

El Derecho de nuestro tiempo

Entrevista a Massimo Bianca^(*)

Por: Roberto Espinoza Checa y Fernando Correa Salas^(**)

¿Cuáles son los efectos que tiene la mezcla de las influencias italiana y francesa en el Código Civil peruano?

Para mí es difícil decirlo. Tengo conocimientos muy superficiales a cerca de eso. Lo que puedo decir es que buscaré profundizar mis conocimientos al respecto.

Espero que la influencia no haya sido excesiva, porque no todo lo que se hace en Italia amerita ser probado en otros lugares.

El lunes en San Marcos⁽¹⁾ he dicho que este código que hoy festejamos⁽²⁾, nació con algunos pecados gravísimos, con algunas manchas infames de las cuales, por fortuna, las más graves han sido eliminadas. Sin embargo, usando una expresión banal podemos decir que no está completamente “articulado” este código. Además, ha envejecido.

¿Cuál cree que es, o fue, la importancia del *Common Law* para el Sistema Romano-Germánico?

Debo decir que, en el pasado, estos dos sistemas han estado ignorándose el uno al otro. Esto fue malo para los juristas del *Common Law* porque siempre han considerado a su derecho como uno exclusivo, y de hecho no lo es.

Pero también, los juristas del área que nosotros en Italia llamamos “continental”, han asumido una actitud igual. Si miramos al pasado, veremos que esta influencia no se había dado hasta hace algún tiempo.

Los juristas del *Common Law* no reconocen un hecho que es evidente: que su derecho tiene raíz en el Derecho Romano. Y muchas veces las expresiones que ellos usan son expresiones propiamente latinas. Esta fractura también se traduce en una concepción “anticodiciista” del *Common Law*.



Pero debo decir que mucho está cambiando. Porque, mientras tanto, existe el dato de que la Gran Bretaña ha entrado en la Unión Europea, y entonces, inevitablemente, se hace partícipe del sistema europeo.

De modo que la Gran Bretaña ha entrado a un orden de ideas que es perceptible día a día. Esto es, el orden de ideas según el cual el Derecho Privado no puede ser

(*) Profesor Ordinario de la Universidad de Roma “La Sapienza”.

(**) Agradecemos la valiosa colaboración del doctor Rómulo Morales Hervias en la preparación de la presente entrevista. Asimismo, agradecemos la colaboración de los doctores Gastón Fernández Cruz y Juan Espinoza Espinoza en la gestión de la entrevista. La traducción ha estado a cargo de Fernando Correa Salas.

(1) En referencia a la ceremonia de nombramiento del profesor Massimo Bianca como profesor Honorario de la Universidad Nacional de San Marcos, llevada a cabo el lunes 16 de setiembre de 2002.

(2) Se refiere al Código Civil italiano de 1942, que en el año 2002 cumple 60 años de ser promulgado.

encomendado exclusivamente a los precedentes judiciales, sino que se necesitan también las leyes. De hecho, día a día se crea a través de las leyes una disciplina legislativa de organización de la vida privada. La compraventa, por ejemplo, es disciplinada por leyes. La tutela del consumidor esta regulada por todas estas leyes y es un ejemplo de este movimiento europeo.

Y debo decir que existe también, en este proyecto de código europeo, la voluntad de tener bastante presente la esfera, el área del *Common Law*. De hecho, en la comisión respectiva están presentes juristas ingleses que aportan contribuciones muy válidas.

Y se busca también encontrar, cuando es posible, soluciones de compromiso, de consenso.

Y es significativo el hecho de que, si bien no hablamos obviamente de toda la doctrina inglesa, de todos modos, en una parte importante de ésta está aceptada la idea según la cual debe lograrse un código. Mas no un código inglés, sino un código europeo. Y me parece que, al final, en este modo podrá realizarse este fin, con la influencia recíproca que hasta ahora no existió.

¿Cómo se deben manejar los temas del pluralismo jurídico en países como el nuestro? ¿Deben las sociedades no alineadas al ordenamiento jurídico ser reguladas por el Derecho que rige a la mayoría?

