, los contratos, la responsabilidad civil, la regulación ambiental, la legislación antimonopólica, el derecho tributario, etc., y muchas otras que corresponden a la esfera del Derecho Público han sido contempladas cada vez más con este nuevo enfoque.

No obstante lo anterior, la materia constitucional no ha recogido la influencia de la interpretación económica con la misma intensidad que se puede apreciar en otras ramas del Derecho. Esto no significa que en la realidad, y así lo refiere Ulen[5], los fenómenos constitucionales no hayan sido observados desde la perspectiva del análisis económi-

[3] Este concepto nos será de utilidad a lo largo del trabajo, por lo que conviene precisarlo. La eficiencia, en términos simples, está referida a la relación existente entre los beneficios agregados de una situación dada y los costos agregados de la misma. En la medida en que los beneficios agregados sean mayores que los costos agregados nos encontraremos frente a un caso de eficiencia. Esta definición (tomada de POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*. 2ª ed. Little, Brown & Co., 1989. p. 7), sin embargo, no coincide plenamente con lo que se conoce como el "Optimo de Pareto". Una situación es eficiente, en términos de Pareto, si no resulta posible mejorar la condición de un determinado sujeto sin que se produzca un desmedro en la de otro. En este sentido, el Optimo de Pareto representa el mayor grado posible de eficiencia social, en donde todos los recursos se encuentran asignados a sus usos más valiosos o útiles y, por lo tanto, más eficientes.

[4] Suele entenderse que el Nuevo Análisis Económico del Derecho tuvo como fecha de nacimiento el año de 1960, debido a que en dicho año fue publicado el precursor trabajo de Ronald H. Coase titulado "The Problem of Social Cost". (En: *The Journal of Law and Economics*, nº 3. The University of Chicago Press, Chicago, octubre de 1960, p. 1-44).

[5] ULEN, Thomas S. "An Economic Appreciation of the Bill of Rights: the Limits and Potential of Law and Economics in Discussing Constitutional Issues". En: *University of Illinois Law Review*, nº 1, vol. 1992, p. 190.

co [6]; ocurre simplemente que, a diferencia de aquellas ramas, el volumen de los estudios económicos sobre el tema de Constitución no ha sido tan grande; aunque no por ello merezca ser calificado en términos de menor importancia. Sin lugar a dudas, dentro de las distintas corrientes del análisis económico que intentan interpretar la actuación estatal y los fenómenos políticos, la de mayor difusión es la de la Elección Pública o del *Public Choice*, establecida en torno al Virginia Polytechnic Institute y desarrollada principalmente por James M. Buchanan. La Elección Pública constituye, por lo tanto, un intento sistemático para extender el campo de aplicación de los métodos propios de la teoría económica hacia la esfera de valoración de las opciones políticas o gubernamentales.

Con el presente trabajo lo que se intenta es analizar, desde una perspectiva fundamentalmente económica, el proceso político a través del cual se elabora una Constitución; y para ello, será de gran utilidad el aporte del Análisis Económico del Derecho y de algunos de los postulados que provee la escuela de la Elección Pública. La secuencia que define la estructura del artículo podría ser expuesta de la siguiente manera: la primera parte se encuentra dedicada a la descripción de un conjunto de presupuestos económicos sobre la base de los cuales se construirá nuestro modelo de análisis. Con este fin, desarrollaremos conceptos tales como los del Individualismo Metodológico, la racionalidad, el costo de oportunidad, entre otros; al tiempo que incidiremos sobre la noción de la escasez, la cual constituirá -de alguna manera- el hilo conductor de todo el artículo. Dentro de esta parte, asimismo, mostraremos algunos ejemplos sobre las respuestas que ha creado el Derecho para hacer frente precisamente al problema de la escasez.

La segunda parte del trabajo se concentra en lo que corresponde propiamente el análisis económico de los procesos políticos y, de manera particular, en lo que se refiere a la elaboración de Constituciones Políticas. Para tal efecto, aplicaremos los presupuestos económicos que fueron previamente definidos con la finalidad de llamar la atención sobre la importancia que cumple el criterio de la eficiencia en la determinación de los puntos de partida de toda la sociedad. Más adelante, aunque desde la misma perspectiva, señalaremos los aspectos más saltantes de los procesos de elección colectiva, en especial cuando estos sean producto de la representación política. De esta manera, intentaremos mostrar que la elaboración de un texto constitucional se halla determinada por los grupos de interés que participan directa o indirectamente en la tarea legislativa, y que los valores que entran en juego en la realidad se encuentran en la mayor parte de las veces disociados de la justicia, la equidad y, en mayor grado, de la eficiencia. Por último, antes de expresar un comentario final, recurriremos a un estudio económico realizado en torno al proceso político de creación de la Constitución norteamericana de 1789, en el que se muestran algunos de los aspectos tratados aquí y que, a manera de ejemplo, puede resultar de utilidad para el caso peruano.

1. LOS PRESUPUESTOS DE UNA APROXIMACION ECONOMICA

1.1. La escasez: el problema de la elección y la asignación de los recursos

«Nuestras necesidades son pocas, pero nuestros deseos son ilimitados» [7]. En esta pequeña frase, encontrada en una inscripción dentro de una «galleta de la fortuna», se resume de manera muy simple la preocupación fundamental de la economía: la escasez. Por fenómenos que atañen a la capacidad y nivel de aspiraciones del ser humano y al medio en el que habita, la provisión de recursos disponibles en el mercado, sin importar cuán grande sea, será siempre insuficiente para satisfacer la demanda de bienes y servicios de los individuos [8]. Los recursos posibles de aprovechamiento son, de por sí, **escasos**; y los deseos y expectativas de los consumidores, como correlato, deben constreñirse a **elegir** dentro de un grupo limitado de posibilidades. Un consumidor, por ejemplo, debe

[6] Una relación de trabajos sobre el tema, aunque sucinta, debería incluir los de BEARD, Charles A. *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*. Free Press, N.Y., 1913; BUCHANAN, James M. *The Economics and Ethics of Constitutional Order*, 1991. *The Reason of Rules: Constitutional Political Economy*, 1985 (con Geoffrey Brenann) y *The Calculus of Consent. Logical Fundations of Constitutional Democracy*. Ann Arbour Paperbacks. The University of Michigan Press, 1965 (con Gordon Tullock).; HAYEK, Friendrich A. *Law, Legislation, and Liberty*, 1976; SIEGAN, Bernard H. *Economic Liberties and the Constitution*, 1980; ULEN, Thomas S. *Op. cit.*

[7] "Our necessities are few, but our wants are endless". Frase tomada de BAUMOL, William J. y BLINDER, Alan S. *Economics. Principles and Policy*, 4ª. ed. Harcourt Brace Jovanovich, 1988. p. 34.

[8] El término "recursos" debe ser entendido en su acepción más amplia, es decir, incluyendo bienes, servicios y derechos de toda clase (una casa, un brazo, el aire, la vida, el dinero, la libertad, etc.).

cotejar las compras que desea efectuar con las posibilidades de gasto que le brinda un presupuesto restringido. Dentro de este cálculo, el consumidor no sólo tomará en cuenta cuáles son los bienes que desea adquirir, sino también cuántos de ellos puede efectivamente comprar; y, más importante aún, cuáles y cuántos bienes distintos al primero deberá dejar de comprar para así adquirir el deseado. De esta forma, los consumidores evalúan las posibilidades de gasto que tienen frente a sí y asignan sus recursos escasos a los fines que, en su opinión, les reporten más utilidades, es decir, a aquéllos que les representan la adquisición de un mayor valor por unidad monetaria. Este mismo razonamiento no sólo es aplicable a los individuos dentro de una estricta relación consumidor-productor, sino que alcanza a toda clase de sujetos que se encuentren frente a una situación que suponga la necesidad de elegir. Al igual que un consumidor cualquiera, un padre de familia deberá considerar cuáles son las opciones que debe privilegiar en su propio hogar a fin de que los recursos con los que cuenta sean asignados a cubrir de la mejor manera sus diversas necesidades, ya sea con respecto a la decisión de tener un hijo más o no, o con relación a la que implica aceptar un nuevo trabajo que conlleve desplazarse con su familia a otra ciudad. De la misma manera, un gobierno también se ve obligado a elegir sobre la base de un presupuesto limitado. El gobierno, en tal sentido, deberá cuidar de asignar cada porción disponible de su presupuesto fiscal a los fines que resulten socialmente más valiosos, efectuando el mismo tipo de cálculo que el realizado por el individuo, ya sea con relación a los bienes o servicios que adquiere de terceros, como con respecto a los que él mismo provee a la población: salud, educación, seguridad, etc.

En los ejemplos descritos en el párrafo anterior se ha enunciado algunas de las preguntas a las que se somete cualquier sujeto antes de tomar una decisión «económica», es decir, antes de elegir como se efectuará la asignación de sus recursos escasos al encontrarse frente a una serie de usos alternativos. De acuerdo con la teoría microeconómica, conviene tener presente que dichas interrogantes corresponderían a la ponderación de por lo menos tres variables específicas, como son: (i) la consideración de su propio nivel de ingreso, o dicho de otra forma, de sus posibilidades de gasto; (ii) la utilidad esperada del bien que desea adquirir, es decir, los beneficios que en términos de satisfacción, le reportará el bien al consumidor; y, (iii) el costo de oportunidad de adquirir ese bien. No obstante ello, los criterios sobre la base de los cuales los sujetos eligen cómo asignar sus recursos están muy lejos de ser cerrados y taxativos; por lo demás, éstos suelen ser muy variados y estar condicionados por elementos tan disímiles como las creencias religiosas, los valores, el altruismo o el egoísmo. Para efectos del presente trabajo, reduciremos estos criterios a aquéllos que, a nuestro entender, representan el común denominador del comportamiento individual y que, pudiendo ser subsumidos dentro del concepto de racionalidad como veremos a continuación, serán establecidos como presupuestos del análisis económico para el desarrollo de nuestras ideas.

