

# DERECHO CIVIL PATRIMONIAL

Alfredo Bullard  
Gastón Fernández  
(Editores)



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ  
FONDO EDITORIAL 1997

FACULTAD DE DERECHO



En Agosto de 1994 se realizó en Lima el Congreso de Derecho Civil Patrimonial, organizado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Así se conmemoraron dos importantes aniversarios que, felizmente, coincidieron en el mismo año: se cumplían 75 años de existencia de la Facultad de Derecho y se celebraba el décimo año de vigencia del Código Civil Peruano.

Los temas abordados no sólo fueron interesantes, sino que plantearon y plantean retos y desafíos que pueden llegar a cuestionar las bases mismas del Derecho Privado. La presente publicación pretende preservar y difundir los sentimientos y experiencias de los participantes en dicho Congreso, en particular el amor por la aventura intelectual, el entusiasmo académico y, sobre todo, la capacidad del Derecho de cuestionarse a sí mismo.

DERECHO CIVIL PATRIMONIAL

GASTÓN FERNÁNDEZ CRUZ  
ALFREDO BULLARD GONZÁLES

# DERECHO CIVIL PATRIMONIAL



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU  
FONDO EDITORIAL 1997

FORMACIÓN  
OFRECIENDO **80** años  
INTEGRAL

Primera edición: octubre de 1997

*Diseño de Cubierta: AVA diseños*

*Derecho Civil Patrimonial*

Copyright © 1997 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Av. Universitaria, cuadra 18 San Miguel. Lima, Perú. Telfs. 460-0872 y 460-2291 - 460-2870 anexos 220 y 356.

*Derechos reservados*

ISBN 9972-42-029-9

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Impreso en el Perú - Printed in Peru

## INDICE

PRESENTACIÓN .....	9
CEREMONIA DE INAUGURACIÓN .....	13
Las Bases Constitucionales del Derecho Privado <i>Miguel Rodríguez Piñero</i> .....	23
Autonomía Privada, Contrato y Constitución <i>Carlos Cárdenas Quirós</i> .....	39
Il Dibattito Attuale sul Negozio Giuridico <i>Massimo Franzoni</i> .....	61
The Impact of Contract Law on the Economy <i>Stewart Macaulay</i> .....	81
¿Por qué se contrata? <i>Manuel de la Puente y Lavalle</i> .....	103
La Adecuación del Contrato <i>Juan José Casiello</i> .....	123
Reflections on Legal Reform in Russia <i>by Kathryn Hendley</i> .....	137
Relaciones Reales en los Contratos de Leasing y Fideicomiso <i>Jorge Avendaño Valdés</i> .....	153
Hacia una Revalorización de la Finalidad Contractual <i>Eduardo Benavides Torres</i> .....	169

Vigencia del Título y Modo en la Codificación Civil <i>Ernesto Wayar</i> .....	185
Criterios Puntuales sobre la Posesión en el Derecho Actual <i>Luis Guillermo Velásquez Jaramillo</i> .....	195
Sobre los Dilemas Económicos y Éticos de un Sistema de Responsabilidad Civil <i>Carlos Peña González</i> .....	213
Responsabilidad Civil y Subdesarrollo <i>Alfredo Bullard Gonzáles</i> .....	237
Los Supuestos Dogmáticos de la Responsabilidad Contractual: La División de Sistemas y la Previsibilidad <i>Gastón Fernandez Cruz</i> .....	255
Regole di Responsabilita Oggettiva e Rimedi Disponibili a favore del Soggetto Danneggiato <i>Giulio Ponzanelli</i> .....	295
La Controversia sobre las Obligaciones Naturales <i>Felipe Osterling Parodi</i> .....	313
La Dimensione Patrimoniale del Corpo Umano <i>Stefano Rodota</i> .....	335
Estrategias de Derecho Privado para conservar la Naturaleza y luchar contra la Contaminación Ambiental <i>Fernando de Trazegnies Granda</i> .....	361
Sobre los autores .....	387

## PRESENTACION

En Agosto de 1994 se realizó en Lima el Congreso de Derecho Civil Patrimonial, organizado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Así se conmemoraron dos importantes aniversarios que, felizmente, coincidieron en el mismo año. Por una parte se cumplían 75 años de existencia de la Facultad de Derecho. Por otro lado se celebraba el décimo año de vigencia de Código Civil Peruano.