Es una pregunta difícil, pues no sólo concierne la experiencia de su país, sino que se refiere a la experiencia de todos los Estados que pueden llamarse "nacionales". No hay duda de que existe un patrimonio jurídico nacional que no puede ser destruido, debe ser salvaguardado. Al mismo tiempo, ocurre que los Estados encuentran un punto, un plano de acuerdo, y llegan al punto de uniformidad.

Creo que se debe buscar una fórmula que dé a los derechos nacionales el espacio que los derechos nacionales deben mantener, salvaguardando la identidad cultural del derecho nacional. Al mismo tiempo, accediendo a relaciones jurídicas, en la medida de lo posible, uniformes.

¿Es posible que esto ocurra? Yo creo que sí es posible. Existen, eso sí, seguramente, materias donde esto es todavía más fácil, digamos. En toda la materia, por ejemplo, de relaciones comerciales internacionales se encontrará, efectivamente atravesada, una cultura que se ha formado de manera autónoma tendiente a la uniformidad, la cultura de la así llamada *lex mercatoria*. En este caso simplemente se debe encontrar reglas que no estén ligadas, subordinadas a la legislación de Estados singulares.

Existen hoy, en cambio, sectores en donde es menos sentida la necesidad de una uniformidad de disciplina; porque, debe decirse, que son sectores sociales que tienden, esta vez socialmente, a modelarse de acuerdo a esquemas, siempre comunes. Me refiero, por ejemplo, al caso del Derecho de Familia. No hay duda de que partimos de realidades muy diversas. Pero ¡partamos!, ¡comencemos!, si acordamos que estas realidades tienden a convergir cada día más.

Hoy, por decir algo, en Europa no existe más esta grandísima diferencia entre las familias italianas y las familias suecas. Diferencias existen, pero no son tan importantes como eran antes. Está el divorcio, por ejemplo, que ya ha entrado relativamente dondequiera.

Entorno a la autoridad del marido, antes nuestro código regulaba que el marido era el "jefe" de la familia, que la esposa debía obedecerle, etcétera. No sólo nuestro código no tiene más una norma de este tipo, sino que la realidad de la familia italiana es una realidad donde no manda más el marido, en cambio, sí la esposa.

Entonces, incluso en sectores donde parecía absolutamente imposible hablar de una disciplina uniforme, quizás en un tiempo no lejano se podrá justificar la realización de este objetivo.

También porque no sería justo que, por ejemplo, la esposa italiana pueda tener, después del divorcio, una tutela mayor que la esposa, por decir, española.

¿Qué papel juega o debe jugar el Derecho Civil en la regulación del mercado, la libre competencia o la protección al consumidor?

El rol que debe tener lo vemos ya con nuestros propios ojos. El mercado no significa nada sin el Derecho. El mercado existe en tanto existe el Derecho. Corresponde al Derecho establecer las reglas del mercado.

En una tendencia claramente liberal que se manifiesta ya en todo el mundo se dice: ¡dejemos libre al mercado! Mas dejar al mercado libre es imposible, en términos absolutos, pues las leyes de la economía son leyes que pueden contradecir exigencias sociales que el ordenamiento puede considerar como muy importantes.

Esto es aquello que vemos que ha ocurrido con la contratación en masa. Se ha dicho que las partes deben ser libres de establecer aquello que desean. pero en la realidad de los hechos, ¿dónde está esta libertad? La libertad no siempre está presente. Es decir, existe la libertad de una parte de establecer lo que desea, y la otra tiene la libertad de aceptar o no aceptar. Y ocurre incluso que ni esta libertad hay.

Entonces, el ordenamiento jurídico puede, frente a esto, tirarse para atrás, adoptar en términos absolutos las reglas del *laissez-faire*. Yo creo que esto no debe ser. Y de hecho no es, porque incluso en los ordenamientos que son mayormente inspirados en los ideales liberales, hay ya el convencimiento de que el ordenamiento debe intervenir para tutelar las posiciones débiles que, de lo contrario, las leyes de mercado arrollarían.

Algunos pensadores creen que instituciones como la “lesión” o la “excesiva onerosidad de la prestación”, por ejemplo, no deben estar reguladas en el ordenamiento civil ¿cuál es su opinión al respecto?

Es un poco difícil responder esto pues yo he sido formado a la antigua y entonces, estoy embebido de los principios que han inspirado oportunamente nuestros códigos al regular estos institutos.