1.2. El individualismo metodológico, el comportamiento racional y el costo de oportunidad

Tal como lo hemos mencionado en la introducción, uno de los postulados de la Elección Pública que nos sería de especial utilidad era el del llamado «Individualismo Metodológico». Este término, acuñado por Buchanan y Tullock[9], no indica otra cosa que la incorporación del comportamiento individual como el elemento central del modelo sobre el cual trabaja dicha Escuela. Se trata, en este sentido, de analizar todos los problemas bajo estudio en función del comportamiento de los individuos, en tanto que ellos constituyen la unidad mínima de la sociedad; la conducta de los grupos o de los entes colectivos, consecuentemente, sólo interesará en su calidad de resultado las conductas individuales que los componen. Es por esa razón que, por ejemplo, el análisis de problemas tales como los vinculados a la escasez y la asignación de los recursos, o los referidos a los procesos políticos y la elección colectiva -que veremos más adelante- lo haremos desde la perspectiva del individuo, teniendo en consideración la manera en que éstos los enfrentan en cada caso intentando maximizar sus propios beneficios. El comportamiento individual, entonces, será la premisa de la que partirá nuestro análisis.

Por otra parte, y como señalamos en la introducción, el análisis económico en tanto método de interpretación de la realidad, parte de un **modelo** construido sobre la base de una serie de presu-

[9] BUCHANAN, James M. y TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*. Ann Arbour Paperbacks. The University of Michigan Press, 1965. p. 3. Como señalan los mismos autores, "la unidad de toma de decisiones es el individuo, quien, al mismo tiempo, efectúa las elecciones y constituye la entidad para la cual las elecciones se efectúan".

puestos o postulados relativos al comportamiento de los individuos (consumidores) y a las condiciones del mercado, en el que se privilegia como valor central el ya enunciado criterio de la eficiencia. La utilidad que puede alcanzar el modelo radica en la posibilidad de alternar, sobre el papel, una serie de comportamientos posibles ante condiciones determinantes y predecir, de esa manera, los efectos económicos que tales comportamientos reportarían en la realidad. Para los efectos que nos interesan, estableceremos un conjunto de presupuestos relativos a la conducta «económica» que se presentan a los individuos cuando éstos se encuentran frente a la necesidad de optar entre una serie de posibilidades[10].

a. Los individuos son quienes mejor entienden lo que es más conveniente para su propio bienestar. Nadie está en mejor posición para saberlo, ni para determinar con mayor precisión el valor que para cada quién tiene las cosas. Este principio también es llamado de «soberanía del consumidor».

b. Los individuos buscan siempre la maximización de sus beneficios. Este comportamiento maximizador se evidencia cada vez que los sujetos deben llevar a cabo una elección. Para tal efecto, los individuos realizan un análisis de costos y beneficios, optando por la alternativa que mayores utilidades les reporte. Sobre la conducta maximizadora del individuo, para los efectos que conciernen a este trabajo, nos será indiferente si los intereses que motivan una determinada elección son altruistas, egoístas o incluso hedonistas. Lo único que nos importará será que, con prescindencia de la naturaleza de su interés, la persona persiga la mayor satisfacción posible de éste.

Los dos postulados arriba mencionados pueden subsumirse dentro de uno más amplio que cabría denominar «comportamiento racional» y que forma el núcleo que caracteriza la conducta del individuo en sus relaciones económicas. Adicionalmente, existe un factor que también condiciona la elección final de los individuos que, como tal, debe incluirse en el postulado de la racionalidad. Nos referimos al principio del costo de oportunidad.

El costo de oportunidad parte también del reconocimiento de la escasez. Cuando se cuenta con recursos limitados, cualquier decisión dirigida a tener más de algo implica, simultáneamente una decisión relativa a tener menos de alguna otra cosa. A manera de ejemplo, supongamos que una persona -llamémosla Carlos-, desea adquirir una lavadora de ropa y una motocicleta al mismo tiempo, y que cuenta con un presupuesto lo suficientemente limitado como para impedirle comprar ambos bienes[11]. Si Carlos decidiera comprar la lavadora de ropa, debería conformarse con mantener su condición de peatón y obtener los beneficios que le proporciona el vestir con pulcritud. Si por el contrario, adquiriese la motocicleta, conseguiría movilizarse con mayor celeridad, aunque tendría que contentarse con seguir vistiendo ropa sucia. Carlos no tendría una alternativa distinta (salvo, claro está, la de comprar la motocicleta teniendo en mente la idea de manejar tan rápido que la suciedad de su ropa no pueda ser advertida por los demás[12]). Lo que el ejemplo pretende mostrar es que, sin importar cuál de los dos bienes

[10] Los dos presupuestos del Análisis Económico del Derecho que se encuentran desarrollados en el texto son los que, a nuestro juicio, resultan necesarios para los fines del trabajo. No obstante, el modelo supone además otras variables, las cuales podrían ser postuladas de la siguiente forma:
(i) Todos los recursos son pasibles de valoración dineraria. Este presupuesto tiene, evidentemente, una función metodológica, en tanto que permite establecer un común denominador -un "precio"- entre todos los recursos disponibles en el mercado. Sobre los recursos recordar lo expresado en la nota a pie de página nº 8.
(ii) El costo de redistribuir los recursos es igual a cero. Como el análisis privilegia el valor de la eficiencia, y en la medida en que un conflicto entre los valores de la eficiencia y la equidad alteraría el marco metodológico, el costo de llegar a un resultado "justo" vía la redistribución de los recursos no se presume costoso. El término "igual a cero", es meramente referencial y, como tal, debe ser conceptuado simplemente como un costo lo suficientemente bajo como para no impedir la redistribución.
(iii) Las preferencias se presumen estables. Las preferencias de los individuos, sus "gustos", se presumen constantes. La utilidad de esta presunción radica en la posibilidad de "predecir" ciertas situaciones dependiendo de las variables que se vayan introduciendo en el modelo.
Para una ampliación al respecto, revisar: BECKER, Gary. "El Enfoque Económico del Comportamiento Humano". En: *Información Comercial Española*, no. 557, 1980. pp. 11-18. PASTOR, Santos. "Una introducción al Análisis Económico del Derecho". En: *Hacienda Pública Española*, nº 89, 1984. pp. 153-177.

[11] Para efectos del ejemplo, será necesario tener como cierto que Carlos necesita ambos bienes, y que la adquisición de cualquiera de ellos lo colocaría en una mejor posición que aquella en la que se encontraba; es decir, importaría que quedase colocado en una situación Pareto superior.

[12] Esta posibilidad, sin embargo, no tiene cabida en nuestro ejemplo. Nuestro amigo Carlos actúa racionalmente y entiende que, sin importar qué tanto y qué tan rápido maneje, siempre tendrá que llegar a un destino final poco grato.

sea el que finalmente adquiera Carlos, siempre tomará en cuenta el valor -en términos de costos y beneficios- que para él representa el bien no elegido. Así, si optara por la motocicleta, el valor que ésta tendría no estaría determinado únicamente por su precio de mercado,sino por el valor de la lavadora (o las lavadoras, de ser el caso) que dejó de comprar para adquirirla; es decir, por el costo de la oportunidad no aprovechada. El costo de oportunidad de cualquier decisión es, entonces, el valor de la alternativa inmediatamente más beneficiosa que no ha sido elegida[13].

El principio del costo de oportunidad, conjuntamente con los presupuestos antes mencionados, constituyen la base desde la cual los individuos eligen a partir de un conjunto de recursos que de por sí son escasos, y desde el reconocimiento de su propia restricción presupuestaria. En este sentido, tanto la conducta de los individuos como las decisiones económicas que se producen a cualquier nivel, estarán orientadas a asignar los recursos disponibles de la manera más eficiente posible, de forma tal que éstos recaigan sobre aquellos fines que permitan una mayor valoración de los mismos o que los provea de un grado de utilidad superior. En las líneas que a continuación siguen, intentaremos llamar la atención sobre el hecho de que la escasez no es un problema exclusivo de la Economía sino que, por el contrario, se encuentra íntimamente comprometida con el Derecho.

1.3. La escasez de recursos y las respuestas del Derecho

Hemos visto hasta aquí cómo el problema de la escasez constituye el eje alrededor del cual gira el estudio de la Economía. Aunque resulte menos aparente, la escasez tiene también una importancia fundamental en el Derecho, a tal punto que a partir de ella bien se puede justificar o comprender la existencia de instituciones centrales para nuestro sistema de Derecho como la propiedad o los contratos. Nos explicaremos brevemente.

La propiedad es, en efecto, una típica respuesta elaborada por el Derecho para hacer frente a la realidad de la escasez; tanto así que si la provisión de bienes disponibles en el mercado fuese inagotable, la asignación de derechos de propiedad carecería de sentido. Asumamos, a manera de ejemplo, que los combustibles son bienes que se encuentran en cantidades ilimitadas en el mercado. En ese caso, no interesaría cuán grande fuera la demanda de combustible que se produjera en la sociedad, ni el nivel de consumo -en términos estrictamente económicos, claro está- de los individuos, toda vez que siempre se encontrarían cantidades suficientes de aquél para satisfacerlos. Si por el contrario, los combustibles fueran un recurso **escaso**, su demanda no podría ser satisfecha en un mismo nivel y un consumo indiscriminado de ellos conllevaría su rápido agotamiento.

Para que un bien sea considerado escaso debe cumplir básicamente con dos condiciones: debe ser un bien socialmente demandado, y al mismo tiempo, lo suficientemente limitado como para no satisfacer tal demanda. En un mundo real, los combustibles -como la mayor parte de los recursos- son evidentemente escasos. Si los derechos de propiedad no existieran, la provisión de estos recursos limitados se distribuiría únicamente en función a la ley del más fuerte. Así, la persona que se encontrase en la necesidad de obtener algunos galones de gasolina, por ejemplo, los conseguiría con seguridad arrebatándoselos a uno más débil, el cual sólo podría oponer al agresor su menor resistencia física. Si tenemos en cuenta que en su gran mayoría los recursos son escasos, podríamos darnos una idea de lo difícil que resultaría la convivencia en sociedad sin la propiedad.

Los derechos de propiedad, en este sentido, importan que no se produzca esta suerte de supremacía del más fuerte, por cuanto otorgan a ciertas personas un derecho de oponibilidad que les permite defenderse de los demás y aprovechar el bien de manera exclusiva[14]. Estos derechos resultan siendo, además, el mecanismo más eficaz para asegurar la libre circulación de los bienes a través del intercambio, lo que permite que los recursos escasos sean asignados a sus usos más eficientes.

[13] Sobre el costo de oportunidad, ver: BAUMOL, William J. y BLINDER, Alan S. *Op. cit.* pp. 34-37.