El marco de la celebración no pudo ser mejor. Con la participación de diez destacados expositores extranjeros del más alto nivel, de importantes expertos nacionales y con la asistencia de un público que superó las seiscientas personas, el congreso fue un evento renovador, que despertó debates y generó la inquietud por lo moderno, por lo no tradicional, por la forma diferente de ver al Derecho Civil frente a los retos de la edad contemporánea ad portas del siglo XXI. Fue un congreso diferente, en el que se enmarcó el Derecho Civil en los tiempos en los que le toca vivir, donde sus linderos son a la vez cuestionados y reformulados, a fin de dinamizarlo para responder a la realidad.

Las perspectivas que se adoptaron fueron diversas y partieron de los puntos de vista más disímiles. El Derecho Civil fue analizado desde el Derecho Constitucional, desde los nuevos retos tecnológicos, desde la economía, desde la nueva contratación comercial, desde la medicina. En la diversidad de perspectivas se encontró el éxito indudable de un proyecto que en su realización superó toda expectativa.

Miguel Rodríguez Piñero, Presidente del Tribunal Constitucional Español, revisó las propias bases del Derecho Privado, resaltando la despatrimonialización del Derecho Civil, postulando que las fronteras entre el Derecho Privado y la Constitución se han abierto, dejando ésta de ser solamente el orden jurídico del Estado.

El profesor peruano Carlos Cárdenas, siguiendo con el análisis constitucional del Derecho Civil, planteó los nuevos dilemas que la Constitución de 1993 ha traído sobre la contratación y sobre la autonomía privada, en especial sobre la interpretación del polémico Artículo 62 de nuestra Carta Política.

El destacado profesor italiano Franzoni disertó sobre el debate acerca del negocio jurídico, cuestionando la utilidad teórica y práctica del concepto en los regímenes civiles modernos, señalando que los civilistas hablan de negocio jurídico más por una costumbre lingüística que por convicción conceptual.

El profesor estadounidense Stewart Macaulay hizo un interesante contraste entre lo que significan los contratos en la ley y los contratos en la práctica, proponiendo la necesidad de entender el contrato como una realidad económica antes que como una realidad jurídica.

El reconocido profesor peruano Manuel de la Puente y Lavalle nos obsequió un interesante análisis, que saliendo de los marcos tradicionales, se internó en la utilidad o inutilidad del Análisis Económico del Derecho para comprender el sistema contractual, contrastando los distintos fines que en las diferentes familias jurídicas (Common Law y tradición romano germánica), se asigna a los contratos.

El profesor argentino Juan José Casiello planteó la necesidad de tener una teoría clara y moderna sobre la revisión y adecuación del contrato, considerando la necesidad de una figura contractual más flexible y capaz de responder al mundo cambiante de nuestros tiempos.

La profesora norteamericana Kathryn Hendley colocó al derecho contractual bajo la perspectiva del cambio, del paso de economías cerradas y estatistas a modelos de economía abiertos y liberales, planteando la necesidad de un marco institucional que permita un buen funcionamiento de la autonomía privada como reguladora de la actividad económica. Para ello, analizó en detalle el caso de las recientes reformas en Rusia.

El Decano del Colegio de Abogados, el profesor Jorge Avendaño, exploró los nuevos retos que plantean al Derecho Civil figuras que comienzan a tomar especial relevancia en las economías de hoy, como son los casos del contrato de leasing y del fideicomiso.

El joven profesor Eduardo Benavides, entró al análisis de la causalidad del contrato, pero partiendo de las necesidades funcionales que el marketing, la administración de empresas, la economía y los cambios actuales plantean, proponiendo una revalorización de la institución del fin del contrato y su función.

El celebre civilista argentino Ernesto Wayar hizo un concienzudo análisis de la vigencia e importancia de la teoría del título y modo en la codificación civil, poniendo un énfasis especial en el Código Peruano, estableciendo su importancia para la seguridad en el tráfico de bienes.

El profesor colombiano Luis Guillermo Velásquez Jaramillo resaltó los nuevos retos que para la economía moderna plantea una figura clásica, pero de gran importancia práctica como la posesión.