Se dice que con esto se compromete la libertad contractual. Yo no creo que se llegue a comprometer la libertad contractual. Porque estas intervenciones presuponen algunas situaciones excepcionales, anómalas que sería injusto no tener en cuenta.

Yo no creo que pueda ser un obstáculo a la contratación (y de hecho no lo ha sido) saber que en casos que son excepcionales, extraordinarios, el cuadro económico en el cual el contrato ha estado estipulado sea trastornado. Sí se debe tener la certeza de que el contrato será respetado. Pero debe racionalmente saberse que esta estabilidad no puede empujarse hasta el punto de pretender la destrucción de la contraparte; en casos en que justamente por ser casos excepcionales no se puede, digamos, “dejarse llevar” por aquella “normal” contratación.

¿Cuál es su opinión en torno a la mercantilización del Derecho de las personas? Por ejemplo, sobre la compraventa de órganos o los casos de vientres de alquiler.

Ciertamente a la sociedad, al menos hoy, le cuesta aceptar como lícitas operaciones de este género.

Pero, si hablamos de compraventa hay que tener cuidado, pues por ejemplo, en el caso de los órganos, existe un movimiento creciente, progresivo en Italia referido a consentir, cada vez más libremente la posibilidad de ceder los propios órganos, sobretodo en relación con la cesión de personas en vida.

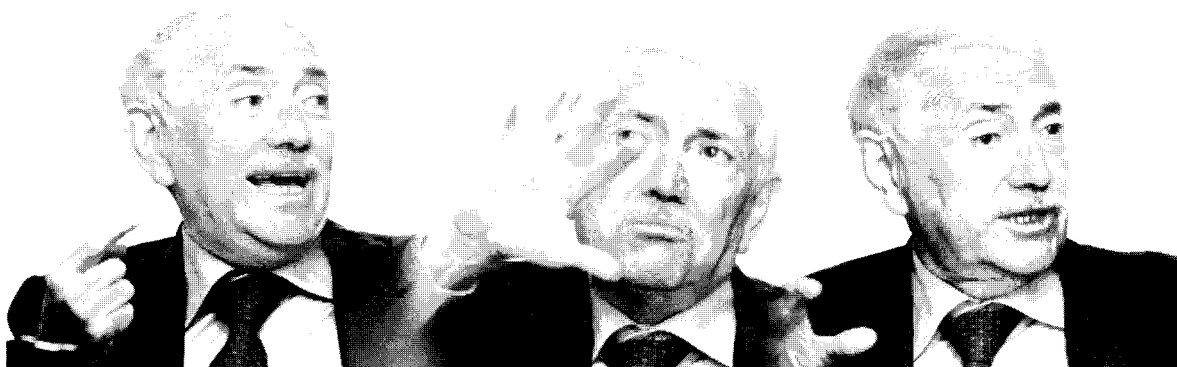
Además, también en tanto concierne al retiro de órganos de cadáveres, mientras antes se decía que no se podía hacer esto a menos que hubiera un consentimiento expreso de la persona, luego esa regla ha sido cambiada, esto es, los órganos sí se pueden extraer ¿por qué?, porque son órganos que sirven para salvar vidas humanas, ayudan a devolver la salud a quien la ha perdido. Pero, este retiro puede ser impedido si la persona en vida lo ha prohibido.

El alquiler de vientres. Si nos referimos a la experiencia italiana, esto viene siendo considerado absolutamente contrario a las buenas costumbres, y a todo aquello que se desea socialmente.

Sin embargo, también aquí debemos estar atentos ¿por qué?, porque no todas las situaciones son iguales.

Nosotros habíamos tenido un caso que ha suscitado una gran sensación en Italia. Se trataba de una aprobación proveniente de un juez a una joven para que su médico realice el implante de un embrión en el cuerpo de la mujer. El médico, dado que el colegio de médicos había dicho en sus reglas deontológicas que esto no se podría hacer, había pedido al juez la autorización para realizar el implante. La resolución fue positiva, esto es, fue autorizado este médico para realizar esta implantación.

Esto ha desencadenado una ola de críticas, pues se ha dicho: ¡pero esto es contrario a las buenas costumbres y a todo lo que es deseable! Sin embargo, en este caso, la mujer que se prestaba a esto, no lo hacía por dinero, ni lo hacía por amistad. Y era, digamos, una ayuda que



era dada y que permitía el nacimiento de un ser humano que de otro modo no hubiese nacido.