[14] La función de los derechos de propiedad, o lo que es lo mismo, las razones por las cuales se prefiere otorgar esta facultad de exclusión u oponibilidad a una o varias personas, pasa también por una decisión económica. Sin ánimo de desarrollar el tema, pues excedería los alcances del presente trabajo, diremos que la propiedad privada, a diferencia de la pública, genera en el individuo una serie de incentivos que son considerados deseables. De entre ellos, cabría destacar el relativo a la internalización de externalidades, en cuya virtud los individuos asumen directamente los costos y beneficios que derivan de su propia actividad. A mayor abundamiento, ver: BULLARD G., Alfredo. "Un Mundo sin Propiedad. Análisis del Sistema de Transferencia de la Propiedad Inmueble". En: *Derecho. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, No. 45. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991. pp. 131-157.

En lo que se refiere a los contratos sucede algo similar, toda vez que éstos sólo tienen sentido cuando las partes se encuentran frente a situaciones en las cuales los recursos son escasos. La contratación presupone siempre una necesidad, y al mismo tiempo, el reconocimiento de la imposibilidad de satisfacer dicha necesidad por medios propios. Si existiese en nuestro planeta -lo traemos a colación nuevamente- una provisión inagotable de recursos, la satisfacción de las carencias materiales de las personas se resolvería por libre albedrío, tomando cada quien los recursos que requiriese. Sin embargo, como los recursos son finitos, y en tanto existen mecanismos que hacen inviable la apropiación de ellos mediante el uso de la fuerza (los derechos de propiedad), la alternativa de los individuos se reduce a intercambiar sus recursos escasos entre sí, entregando alguno que le represente un menor valor -en términos de sus propios intereses- a cambio de uno que le sea más valioso.

Las figuras mencionadas -la propiedad y los contratos- no son las únicas que constituyen una respuesta frente a la realidad de la escasez. Hemos preferido recurrir a ellas porque son las que permiten apreciar en las condiciones más simples el fenómeno sobre el cual queríamos llamar la atención. No obstante, estas respuestas del Derecho se presentan -en mayor o menor grado- en muchas otras ramas y en las formas más diversas: cuando recurrimos a la Responsabilidad Civil Extracontractual con el fin de que se **compense** un daño sufrido que de por sí es **irreparable**; cuando comprobamos la irreversible depredación del ambiente y el consiguiente surgimiento de una nueva rama del Derecho; cuando, en el caso de la tributación, la sociedad **consiente** -al menos teóricamente- que una porción de su ingreso le sea periódicamente restada para ser asignada a la provisión de determinados bienes o servicios públicos que son colectivamente necesarios y que de otra manera no podrían ser proporcionados; y así sucesivamente.

2. EL ANALISIS ECONOMICO DE LOS PROCESOS POLITICOS

Hemos descrito en los párrafos precedentes, lo que a nuestro juicio constituye el proceso a través del cual los individuos dan forma a sus decisiones cuando resulta necesario elegir entre diversas opciones. Este proceso de decisión, como vimos, importa para los sujetos la valoración -en términos de costos y beneficios- de una serie de variables de distinta clase e importancia, desde una perspectiva maximizadora al cabo de la cual deviene racionalmente la decisión de elegir la alternativa más eficiente a partir de un conjunto de recursos escasos. Mencionamos, también, que este particular proceso no es exclusivo de las decisiones que se toman en materias estrictamente económicas, sino que también se le observa en el campo del Derecho, dentro del cual algunos componentes fundamentales del sistema jurídico -como la propiedad y los contratos- tienen una existencia que se justifica básicamente por la escasez. Creemos, asimismo, que en un proceso político que tiene por fin la elaboración de un texto constitucional, el fenómeno de la escasez no debe pasar desapercibido.

2.1. Los puntos de partida y el criterio de eficiencia

El fenómeno que subyace en un texto constitucional, y de allí su gran importancia, es la definición de los **puntos de partida** de una determinada sociedad que en él se lleva a cabo. Definir esos puntos de partida importa, en términos económicos, efectuar una primera distribución de los recursos que se encuentran disponibles dentro de la sociedad (llámese nuevamente bienes, servicios, derechos, libertades, etc.), asignándolos a aquellos usos que se consideren «deseables» en términos de los criterios que, dependiendo del caso, busquen privilegiar los legisladores. En este sentido, tal definición sentará las bases sobre las cuales los individuos y la sociedad se desenvolverán y desarrollarán.

Por lo general, se ha entendido que en la elaboración de una Constitución se debe privilegiar, por encima de otros criterios, el valor de la equidad o el sentido de la justicia [15]; y, a partir de ello, se ha procurado establecer en las Constituciones la declaración de una serie de objetivos programáticos orientados a hacer primar precisamente estos valores. Incluso algunos economistas, como Ulen [16] y los seguidores del *Welfare Economics* -o Economía

[15] Equidad y justicia son términos que utilizaremos indistintamente. Ellos se refieren, dentro de una concepción estrictamente económica, a la manera en que se encuentra distribuido el ingreso entre los individuos. De esta forma, cuando la brecha entre las porciones de ingreso que perciben los individuos en la sociedad sea más reducida, estaremos ante una situación más justa y ante una distribución deseable, en términos generales.

[16] ULEN, Thomas S. *Op. cit.* p. 190.

del Bienestar-, sostienen que para la definición de los puntos de partida de una sociedad, no es adecuado utilizar las variables que ofrece el análisis económico. Aquellos parten de la premisa que considera que los valores de la equidad están «[...] en el corazón mismo de la discusión constitucional», y trazan una estricta línea divisoria entre esta última y la noción de eficiencia económica. Siguiendo la misma idea, añaden que la eficiencia puede ser sólo considerada como un objetivo social secundario, pero «secundario» en el sentido que se encuentra subordinado a uno «primario», constituido en este caso por la justicia en la distribución inicial de los recursos. Así, debido a que una Constitución se ocupa precisamente de esta distribución inicial, en tanto que la Economía se aplica a la consecución de la eficiencia una vez que esta distribución ha sido llevada a efecto, la razón práctica hace que los principales interrogantes de la materia constitucional se encuentren fuera del alcance del análisis económico.

Esta afirmación, desde nuestro punto de vista, no es correcta. No sólo porque consideramos que es **posible** aplicar el análisis económico en la tarea de elaboración de normas constitucionales, sino porque creemos que su aporte debería ser tomado en cuenta **siempre** por los legisladores.

Si el estudio previo de los efectos de una determinada norma resulta fundamental para evitar una incorrecta asignación de recursos -máxime cuanto éstos, como en efecto sucede, son intrínsecamente escasos-, en el caso de una norma constitucional la necesidad de este tipo de estudio es aun más importante, toda vez que, como es natural, cuando se trata del instrumento jurídico con la mayor jerarquía en una nación, los mecanismos necesarios para modificar su texto y reasignar los recursos de una manera más eficiente, son extremadamente complejos y costosos. En este sentido, la incorporación de componentes económicos a la labor legislativa -tales como la evaluación previa de los costos y beneficios que comportaría cada norma y la consideración del criterio de eficiencia- sería sin duda sumamente útil.

Pero, adicionalmente, existe un factor que por lo general suele pasar inadvertido cuando nos preocupamos por observar la evolución de un proceso de construcción constitucional y que resulta determinante para favorecer la aplicación de análisis económico a dichos procesos; y es que cada individuo que participa en él -como sucede con todas las personas sin perjuicio del ámbito en el que se desenvuelvan- no es más que un **conjunto de preferencias**, o como prefiere llamarlo Buchanan, una **función de utilidad**[17]. Si aceptamos esta premisa, también tendremos que concluir necesariamente que las preferencias de cada individuo son tan variadas en la realidad como disímiles con sus personalidades. Si los individuos son capaces de diferir en sus preferencias, y si admitimos que algunos aspectos de la vida son esencialmente colectivos y sociales, y no exclusivamente privados, resulta importante preguntarse cómo habrán de conciliar ellos sus diferencias individuales para obtener el resultado que, por definición, debe ser compartido por todas las personas que conforman la sociedad. En este sentido, la primera opción consistirá en determinar, dentro de una serie de alternativas distintas, una que pudiera ser considerada la correcta o, de ser el caso, la verdadera; a esta clase de acercamiento se le conoce con el nombre del **juicio de la verdad** y, de acuerdo a Buchanan, encuentra su polo opuesto en el planteamiento económico de la política.

En el análisis de los procesos políticos, y en particular en el referido a la elaboración de una Constitución, el **juicio de la verdad** carece de validez, por cuanto los individuos pueden **diferir** en sus juicios respecto de lo que es verdadero y de lo que no lo es; en este ámbito, la verdad no es sino un parámetro de contenido subjetivo. En la política, entonces, el aspecto central no radica en la alternativa de si una posición es verdadera o falsa (como lo veremos con mayor profundidad al tratar el tema de la elección colectiva y, en particular, en la formación de los grupos de interés en el seno de la política, en los que la «verdad» no es sino el producto de las transacciones privadas de los legisladores); el problema consiste en resolver las diferencias individuales originadas por la existencia de preferencias encontradas y con resultados que no es correcto denominar en dichos términos. Siguiendo el orden de ideas planteado, la segunda opción para conciliar las distintas preferencias radicaría en la posibilidad de ofrecer un parámetro objetivo que, a diferencia del juicio de la verdad, permita a los individuos dilucidar el privilegio de una determinada opción en desmedro de otra.

[17] Sobre este punto en particular, seguiremos las ideas desarrolladas por James Buchanan en el artículo que citamos en la nota a pie de página número 1. La noción del individuo como un "conjunto de preferencias", que ha sido desarrollada por Duncan Black para facilitar su explicación en torno a la necesidad de contar con una teoría económica de la política, también ha sido tomada de dicho texto.

Consideramos que un parámetro objetivo que podría atender la función mencionada es el del criterio de la eficiencia.

En nuestro medio, sin embargo, las «convenciones constitucionales» -esto es, las ideas arraigadas de manera generalizada acerca de lo que debe contener una Constitución- se han visto deformadas por una historia constitucional signada por una insoslayable tendencia paternalista y programática, y por la vigencia de Constituciones que mayormente han estado orientadas a proteger lo que no se debe y, peor aún, no se puede. La afirmación y búsqueda de los valores de la equidad y la justicia, en este respecto, han constituido -por lo menos en teoría- los objetivos hacia los cuales se ha dirigido la mira de los legisladores; quienes, en cambio, han descuidado el análisis de los aspectos destinados a determinar seriamente «lo que sería más eficiente» [18]. Consideramos de importancia, no obstante, que se reconozca el valor del criterio de eficiencia en materias como la tratada, puesto que, a diferencia de los otros patrones de medida mencionados, éste constituye un parámetro de evaluación verdaderamente objetivo. Asimismo, sería recomendable que se lo tome en cuenta dentro del conjunto de pautas o criterios al que habitualmente recurren los legisladores; de manera similar a lo que en la experiencia de otros países [19] y con menor rigor en el nuestro, ha significado por ejemplo, la incorporación del análisis económico al estudio previo de las normas administrativas.