El profesor chileno Carlos Peña realizó una erudita exposición en torno a las nuevas tendencias que posiciones como el Análisis Económico del Derecho plantean respecto a la responsabilidad civil, revisando incluso el contenido ético de valores como la eficiencia, a ser considerados en el diseño de todo el Derecho de daños.

El profesor Alfredo Bullard estableció las relaciones que deben existir entre el diseño del sistema de responsabilidad civil y el nivel de desarrollo (o subdesarrollo) de un país, lo que debe alcanzar incluso a la definición de conceptos fundamentales como los de factor de atribución, daño o nexo causal.

El profesor Gastón Fernández criticó en su ponencia las bases clásicas de la responsabilidad en la familia romano-germánica, postulando que la misma parte de supuestos dogmáticos que, a la luz de los fines reconocidos por el Derecho contemporáneo a la responsabilidad civil, no justifican una división de sistemas de responsabilidad contractual y extracontractual.

El profesor italiano Giulio Ponzanelli recogió en su ponencia, partiendo de la responsabilidad objetiva, la polémica entre las funciones de reparación y desincentivación del daño, y el necesario equilibrio que debe guardarse entre ambos fines de la responsabilidad civil.

El profesor Felipe Osterling discutió sobre la vigencia de la discusión acerca de si existe o no la figura de las obligaciones naturales y su importancia en el Derecho actual.

El destacado profesor italiano Stefano Rodotà revisó la compleja y novedosa temática de los retos que el Derecho Civil enfrenta ante la dimensión patrimonial que vienen tomando tejidos, órganos y el propio cuerpo humano. Planteó que el cuerpo es un objeto jurídico nuevo y que es imposible recurrir a categorías jurídicas tradicionales para explicar la nueva problemática generada.

Finalmente, el profesor Fernando de Trazegnies estableció las posibilidades que tiene el Derecho Civil para convertirse en una solución eficaz a la problemática derivada de la protección del medio ambiente, planteando así alternativas a la simple regulación administrativa y a la intervención estatal en el tema.

Como podrá apreciar el lector, los temas abordados no sólo fueron interesantes, sino que plantearon y plantean retos y desafíos que pueden llegar a cuestionar las bases mismas del Derecho Privado. La presente publicación pretende preservar y difundir los sentimientos y experiencias de los participantes en el Congreso, en particular el amor por la aventura intelectual, el entusiasmo académico y, sobre todo, la capacidad del Derecho de cuestionarse a sí mismo.

*Gastón Fernández Cruz*  
*Alfredo Bullard González*  
*Editores*

## CEREMONIA DE INAUGURACION

**DR. LORENZO ZOLEZZI , Decano  
de la Facultad de Derecho de la  
Pontificia Universidad Católica del  
Perú.**

Señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Señor Rector de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Señor Decano del Colegio de Abogados de Lima, Señor Presidente de la Comisión Organizadora del Congreso, señoras y señores :

Sean estas breves palabras de bienvenida y presentación de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. En primer lugar, de bienvenida a nuestros amigos que han venido de otros países a compartir con nosotros sus reflexiones y sus experiencias. Algunos, como el Dr. Rodríguez Piñero, se han ausentado de sus labores de trascendencia nacional (la Presidencia del Tribunal Constitucional de España) para acudir como académico a ilustrarnos con su valiosa versación. Otros, como la Dra. Kathryn Hendley, profesora norteamericana de la Universidad de Wisconsin, han venido desde Rusia para hacernos conocer los planteamientos teóricos que arroja su investigación en ese país. Todos, sin excepción, han dejado de lado sus recargadas agendas académicas y profesionales en testimonio de aquello que hace posible la existencia de la ciencia, es decir, el compartir el conocimiento, el someterlo a la discusión y a la crítica. En segundo lugar, sean estas palabras de presentación de la Universidad Católica. Esta casa de estudios fue creada en 1917 y su Facultad de Derecho dos años después, en 1919. Ello significa que este año cumplimos 75 años de existencia. En celebración de este hecho hemos organizado el certamen que hoy inauguramos.