Frente a casos de este género, yo personalmente creo que el Derecho no debe intervenir hasta el punto de penalizar algunas elecciones de las personas que son dirigidas directamente a favor de la vida.

¿Cómo ve usted el desenvolvimiento del Derecho Civil con relación a los cambios originados por los fenómenos mundiales como la globalización y los avances de la tecnología?

Esta es una pregunta muy interesante. Más bien, debo decir que me ha sorprendido que, en ocasión de este Congreso⁽³⁾ no se haya hablado de ciertos progresos tecnológicos que, ciertamente, han interesado directamente al Derecho, también al Derecho Privado. Por ejemplo, el uso de los instrumentos electrónicos, la firma digital, entre otros. Estas nuevas formas de, digamos, actuación de los acuerdos contractuales que, indudablemente, no son sólo una disciplina, sino también una reflexión, una disposición.

Pero ocurre también que, según creo, estos progresos tecnológicos, por más importantes que sean, o que serán, no han trastornado las líneas de fondo de nuestro Derecho. Nótese que cuando digo “nuestro” me refiero a un Derecho que no solamente es “el peruano” o “el italiano”, porque el Derecho Privado tiende a uniformarse en todo el mundo. ¿Cómo es que tiende a uniformarse? Tiende porque existen, en tanto, algunas realidades políticas que se van agregando y que requieren, en absoluto, textos legislativos comunes. Por ejemplo, en Europa, se siente la necesidad de tener un Código único. Pero también, al lado de esto, toda una serie de leyes referidas a sectores importantes del Derecho Privado.

Baste decir, como ejemplo, que una directiva de la Comunidad Europea ha impuesto a los Estados miembros regular, de manera uniforme, la disciplina de la venta de bienes de consumo.

Ahora, hablando de los bienes de consumo, es, digamos, el contrato número uno porque la venta es el contrato número uno; luego, la venta de bienes de

consumo es el campo principal de aplicación de este contrato.

Y este ejemplo es importante, porque una parte, una buena parte, de la disciplina de esta venta de bienes de consumo está regida por el texto de la venta mobiliaria internacional. La venta mobiliaria internacional de las Naciones Unidas, firmada en Viena. No sé si el Perú se ha adherido a ella. Como sea, una buena parte de los Estados del mundo entero se ha adherido a esta Convención, justamente porque se siente la necesidad de que el comercio internacional obedezca a reglas uniformes.

Y la determinación de estas reglas uniformes no es, como se podía pensar, una tarea imposible. Porque existe, sustancialmente, una convergencia incluso entre ordenamientos diversos. Por lo tanto, yo pienso que el futuro tenderá a acentuar, siempre más, la uniformidad del Derecho Privado en todo el mundo. En suma, creo que cada uno de nosotros debe dar la contribución justa para la realización de esta tendencia.


¿Es posible conseguir esta armonización aquí en América Latina?

Yo pienso que sí. Porque existen, ya en la práctica, muchos esfuerzos que apuntan a una dirección común para conseguir un código de América Latina.

Justamente en Roma, existe un instituto importante que es el Instituto de Relaciones Ítalo-latinoamericanas, largamente inspirado por el Derecho Romano -aunque esto no debe ser considerado como un dato negativo-. De cualquier modo, es un instituto que está promoviendo encuentros, congresos, estudios y, sobretodo, promueve la formación de una cultura común. De hecho, muchos graduados, doctores de América Latina, siguen cursos de perfeccionamiento por este instituto.

Pero, si debemos ser prácticos: ¿en tiempo breve se puede llegar a reglas universales? Es difícil pensarlo.

Que, sin embargo, se pueda avanzar hacia esta meta, yo creo que sí; es no sólo posible, sino que es una tarea que cada uno de nosotros debemos asumir para promoverlo, alentarlos y empujar hacia esto.

Muchas gracias profesor Bianca. 

(3) Respecto al *Cuarto Congreso Internacional de Derecho Civil Patrimonial*, llevado a cabo entre los días 16 al 20 de setiembre de 2002, en el Auditorio de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.