Cuando a través de una nueva Constitución o de una enmienda a la ya existente se opta por conceder determinadas facultades al Estado y por restarle otras; cuando se reconocen ciertos derechos fundamentales a las personas, que implican, a la vez que un mayor grado de protección, una libertad más restringida en favor de los propios términos que fija la convivencia; cuando se recoge la posibilidad de otorgar o desconocer un derecho en virtud del interés social; o, cuando se confiere un beneficio a cierto sector de la población en desmedro de otro; se está decidiendo asignar recursos escasos entre una serie de usos alternativos. En todos estos casos nos encontramos frente a puntos de partida que son producto de una primera distribución de los recursos. La definición de los criterios sobre la base de los cuales conviene asignar los recursos dependerá de los mismos legisladores y hay que señalar que tal definición, como veremos en el siguiente punto, no es en medida alguna pacífica. Con todo, hemos querido llamar la atención sobre el valor que cumple el criterio de eficiencia como parámetro objetivo dentro de esta asignación inicial, sin desconocer, por ello, el valor de otros elementos, sino a partir de reconocer que -como en el caso de todo conjunto de recursos escasos- los recursos de los que dispone la sociedad también merecen ser asignados a sus usos más valiosos o útiles.

2.2. La elección colectiva

De la misma manera que los individuos son capaces de elegir sobre aspectos relacionados con su esfera de interés privado, en determinadas ocasiones y bajo ciertas circunstancias, también se encuentran facultados para trascender dicha esfera y elegir por otros; es decir, para tomar decisiones en nombre de un grupo de personas y optar colectivamente por ellos. En el primer supuesto -cuando nos encontramos ante una elección individual-, estamos enfrentados con el caso límite de la unanimidad: quien elige, está necesaria y exclusivamente de acuerdo consigo mismo, toda vez que carece de la posibilidad de decidir por otro. La unanimidad, vista a la inversa, puede también ser conceptuada como la generalización de una elección individual y, en este sentido, estar signada por sus mismas características. En el segundo supuesto, el referido a las elecciones colectivas, la situación es, sin embargo, totalmente diferente.

Las elecciones colectivas -salvo cuando se goza de unanimidad- importan siempre la anteposición de una determinada opción en favor de la fracción mayoritaria de un grupo, en desmedro de la parte

[18] Para algunos autores, como lo vimos al citar la posición de Ulen en la nota nº 17, existe un conflicto indisoluble entre los valores de la eficiencia y la equidad o la justicia, toda vez que se les concibe como valores incompatibles. No obstante ello, otros autores, como Guido Calabresi, afirman que ambos conceptos están muy ligados entre sí, señalando este último por ejemplo que "se devalúa tanto la eficiencia haciéndola parecer pura elaboración técnica como se devalúa la justicia diciendo que no forma parte de aquélla, porque se están concibiendo ambas cosas separadas, independientes." ("Entrevista a Guido Calabresi". En: THĒMIS - Revista de Derecho. Segunda Epoca, 1993, nº 25. Lima, 1993. p. 62).
En el mismo sentido, Calabresi llama la atención sobre el hecho que desperdiciar, en un mundo donde los recursos son escasos, es también injusto, y que "evitar el desperdicio es parte de la noción común de justicia [...]". ("Seguros de Primera Persona, de Tercera Persona y Responsabilidad por Productos: ¿puede el Análisis Económico decirnos algo al respecto?". En: *Ius et Veritas*, nº 4. Lima, 1992. p. 90).

[19] Al respecto, ver: LITAN, Robert. "Elaboración de Leyes a nivel administrativo y Análisis Económico: una perspectiva norteamericana". En: THĒMIS - Revista de Derecho. Segunda Epoca, 1985, nº 3. Lima, 1985. p. 18.

minoritaria del mismo; y es allí donde, en el fondo, radica la particularidad de esta clase de elecciones. A diferencia de lo que sucede con las elecciones individuales, en las elecciones colectivas no encontramos necesariamente un resultado provechoso o eficiente, en términos de costos y beneficios, para cada uno de los individuos que conforman el colectivo. Es cierto que, en términos generales, el **conjunto** de personas debería encontrarse en una mejor posición que aquélla en la que se hallaba [20], y que ello redundaría en una situación superior en términos de Pareto para la sociedad; pero no podemos por esto desconocer que una parte del grupo (la minoría) verá contrariados -e incluso irremediablemente perjudicados- sus intereses. Es más, podría decirse, que el aspecto medular en el caso de la elección colectiva es precisamente que, al tiempo que se reconocen los intereses de la mayoría, se causa un perjuicio a la minoría [21].

Sin embargo, la verdadera importancia de la elección colectiva radica en la gama de nuevas posibilidades que abre para los individuos y la sociedad. Si los individuos se vieran limitados a elegir únicamente para sí mismos y no para los demás -es decir, si no pudieran efectuar elecciones colectivas- el espectro de posibilidades de elección que se abriría frente a ellos estaría irremediablemente circunscrito a las opciones que su propia restricción presupuestaria fuese capaz de cubrir. En este sentido, y debido a que la alternativa de participar en una empresa común no existiría, los costos de oportunidad de cada elección serían asumidos -o «internalizados» para utilizar un término propio de la Economía- enteramente por cada individuo, los beneficios derivados de cada actividad recaerían sólo en el individuo que la realizó y, por consiguiente, la sociedad en su conjunto no prosperaría, toda vez que los recursos escasos que se encuentran a disposición de cada uno de sus miembros se asignarían a cubrir una sola (o unas pocas) de sus múltiples necesidades.

Un ejemplo permitirá graficar mejor lo afirmado; y para ello, partamos de la premisa de que **los individuos sólo pueden elegir para sí mismos**. Tenemos que a Luis, flamante propietario de un automóvil último modelo, le resulta imposible movilizarse debido a que la ciudad en la que vive no cuenta con un sistema de semáforos que regule el tránsito vehicular. Recorrer en el auto las treinta cuadras que median entre su hogar y la oficina le toma, dada la terrible congestión, más de tres horas de viaje que se traducen en igual cantidad de horas de trabajo perdido [22]; por consiguiente, ha resuelto optar por la alternativa inmediatamente más eficiente, esto es, desplazarse a pie. Nuestro amigo Luis es consciente de que la instalación de semáforos en ciertas intersecciones estratégicas reduciría su problema notablemente y le permitiría incluso, en virtud del tiempo ganado, dedicar el excedente a alguna otra actividad. Sin embargo, Luis no cuenta con la cantidad de dinero suficiente como para comprar e instalar la cantidad de semáforos que exige la ciudad y además, como consecuencia de no poder elegirlos para los demás, el hecho de contar con dicho dinero tampoco le proporcionaría una utilidad real toda vez que los beneficios que se derivarían de su colocación recaerían únicamente sobre su persona. Asimismo, ello conllevaría a que el costo de oportunidad de comprar y ubicar los semáforos fuese internalizado de manera exclusiva por Luis y que, por consiguiente, tal decisión vaya inevitablemente acompañada de una renuncia consciente y voluntaria a la posibilidad de satisfacer el enorme agregado constituido por sus demás necesidades. Comprar e instalar los semáforos no sería por ello, concluye Luis, una medida muy eficiente.

Si partimos de la premisa contraria, es decir, de que los individuos sí pueden elegir colectivamente, Luis podría tomar la iniciativa de instalar los semáforos con la seguridad de contar con el apoyo de los múltiples interesados en disfrutar de un tránsito ordenado y satisfecho de poder eludir -no

[20] Esto, debido a que se ha satisfecho el interés de la mayor parte de los individuos, quienes -de acuerdo con los presupuestos metodológicos de la racionalidad- se encuentran en una posición inmejorable para determinar lo que es más provechoso para ellos mismos.

[21] Existe una diferencia en el perjuicio que se ocasiona a la minoría como producto de una elección que privilegia las preferencias de la mayoría, del que se ocasiona deliberadamente contra la minoría por su sola condición de tal. La diferencia radica en que, en el primer caso, el perjuicio causado se encuentra contrapuesto a un beneficio superior a aquél, que es obtenido por la mayoría en virtud de una elección; y que, por consiguiente, genera una condición Pareto superior para todala sociedad. En el segundo caso, en cambio, el móvil de la elección se origina en el sentimiento de la envidia y consiste precisamente en infligir un daño a la minoría, sin importar incluso que aquél no redunde en una mejora de su propia situación.

[22] Esto, claro está, además de una serie de externalidades negativas adicionales que lo afectan, tales como el cansancio excesivo que le produce el conducir durante tanto tiempo, los continuos dolores de espalda, el desequilibrio emocional que le provocan las inclementes bocinas, la sinusitis crónica que le genera el estar tanto tiempo expuesto a los vahos contaminantes de otros vehículos, el desgaste innecesario de su automóvil, etc.

sólo él, en este caso- las externalidades que la inoperancia del mismo le generaba. Dentro de esta fórmula, Luis no tendría que asumir individual y directamente el costo total de los semáforos -en tanto que éste sería cubierto proporcionalmente por los beneficiados- y podría dedicar los excedentes de tiempo y dinero, que le permite el hecho de no estar forzado a internalizar el costo de oportunidad antes mencionado, a algunas actividades alternativas que le reporten un mayor grado de utilidad.

Una elección colectiva como la enunciada en el ejemplo, no tendría que ser necesariamente óptima, en términos de eficiencia paretiana, para ser considerada deseable. Por regla general, y el caso del ejemplo no es una excepción, las elecciones colectivas que efectúan las personas se ven afectadas siempre por la intromisión de determinados individuos, que al tiempo que persiguen el aprovechamiento del bienestar colectivo que provee la elección, evitan internalizar los costos que la consecución de dicho estado de bienestar demanda. A estos sujetos se les conoce con el nombre de *free riders* («polizontes», en castellano), y en el ejemplo estarían representados por todos aquellos automovilistas que se vieron favorecidos por la colocación de los semáforos y que, sin embargo, no cumplieron con pagar la parte que les correspondía por los mismos. No obstante, la imposibilidad de efectuar una elección totalmente eficiente no desvirtúa las evidentes ventajas que ofrece, desde la perspectiva de los individuos y de la sociedad, esta clase de elecciones.

Ahora bien, los individuos, por lo general, tienden a agruparse de acuerdo a sus propios intereses con la esperanza de obtener un margen de consenso lo suficientemente amplio como para enfrentar las múltiples elecciones colectivas que se les presentan desde el aventajado panorama que ofrece el hecho de formar parte de la mayoría. De esta manera, los individuos -siempre desde una perspectiva racional y maximizadora- buscarán integrarse «una y mil veces en diferentes grupos que compartan los mismos intereses de manera tal que puedan luchar conjuntamente para lograr su objetivo. Así, la sociedad está dividida en miles de grupos de interés, los mismos que se agrupan, separan, unen y enfrentan, dependiendo de su conveniencia en cada caso. A su vez, cada persona puede pertenecer a diferentes grupos de interés [...], y en caso de que existan intereses contrapuestos, optará por aquél que le ofrezca mayores beneficios» [23]. Existen muchos grupos que son capaces de efectuar elecciones colectivas dentro de la sociedad; tantos, en realidad, como intereses pueden identificarse en los individuos: los estudiantes, los desempleados, los futbolistas, las madres de familia, los choferes de transporte público, etc., conforman grupos de interés perfectamente definidos en nuestra sociedad. Cada uno de estos, además, se encuentra integrado por subgrupos -o, en algunos casos, facciones- que no necesariamente concilian de manera pacífica con las demás; por ejemplo, en el caso de los choferes, tenemos a los sindicalizados, los informales, los de presencia más antigua en una determinada ruta, o los conductores de las «combis» (los «indeseables» del grupo). A pesar de la variedad de grupos que existen en la sociedad, para nuestro caso particular sólo interesarán aquéllos que se ubican en el entorno de las decisiones políticas y, en particular, en el proceso político que da origen a una Constitución.

La política, como señala Jasay [24], es la generación y ejecución de elecciones colectivas y, a pesar de la salvedad que expresa el mismo autor al sostener que la política no debe ser ni aceptada ni admitida completamente sino que debe ser sólo **consentida** -bajo ciertas condiciones, nunca irrevocablemente, con extrema cautela y hasta de «mala gana»-, lo cierto es que aquéllas resultan indispensables, como hemos apreciado, para gozar de los beneficios que proporciona la vida en sociedad.

Cuando nos referimos al proceso de elaboración de una Constitución, el primer grado de interés que puede ser reconocido inmediatamente es el formado por quienes, precisamente, tienen en sus manos dicha tarea: los legisladores (ya sea como «constituyentes» en la Asamblea Constituyente de 1979, o como «congresistas» en el Congreso Constituyente Democrático de 1993). Conviene aclarar, empero, que el hecho de que centremos nuestra atención en los individuos que conforman este reducido grupo, no quiere decir que eliminemos del análisis a todos los demás individuos y grupos que conviven en la sociedad. Sucede simplemente que la noción misma de la representación política acarrea que estos legisladores asuman el rol de

[23] REBAZA TORRES, Alberto. "El Régimen Económico en una Constitución: ¿Solución o Fuente de Conflictos?" En: *Ius et Veritas*, n° 7. Lima, 1993. p. 58.

[24] DE JASAY, Anthony. *Choice, Contract, Consent: A Restatement of Liberalism*. The Institute of Economic Affairs. Hobart Paperbacks 30, 1991. p. 104.

portavoces de los múltiples y disímiles grupos de interés que integran quienes votaron por ellos y los eligieron. De esta manera, cada legislador deberá trasladar consigo los intereses e inquietudes de toda una serie de «subgrupos»: deberá preocuparse de sus «partidarios», «correligionarios» o «camaradas», de los independientes de ser el caso, de los burócratas que lo favorecen para mantener sus puestos, de sus amigos, de sus vecinos, de los jubilados, e incluso -en el caso de algún congresista- de los estacionales intereses de la tauromaquia. Esto, claro está, sin olvidar la carga de valores e intereses que cada persona lleva consigo, además de los que fluyen hacia el interior del Congreso. Habiendo dejado establecida la salvedad, nos concentraremos en el grupo de los legisladores.

A través de la historia -por lo menos en lo que atañe a la nuestra- se ha afincado la idea de que la preparación de un texto constitucional, al ser delegada a una suerte de asamblea legislativa especialmente investida por la sociedad con poderes constituyentes, debe estar orientada a la recolección de aquellos principios sociales que permitan la libre y sana convivencia y que garanticen el bien común. En esta misma línea de pensamiento se ha dicho que «la Constitución procede del pueblo entero; las personas son la fuente original de toda autoridad política ejercitada bajo ella; está fundada en amplios principios generales de libertad y gobierno otorgados, por alguna razón, por el pueblo entero y sin hacer referencia al interés o ventaja de algún grupo o clase»[25]. Desde este punto de vista, el contenido de la Constitución ha sido concebido como resultado privativo de la voluntad colectiva. A pesar de ello, una rápida mirada por encima del hombro sería suficiente para caer en la cuenta de que, en la realidad sucede algo distinto y que dicho proceso político resulta siendo bastante más complejo.

Recordemos por un momento lo ya mencionado acerca del comportamiento de los individuos cuando se encuentran frente a la necesidad de elegir entre una serie de opciones y cómo -de manera racional y maximizadora- tienden a integrarse a múltiples y disímiles grupos de interés cuando ante ellos se abre la posibilidad de efectuar una elección colectiva. Este fenómeno o la posibilidad de participar en él -lo que sería perfectamente coherente desde el punto de vista de los presupuestos económicos que postulamos sobre el comportamiento de los individuos en el mercado en otra sección de este mismo artículo-, no es esquiva a ninguna persona sino que, por el contrario, constituye el común denominador de la conducta individual; incluso si estos individuos son, al tiempo que tales, legisladores. No debe, por lo tanto, sorprendernos el hecho de que un proceso político como el de la elaboración de una Constitución se encuentre signado por las mismas características y particularidades que recaen sobre otras clases de opciones.

Ahora bien, conviene aclarar que lo señalado en el párrafo anterior no pretende afirmar que las características propias de los procesos políticos en general, y las del que nos compete en particular, sean enteramente coincidentes con las que se presentan en otro tipo de opciones. Por el contrario, los primeros llevan incorporada una serie de elementos absolutamente propios que -al tiempo que los diferencian de los demás- originan que debamos ser más cuidadosos cuando los enfrentemos. Así, por ejemplo, en el caso de la creación de un texto constitucional no puede pasar desapercibido el hecho de que se están distribuyendo los recursos escasos de los que dispone la sociedad y que consecuentemente, como vimos, se están definiendo los puntos de partida de la misma. De manera similar, se debe atender a las condiciones en las cuales dichos grupos se desenvuelven y compiten entre sí, toda vez que -como no sucede con los otros grupos- ellos encarnan en virtud de la representación política los intereses de terceros y, en su conjunto,de toda la Nación; en este sentido, la competencia entre los distintos grupos debe encontrarse garantizada por reglas de juego claras[26].

La idea que queremos rescatar en este punto, finalmente, es que, de manera contraria a lo que se piensa generalmente, el contenido de un texto constitucional es resultado directo y exclusivo del intenso conflicto político que protagonizan los legisladores por hacer primar los intereses de los grupos que representan o los suyos propios[27]. La-

[25] BEARD, Charles A. *Op. cit.* p. 10. En el mismo texto, Beard cita el célebre juez norteamericano George Marshall diciendo, en el mismo sentido, que "el gobierno procede directamente del pueblo, está "organizado y establecido" en el nombre del pueblo[...]". Asimismo, refiere la opinión de Bancroft al señalar que "la Constitución no establece nada que interfiera con la igualdad y la individualidad. No se sabe nada de diferencias por discrepancias, u opiniones, o clases favorecidas, o religión legalizada, o el poder político de propiedad".

[26] Para mayor abundamiento sobre este punto en particular, consultar: REBAZA TORRES, Alberto. *Op. cit.* p. 59 ss.

mentablemente, todavía no se ha efectuado en nuestro país un estudio interpretativo de la Constitución desde una perspectiva económica, a través de la cual pudiera percibirse de manera más clara la tesis que hemos intentado mostrar. En la experiencia internacional, sin embargo, esfuerzos de esta clase sí se han producido con excelentes resultados. En este sentido, y como último punto, recurriremos a un estudio realizado en torno a la Constitución norteamericana de 1789.

2.2.1. Los grupos de interés en la experiencia constitucional norteamericana

En el año 1913, Charles A. Beard [28] llevó a cabo la que puede considerarse la primera interpretación económica de la Constitución de los Estados Unidos de América. La principal conclusión que aquel trabajo proporcionó -y que, al mismo tiempo, es la razón por la cual lo citamos en el presente artículo- fue que las disposiciones normativas de dicho texto constitucional habían sido resultado directo de los intereses de los legisladores que tomaron parte en su creación. Beard, para ello, partió de la base que toda interpretación económica de la historia descansa sobre la idea de que el progreso social, en general, es el resultado de los intereses contrapuestos que conviven en la sociedad; algunos favoreciendo el cambio y otros oponiéndose a él. Con esto en mente, el autor logró identificar a ciertos grupos y clases que coexistían en los Estados Unidos antes de la adopción de la Constitución y que, en su opinión, habían condicionado en gran medida el ulterior contenido de la misma. Los resultados del análisis que efectuó fueron insospechadamente reveladores.

De acuerdo a lo señalado por Beard, Alexander Hamilton fue el verdadero artífice del nuevo sistema legal americano, a pesar de haber intervenido apenas en la formación de la Constitución. El gran mérito de Hamilton consistió en identificar a aquellos grupos que, dada su particular estructura y sus condiciones de poder, resultaban indispensables para, en primer término, desviar el apoyo que demandaban los Estados y, posteriormente, para reorientarlo hacia los valores del federalismo que aquél pregonaba. El entendía que una Constitución estaba diseñada para cumplir con una serie de objetivos perfectamente definidos y que, en su consecución, se afectaría necesariamente a determinados grupos sociales. Hamilton logró ubicar tres grupos de interés que, en su momento, fueron necesarios para la consolidación del sistema constitucional: (i) el formado por los acreedores, los financistas, los banqueros y los prestamistas, quienes por encontrarse concentrados en las grandes ciudades constituían el grupo de más fácil consolidación; (ii) el de los comerciantes y fabricantes, que compartían el interés por gozar de protección arancelaria; y, (iii) el conformado por los especuladores de tierras y promotores (este grupo incluía a los líderes de la época: George Washington, Benjamín Franklin, William Blount, etc.). Sin ellos, el nuevo gobierno no hubiera podido ser fundado ni, luego, perpetuado.

En contraposición a estos grupos de interés, existían muchos otros que se oponían a las políticas de reforma. Estos, a pesar de estar constituidos por miles de pequeños agricultores, por toda una legión de deudores morosos y por una multitud de trabajadores, carecían de una organización sólida y de una identidad de intereses que probó ser necesaria para el ejercicio de algún tipo de presión contra los demás grupos. Como no podía ser de otra manera, la Constitución de 1789 recogió aquellos principios que favorecían a quienes conformaban el grupo liderado por Hamilton.

Ahora bien, del trabajo de Beard resulta interesante rescatar el análisis que efectúa respecto al papel que desempeñaron los legisladores en el proceso político mencionado y a la forma en que fueron capaces de orientar el contenido del texto constitucional al cumplimiento de los fines que

[27] Tal vez el origen de interpretaciones como las mencionadas podría encontrarse en la idea generalizada de que, en la realidad, una forma de jerarquía constitucional, a diferencia de lo que sucede con otra clase de normas, no se encuentra propiamente vinculada con relaciones de tipo patrimonial -que son, dicho sea de paso, intrínsecamente conflictivas-, sino de manera exclusiva con los órganos de gobierno, el sufragio o la administración. Sin embargo, como señala Beard, la superficialidad de este punto de vista se vuelve aparente al ser apreciado desde otro ángulo. Como quiera que el principal objetivo de un gobierno -además del papel que juega en la represión de los individuos- es la determinación de ciertas reglas relativas a la regulación de la relaciones entre las personas, los grupos de interés dominantes en la sociedad, con el fin de mantener ese status privilegiado, se encontrarán tentados -por no decir obligados- a: (i) controlar por sí mismos los órganos de gobierno; o en su defecto, (ii) ejercer presión sobre el gobierno para asegurarse de que las reglas que éste formule sean coincidentes con sus intereses y les permitan mantener su protagonismo dentro del proceso económico o productivo. El primer supuesto sólo resulta posible bajo el amparo de un gobierno totalitario; el segundo, en cambio, es el que caracteriza plenamente a los procesos políticos en los que se forma una Constitución.

[28] BEARD, Charles A. *Op. cit.*

dictaban sus propios intereses. Algunas de estas conclusiones son las siguientes:

- Ninguno de los miembros de la Convención de Filadelfia representaba, dentro del ámbito de sus intereses económicos inmediatamente personales, aquéllos de los pequeños agricultores, de los trabajadores o de los deudores.

- La gran mayoría de los miembros, casi el noventa por ciento de ellos, se encontraban directa y personalmente interesados en el resultado esperado de su labor legislativa y eran -en menor o mayor medida- beneficiarios económicos inmediatos de la adopción de la Constitución.

- En este mismo sentido, de los cincuenticinco miembros que formaban la Convención, cuarenta habían invertido en bonos públicos, catorce especulaban con el valor de la tierra, veinticuatro se dedicaban a préstamos con intereses, once poseían líneas de comercio, manufactura y transporte de productos; y quince eran propietarios de esclavos.

En palabras del mismo Beard, «no se puede decir, entonces, que los miembros de la Convención fueran "desinteresados". Por el contrario, estamos forzados a aceptar la profundamente significativa conclusión de que ellos sabían, a través de sus propias experiencias en asuntos económicos, los precisos resultados que el nuevo gobierno que estaban estableciendo había sido diseñado para obtener. [...] Como hombres prácticos fueron capaces de construir el nuevo gobierno sobre la única base que podía ser estable: los intereses económicos fundamentales»[29].

3. COMENTARIO FINAL

El propósito de este artículo ha consistido en llamar la atención -desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho- sobre dos hechos que, a pesar de encontrarse íntimamente vinculados con los procesos políticos a través de las cuales se elaboran los textos constitucionales, no han sido reconocidos en nuestro medio como verdaderamente lo merecen. Estos son, la consideración del valor de la eficiencia como elemento de discernimiento en la tarea legislativa y la identificación de los múltiples grupos de interés que intervienen en la determinación y ejecución de las elecciones colectivas.

En el primer caso, la eficiencia se presenta como un parámetro objetivo de incuestionable valor para asignar los recursos disponibles de acuerdo a los términos que fija la propia escasez y para precisar unos puntos de partida sociales que nunca serán capaces de soportar la exposición al «juicio de la verdad». En el segundo caso, las elecciones colectivas ofrecen a los individuos el atractivo panorama que proporciona el hecho de poder contar con opciones diversas y que sólo resulta superado, debido a la trascendencia de lo que se halla en juego en una Constitución, por la necesidad que tenemos de contar con un conjunto de reglas claras que regulen la contienda entre los diferentes grupos de interés.

Estos dos han sido los puntos de interés centrales de nuestro trabajo, a pesar de que en el camino nos hayamos apartado por momentos de la secuencia trazada al inicio, para desarrollar algunas ideas que consideramos de utilidad por cumplir una función complementaria. Sin embargo, el tema del que trata nuestro artículo es en realidad bastante más extenso y no puede ser limitado a lo que contienen estas páginas. Sin ánimo de establecer salvedad alguna, debemos señalar que un estudio más completo del tema implicaría, para comenzar, la aplicación de los distintos elementos y variables que hemos ido mencionando sobre la base concreta de los textos constitucionales que han regido la vida política de nuestro país, sin dejar de lado lo pertinente al análisis del comportamiento individual de los legisladores desde la perspectiva de los intereses que éstos representan. Desde este punto de vista, el presente artículo constituye apenas una mirada desde la periferia. No obstante ello, confiamos en que las ideas que hemos desarrollado a lo largo de este trabajo puedan representar una base lo suficientemente sólida como para permitir un estudio más extenso del tema en un futuro cercano.

[29] BEARD, Charles A. *Op. cit.* p. 151.

NUEVO RECTOR DE LA PUC

El pasado 6 de julio, la Asamblea Universitaria eligió, como nuevo Rector de la Pontificia Universidad Católica del Perú, al doctor Salomón Lerner Febres, quien ejercerá el cargo en el período 1994-1999. El profesor Lerner estudió Derecho y Filosofía en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Posteriormente estudió en la Universidad Católica de Lovaina (Bélgica), donde obtuvo la Licenciatura y el doctorado en Filosofía. Al mismo tiempo, fueron elegidos como sus vicerrectores el ingeniero Luis Guzmán-Barrón Sobrevilla y el doctor Marcial Rubio Correa. La juramentación de las nuevas autoridades se llevó a cabo el 22 de agosto último, ante Monseñor Augusto Vargas Alzamora, Arzobispo de Lima y Gran Canciller de la Universidad.

Desde esta página, saludamos cordialmente a nuestras nuevas autoridades y les deseamos los mayores éxitos en su gestión.

CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO CIVIL PATRIMONIAL

En el marco de las actividades conmemorativas de su 75° aniversario, la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú organizó el Congreso Internacional de Derecho Civil Patrimonial, el cual tuvo como principal objetivo dar una visión de las nuevas tendencias del Derecho Civil, buscando una aproximación pragmática a esta rama de la ciencia jurídica. El evento contó con la asistencia de más de 600 personas y se llevó a cabo en el Auditorio «José León Barandiarán» del Colegio de Abogados de Lima, entre el 8 y 12 de agosto. Las ponencias estuvieron a cargo de catedráticos de nuestra Universidad y de reconocidos juristas extranjeros, entre los que se encontraban el presidente del Tribunal Constitucional español, Miguel Rodríguez-Piñero, los argentinos Juan José Casiello y Ernesto Wayar, el colombiano Luis Velásquez Jaramillo, el chileno Carlos Peña, los estadounidenses Stewart Macaulay y Kathryn Hendley, así como los italianos Massimo Franzoni y Stefano Rodotá.

CURSO AVANZADO DE DERECHO INTERNACIONAL

El Programa INTERCAMPUS, auspiciado por la Agencia Española de Cooperación, patrocinó recientemente, en coordinación con el Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el «Curso Avanzado de Derecho Internacional», que fue exitosamente dictado por el doctor Dámaso-Javier Vicente Blanco,

profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, España, entre el 5 y el 9 de setiembre pasados. El principal tema discutido en este evento fue la complejidad de la contratación entre empresas transnacionales y el Estado.

SEMINARIO SOBRE DERECHO DEL TRABAJO

La Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, en el marco de las celebraciones por sus 75 años, organizó el Seminario «Presente y Futuro del Derecho del Trabajo», el que -bajo el auspicio de la Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social- se llevó a cabo del 13 al 15 de setiembre en nuestra Universidad, contando con la participación de los destacados juristas italianos Giorgio Ghezzi, Mario Ricciardi y Umberto Romagnoli, todos ellos profesores de la Universidad de Bologna. En él se desarrollaron tópicos relacionados con las perspectivas del área del Derecho Colectivo del Trabajo, como son el conflicto de servicios, los procesos de concertación y la contratación colectiva.

FORUM «REFORMA DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES»

Entre las actividades que THĒMIS - Revista de Derecho desarrolla durante el presente año para conmemorar el décimo aniversario de su Segunda Epoca, se organizó el Forum «Reforma de la Ley General de Sociedades», auspiciado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Compañía Peruana de Teléfonos S.A., el cual se llevó a cabo los días 20, 21 y 22 de setiembre en el Auditorio «José León Barandiarán» del Colegio de Abogados de Lima. El evento contó con la participación de reconocidos especialistas en Derecho Mercantil, entre ellos varios miembros de la recientemente designada Comisión Reformadora de nuestro ordenamiento societario, así como su presidente, el doctor Enrique Normand Sparks.

Sin duda, el Forum -que tuvo amplia difusión en nuestro medio- resultó una ocasión propicia para que los miembros de la Comisión Reformadora y los profesores que nos acompañaron como ponentes dieran a conocer sus propuestas de reforma, pero también para que recogieran las inquietudes y las propuestas del público asistente.

THĒMIS - Revista de Derecho desea agradecer la colaboración de los expositores en el evento y la de todas las personas que trabajaron en su organización, principalmente a los miembros de nuestro grupo de apoyo, sin cuyo esfuerzo no hubiera sido posible alcanzar el éxito que tuvo el Forum.

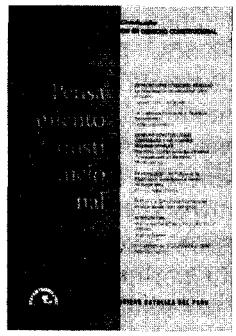
CINCO AÑOS DE IUS ET VERITAS

Ius et Veritas, revista editada por alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, se encuentra próxima a cumplir cinco años de existencia, durante los cuales ha marcado una valiosa e innegable presencia en el ámbito jurídico nacional. Los miembros de THĒMIS - Revista de Derecho deseamos aprovechar esta ocasión para felicitarlos por el esfuerzo desplegado y desearles una larga vida, la que sin duda redundará en beneficio del Derecho y de nuestra Facultad.

CONGRESO INTERNACIONAL POR LOS 10 AÑOS DEL CODIGO CIVIL

La Universidad de Lima organizó recientemente el Congreso internacional «Los diez años del Código Civil peruano: balance y perspectivas», el mismo que se realizó en el campus de dicha universidad, la semana del 12 al 16 de setiembre de 1994. En el evento, que tuvo gran trascendencia en el medio jurídico nacional, destacados profesores nacionales y catedráticos extranjeros se ocuparon de comentar y someter a crítica las disposiciones de nuestro Código Civil vigente, así como la propuesta de modificación elaborada por las distintas comisiones formadas por el Centro de Investigación Jurídica de la Universidad de Lima.

En cuanto a los ponentes, merece destacarse la participación de la italiana Giovana Visintini, el portorriqueño Pedro Silva Ruiz, los colombianos Tamayo Jaramillo y Fernando Hinestrosa, el español Diego Espín Canovas y los argentinos Guillermo Borda, Jorge Mosset Iturraspe, Luis Moisset de Espanés, Aida Kemelmajer de Carlucci, Atilio Anibal Alterini y Roberto López Cabana, entre otros profesores extranjeros -más de veinteque participaron en el evento.



MAESTRIA DE DERECHO CON MENCION EN DERECHO CONSTITUCIONAL
Pontificia Universidad Católica del Perú

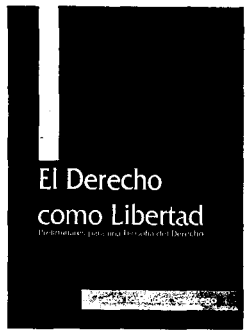
PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL

Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994, 243 pp.

Contenido (seleccionado):
- Derecho Constitucional Peruano:
La interpretación constitucional como problema (Domigo García Belaúnde)
La tolerancia política en el quehacer parlamentario (César Landa)
- Derecho Constitucional Comparado y relaciones internacionales:
Recientes aportes sobre los derechos fundamentales en Alemania (Peter Häberle)
La participación del pueblo en la elaboración constitucional dentro de Sudamérica (Marcial Rubio)
- Monografías:
El concepto de soberanía en Bodino (Débora Urquieta)
- Temas en debate:
La relaciones Ejecutivo - Legislativo en el marco del nuevo texto constitucional (Germán Bidart, Néstor Sagües, César Landa y Carlos Mesía)

Como señala César Landa en la presentación de este trabajo colectivo, «la historia constitucional peruana ha sido pródiga en textos constitucionales, pero no en la creación de una conciencia constitucional en la ciudadanía ni en las autoridades». Con la Carta de 1979 se inicia en nuestro país un proceso de reflexión jurídica y política, que ha luchado por afirmarse a pesar de la precaria convicción y experiencia democrática del país. La Constitución de 1993 aparece, en el contexto peruano, tan sólo como una respuesta a la crisis. Su pretendido liberalismo resulta la cubierta de un conjunto de disposiciones constitucionales que permiten -a decir de Landa- «la concentración del poder [...], consagran un modelo económico liberal que comprime los derechos constitucionales de carácter social y económico adquiridos [...], fortalecen constitucionalmente al poder militar y consagran principios de participación ciudadana, en detrimento del rol constitucional de los partidos políticos». Los peligros del autoritarismo de Estado, de los cuales es fiel reflejo la Constitución de 1993, pero también la forma de actuación del poder, se oponen radicalmente a la aspiración de una real democratización como forma de gobierno y de vida, e impiden la formación de un sentir constitucional en la población. La educación es quizá, una de las apuestas más interesantes para la construcción de un real Estado institucional democrático. El presente libro es una contribución de la Maestría de Derecho con mención en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica a la reflexión jurídica y política en nuestro país, que deja de lado una visión formal de corte histórico-doctrinal y aborda los problemas y los desafíos concretos del Perú actual. En la obra se recogen trabajos de algunos profesores ordinarios y visitantes de la Maestría, las monografías de los alumnos -futuras fi-

guras del quehacer constitucional peruano- que han merecido la mención de sobresaliente y se ofrece valiosa información sobre el proceso de reforma de las Constituciones en el Perú y las conclusiones del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional.



FERNANDEZ SESSAREGO, CARLOS
Profesor de Derecho Civil
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Universidad de Lima
Pontificia Universidad Católica del Perú

EL DERECHO COMO LIBERTAD
Preliminares para una Filosofía del Derecho

2ª ed. Universidad de Lima, Lima, 1994, 154 pp.

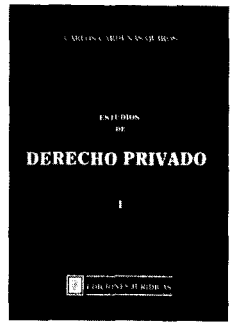
Contenido (seleccionado):
I: Filosofía y Filosofía del Derecho.
II: Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica.
III: Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho.
1. La problemática actual.
4. La libertad metafísica.
5. La conducta humana como «objeto» del Derecho.
6. El Derecho como norma.
7. El Derecho como valor.
IV: Los temas de la Filosofía del Derecho.

Aunque el libro que comentamos tiene una historia bastante antigua (su primera versión corresponde a la tesis que, para obtener el grado de bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, sustentara el autor en 1950), su excepcional contenido obliga a hacer de él una referencia, aunque sea sólo para reiterar las opiniones vertidas ya por varios autores, aprovechando la feliz circunstancia de su reedición, que corresponde a una iniciativa de la Universidad de Lima.

El Doctor Fernández Sessarego, uno de los principales protagonistas de la elaboración del Código Civil de 1984 y reconocido especialista en el Derecho de las Personas, ha contribuido -de manera fundamental- al desarrollo de la jusfilosofía en nuestro país. En 1950 el autor elaboró su tesis de Bachiller, titulada «Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho», en la que se cuestiona acerca del objeto de nuestra disciplina. Como señala el propio Fernández Sessarego, en la época en que preparó su tesis, gran parte de los textos existentes, cuando se referían al tema, adherían a la tesis de Kelsen, por lo que reducían el «Derecho» a sólo un «conjunto de normas». Alguna voz solitaria -la de Carlos Cossío, cuya influencia se percibe claramente en el texto según Domingo García Belaúnde- indentificaba el objeto del Derecho con la conducta humana intersubjetiva. La comprobación de que no existía una respuesta satisfactoria para su inicial cuestionamiento, motivó al autor a realizar una reflexión profunda que concluyó con la formulación de un teoría tridimensional del Derecho que afirma como sus elementos a la norma, la conducta humana y los valores.

El emparentamiento con la teoría tridimensional del Derecho sustentada por el profesor brasileño Miguel Reale parece evidente, aunque debe precisarse que el Doctor Fernández Sessarego desarrolló su tesis antes que la de Reale, sin conocer por tanto sus ideas. A decir de Francisco Miró Quesada, el autor «se ha anticipado a la visión de la concepción tridimensional del Derecho, por lo que se le puede considerar como una de los pioneros de esta concepción. Lo interesante es que llegó a ella en forma independiente, cuando era joven [...] y así como aplica el humanismo para la fundamentación de motivos del Derecho de las Personas, también utiliza la Filosofía Tridimensional».

A pesar del interés de los planteamientos de Fernández Sessarego, la tesis -por diversas razones- permaneció inédita hasta 1987, año en que, con el título bajo el cual hoy la reseñamos, fue publicada por Studium. Agotada la primera edición, debe felicitarse la reimpresión de esta obra juvenil que, como recalca Domingo García Belaúnde, «conserva el encanto de las obras que alientan pensamientos duraderos».



CARDENAS QUIROS, CARLOS
Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú
Universidad de Lima

ESTUDIOS DE DERECHO PRIVADO (I)

Ediciones Jurídicas, Lima, 1994, 694 pp.

Contenido (seleccionado):
- Notas acerca de la regulación legal de la extracción y transplante de órganos en el Perú.
- Algunas reflexiones acerca de la inseminación artificial y la fecundación extracorpórea.
- El derecho de superficie.
- La mora del deudor en las relaciones obligatorias con prestación de no hacer.
- El pago con títulos valores (a propósito del artículo 1233 del Código Civil).
- Contrato por persona a nombrar.
- El leasing o arrendamiento financiero.
- Gestión de negocios.

A diez años de la dación del Código Civil, no podía ser más propicia la aparición de este texto, que recoge catorce ensayos publicados por el autor en la última década. Las dotes de civilista e impulsor de los estudios jurídicos en nuestro país del Doctor Cárdenas -miembro del Comité Consultivo de nuestra revista- no requieren ser reiteradas.

Sin embargo, no pueden dejar de mencionarse en este comentario las «Palabras Liminares» al libro, todas ellas merecidas, vertidas por el destacado jurista y político español Ramón Serrano Suñer, en las que se destaca el «indiscutible interés científico» y la «innegable utilidad práctica» de los trabajos publicados. El propio doctor Serrano Suñer extiende sus felicitaciones al editor, a cuya persistencia Cárdenas atribuye la publicación del libro, porque «conviene reunir lo disperso, no siempre al alcance de los estudiosos» y transmite al autor la gratitud de los juristas y la suya «especial y personalizada».

Tampoco puede dejarse de lado la «Semblanza del autor» que realiza José María Castán Vásquez, distinguido civilista español e hijo del ya fallecido maestro José María Castán Tobeñas, en la que destaca la amplia labor del doctor Cárdenas, «en sus varias vertientes profesionales -abogacía, docencia e investigación-» y finaliza manifestando su esperanza de que «a través de las décadas futuras, no menos fecundas, la producción jurídica de Cárdenas Quirós llegue a constituir, por su extensión y calidad, una aportación importante al acervo doctrinal de todo ese conjunto de naciones que forman lo que el maestro Federico de Castro llamaba "comunidad de pueblos iberoamericanos"».

Los textos que contiene el libro, algunos de ellos conocidos para nuestros lectores por haber aparecido inicialmente en las páginas de THĒMIS, se publican hoy prácticamente en su versión original, incluyendo únicamente algunas actualizaciones que parecieron a su autor indispensables. Con su publicación, el Doctor Cárdenas abriga la esperanza de que estos ensayos tengan utilidad para alguien -según él mismo expresa- «a pesar del sentimiento de insatisfacción que normalmente me embarga cuando logro concluir la redacción de un escrito».



MC EVOY, CARMEN
Profesora de Historia
Pontificia Universidad Católica del Perú

UN PROYECTO NACIONAL EN EL SIGLO XIX
Manuel Pardo y su visión del Perú

Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994, 354 pp.

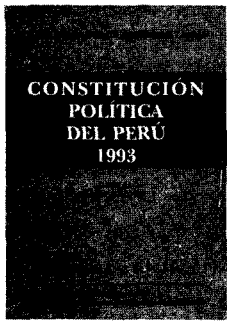
Contenido:
Parte I: Manuel Pardo. Pensamiento político y económico.
Capítulo I: Manuel Pardo: Vida y obra (1834-1878).
Capítulo II: Pensamiento económico.
Capítulo III: Pensamiento político.
Parte II: El proyecto político.
Capítulo IV: El partido civil.

A pesar de que el tema no es precisamente jurídico, el presente libro puede revestir algún interés para quienes deseen aproximarse al conocimiento de la historia política del Perú del siglo XIX. Para la autora, durante la década de los setenta los análisis historiográficos incidieron en la historia económica, a partir de la teoría de la dependencia y de la dominación (entre estos trabajos, puede citarse el clásico *Clases, Estado y Nación*, de Julio Cotler). Aunque destaca su efecto en una historiografía hasta entonces aletargada por la autocomplacencia, Carmen Mc Evoy resalta la insuficiencia de este tipo de análisis que, por incidir unilateralmente en las fuerzas externas, negó la capacidad de iniciativa histórica propia de las «periferias», como el Perú. La sociología de la dependencia generó que los historiadores consideraran a una sociedad como la peruana en términos de esquemas occidentales y por eso se explica la desilusión que experimentaran -bastante difundida en la actualidad- al no encon-

trar proyectos nacionales o burguesías productos de una industrialización a la inglesa.

El trabajo de la autora deja de lado los métodos de la historia económica e intenta analizar el Perú del siglo XIX a partir de la historia de sus ideas políticas. En este nivel, se incide en la obra de Manuel Pardo, quien, según opinión de la autora, formuló un proyecto nacional novedoso, basado en una opción por el cambio y la modernización que fue capaz de aglutinar a diversos sectores y dio nacimiento al Partido Civil, que finalmente llevó a Pardo a la presidencia.

El libro es interesante, no sólo para quienes pretendan acercarse al pensamiento y a la obra de Pardo, primer presidente civil del Perú, sino también para los que intenten aproximarse a una nueva perspectiva, seria, de visión de la Historia del Perú.



LANDA ARROYO, CESAR y VELAZCO LOZADA, ANA
Profesores de Derecho Constitucional
Pontificia Universidad Católica del Perú

CONSTITUCION POLITICA DEL PERU 1993
Sumillas. Indice analítico

Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994, 192 pp.

La Maestría de Derecho con mención en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú ha publicado recientemente -en cuidada edición- el texto íntegro de la Constitución de 1993, con las anotaciones de los profesores César Landa y Ana Velazco, y con un índice analítico que facilita su lectura y comprensión por los interesados. Definitivamente, la tarea de difusión del texto constitucional es una necesidad en el Perú actual, como un mecanismo para evitar la consolidación de un sentimiento autoritario, contrario a todo proceso de democratización. A decir de los autores, el conocimiento de la legalidad constitucional tiene una doble utilidad: servir de un instrumento de estudio para los académicos y de herramienta de aplicación para los operadores constitucionales.

Los artículos de la Constitución debidamente sumillados permiten una lectura versátil del texto, que es complementada eficientemente por un índice detallado con casi mil seiscientas voces analíticas.



FERNANDEZ SEGADO, FRANCISCO
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Santiago de Compostela, España

LA DOGMATICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

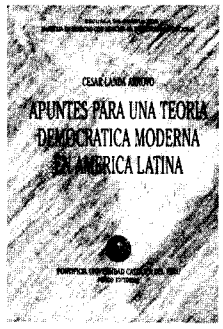
Ediciones Jurídicas, Lima, 1994. 282 pp.

Contenido (seleccionado):
Capítulo I: La dogmática de los derechos de la persona en la Constitución de 1978.
3. La fundamentación del orden político en la dignidad de la persona y en los derechos que le son inherentes.
4. La doble naturaleza de los derechos fundamentales.
8. Los límites de los derechos fundamentales.
Capítulo II: Los sistemas de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.
2. Sistemas de garantías de los derechos.
3. Sistemas jurisdiccionales de protección.
Capítulo III: Los nuevos retos de nuestro tiempo para la protección jurisdiccional de los derechos.
2. Las nuevas amenazas a los derechos derivadas de los avances tecnológicos: el poder informático y el derecho a la intimidad.
3. La tutela de los intereses difusos.

La obra del profesor español Francisco Fernández Segado es ampliamente conocida en nuestro medio, gracias a sus visitas y a su preocupación constante por publicar en nuestro país. En esta oportunidad, Ediciones Jurídicas pone a nuestro alcance un texto fundamental, no sólo por la relevancia de su contenido, sino por la actualidad que el tema tratado tiene en nuestro medio, especialmente a partir de los cuestionamientos internacionales que el Estado peruano ha recibido en materia de Derechos Humanos.

Si bien el estudio está basado en la Constitución española de 1978, su concepción es bastante más amplia y sus conclusiones resultan plenamente vigentes en nuestro medio.

Entre los temas que el autor aborda, merecen destacarse el principio del «mayor valor de los derechos» y la interpretación del ordenamiento jurídico, así como el de los límites de los derechos fundamentales, que tantas aristas presenta. Destaca también el profundo análisis que el profesor Fernández Segado realiza sobre los sistemas de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, particularmente en lo que se refiere a la protección transnacional de los derechos.



LANDA ARROYO, CESAR
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Pontificia Universidad Católica del Perú

APUNTES PARA UNA TEORIA DEMOCRATICA MODERNA EN AMERICA LATINA

Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994, 185 pp.

Contenido:
Capítulo I: Unidad política de la diversidad social.
Capítulo II: Tolerancia.
Capítulo III: Pluralismo.
Capítulo IV: Consenso.
Capítulo V: Oposición.
Capítulo VI: Democracia.

Casi doscientos años después de que las repúblicas latinoamericanas iniciaran su vida independiente de España, se percibe aún la grave precariedad de la mayor parte de sus democracias. Aun cuando sólo una de las treintitrés naciones latinoamericanas no se ajusta a modelos democráticos -Cuba-, los casos de violaciones a la institucionalidad constitucional se suceden continuamente (recuérdense sino el reciente caso de Haití y, un poco más cercano, el propio caso peruano).

En gran parte, el autor plantea que esto se debe a que las democracias presidencialistas latinoamericanas no han sabido responder, al momento de diseñar sus estructuras políticas, a la pregunta que en su momento se hiciera Bolívar: ¿quiénes somos los latinoamericanos? En mucho, nuestros sistemas responden más bien a modelos importados y no a un previo análisis de la realidad nacional de cada país.

Aun cuando, como apunta Landa, no puedan ensayarse generalizaciones por no ser América Latina una región perfectamente homogénea, tampoco es necesario realizar un análisis desagregado para cada país, porque las realidades de los Estados latinoamericanos se encuentran cercanas y no son completamente heterogéneas. Desde esta perspectiva, César Landa intenta formular nuevos y reiterar viejos planteamientos sobre el proceso de construcción de la democracia en América Latina, incidiendo en algunas taras, como la desintegración social, la intolerancia política y la inestabilidad económica, así como en la posible manera de resolverlas íntegramente, por cuanto constituyen un requisito para el funcionamiento del Estado democrático-constitucional.

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:

Estudio Jorge Avendaño Valdez
Barrios, Fuentes, Urquiaga & Dañino, Abogados
Estudio Javier de Belaunde, Abogados
Benites, Mercado & Ugaz, Abogados
Bigio, Ramírez, Vidal, Layseca & Asociados
Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich, Abogados
Cauvi, Ferraro, Hamann, Abogados
De Trazegnies & Trelles, Abogados
Delfino, Pasco, Isola, Avendaño, Abogados
Duany, Indacochea & Kresalja, Abogados
Estudio Fernández, Portocarrero, Pando, Canelo & Asociados
Estudio Fernando Bellido & Asociados
Estudio Juan José Cauvi & Asociados
Estudio Luis Echecopar García
Estudio Luis Hernández Berenguel, Abogados
Estudio Ponce Canessa
Muñíz, Forsyth & Ramírez, Abogados
Estudio Olaechea
Estudio Osterling, Vega, Arias-Schreiber & Asociados
Rodrigo, Elías & Medrano, Abogados
Rubio, Leguía, Normand & Asociados
Estudio Torres y Torres Lara, Abogados
Estudio Rizo-Patrón

Lorenzo Zolezzi, Marcial Rubio Correa, Baldo Kresalja, Javier Neves, Enrique Normand, Enrique Elías, Carlos Cárdenas, Hugo Forno, César Luna-Victoria, Julio Salas, Alfredo Bullard, Gastón Fernández, Alfredo Ferrero, Ricardo Beaumont, Javier Dolorier, Luciano Barchi, Oswaldo Hundskopf, Rafael Roselló, Víctor Carlos Schwartzmann, Alonso Morales, Antonio Ruiz Ballón, Edgardo Mercado

Asimismo, agradecemos a las siguientes personas:

Ramón Vidurrizaga, Familia Haro Zolezzi, Familia De la Vega Gómez Sánchez, Familia Ronceros Neciosup, Enrique Felices, Juan Carlos Alvarado, Humberto Zúñiga, Gonzalo Barrionuevo, Enrique Portaro M., Celina Salazar, Galería de Arte Moll, Mariana Ostolaza, Katia Olórtegui, Javier Seminario, Ana María Asmat, Fernando Molina, Luis Jaime Cisneros, Mario Reggiardo, Alfredo Polo, María Yshimura, Carlota Cassalino, Juan Carlos Paz, Claudia Benavides Tapia, Juliana Llosa Bustamante, Alonso Morales, Daniel Reyes Huerta, Violeta Cáceres, Dinorach Tarpoco.

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, sin comprometerse a su publicación.**

Diagramación e impresión:
Publicaciones Creativas - Telefax 35-9122