La Facultad de Derecho de la Universidad Católica emprendió a fines de la década de los sesenta la reforma de la enseñanza en el Perú y concibió un modelo que parte de la relación entre el Derecho y la sociedad. Se pensó en la necesidad de diseñar la enseñanza y la investigación a partir de una concepción sobre el Derecho, sobre el rol del abogado y sobre el contenido y metodología de la educación jurídica. Todas estas características le ha dado a nuestra casa de estudios un perfil particular en nuestro medio. De hecho, hemos integrado equipos multinacionales que han trabajado estos temas y hemos participado en proyectos internacionales y multidisciplinarios sobre docencia e investigación jurídica. No puedo dejar de mencionar en este punto a quien lideró entonces este proceso que ha dejado una marca tan profunda en nuestra personalidad como institución, me refieren a quien fuera el Decano de la facultad, el Dr. Jorge Avendaño Valdez, que hoy ocupa un lugar tan destacado en el Decanato del Colegio de Abogados de Lima, y que en esta ocasión nos brinda su presencia.

La Facultad de Derecho de la Universidad Católica ha sido siempre líder en el área del Derecho Civil. Todos sabemos que el Código Civil que este año cumple diez de vigencia fue elaborado primordialmente por docentes de nuestra casa de estudios. Los grandes nombres del Derecho Civil peruano de tres generaciones integran la lista de ponentes de este Congreso. Nuestra idea, sin embargo, no es hacer un balance del Código, sino una reflexión sobre el Derecho Civil en su relación con el mundo, y especialmente, con el complejo ámbito de la economía, en donde se le utiliza como instrumento de regulación. Si el Código Civil debe experimentar enmiendas, debe hacerlo precisamente porque sus instituciones básicas deben adaptarse a los complejos cambios, que el mundo ha experimentado en los últimos diez años, y cambios que en términos generales están contenidos en leyes especiales paralelas al Código Civil. Esta es la reflexión que pretendemos realizar esta semana.

Quiero terminar con una reflexión sobre los asistentes a este congreso. Como es de verse, el auditorio está a punto, luce totalmente lleno. En respuesta a la gran concurrencia, hemos debido acondicionar dos aulas más, una en el cuarto piso y otra en el primero, desde donde más de doscientas personas seguirán las incidencias del congreso en circuito cerrado de televisión. Esta es una prueba inequívoca del ansia de conocimiento y del deseo de superación intelectual que asiste a un amplio

sector de estudiantes y profesionales del Derecho. Los felicito a todos por el esfuerzo que significa agregar cuatro horas y media más a su jornada de trabajo. No temo equivocarme si les digo que no quedarán decepcionados. Estamos a punto de empezar una excitante aventura intelectual. Muchas gracias.

**DR. MANUEL DE LA PUENTE Y  
LAVALLE. Presidente de la Comisión Organizadora del Certamen.**

Señor Rector de la Universidad Católica, Señor Decano del Colegio de Abogados, señor Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica.

En el año 1965 el profesor español Luis Diez Picaso escribió un ensayo en el que observó que el Derecho Civil estaba compuesto por el sistema de normas y de instituciones enderezadas a la protección y defensa de la persona y de sus fines dentro de la comunidad. No obstante lo cual, aparecen como partes separadas, un tratado de Derecho de Obligaciones, en el cual se comprenden la teoría general de las obligaciones y la teoría general de los contratos, y un tratado del Derecho de Cosas, en donde se incluye un estudio sobre el derecho de propiedad y los demás derechos reales sobre cosas ajenas.

En la sistemática tradicional, la disciplina normativa de la vida económica aparece extrañamente escindida en dos grandes compartimientos estancos a los cuales la doctrina general denomina respectivamente Derecho de las Obligaciones y Derecho de las Cosas. Sostuvo Diez Picaso que parece fundado sostener que tanto el denominado Derecho de Obligaciones como el Derecho de Cosas no son compartimientos estancos en la disciplina normativa de la vida económica. Tampoco sectores autónomos sino que son sólo porciones o parte de una unidad que es el Derecho de Bienes, pudiendo hablarse por ello de un Derecho Civil Patrimonial.

Años más tarde, en 1979, los profesores norteamericanos Anthony Kronman y Richard Posner observando el desborde de una erudita litera-

tura jurídica analizando el Derecho desde un punto de vista económico, escribieron otro ensayo orientado a estudiar como esta literatura puede ser comunicada más efectivamente a los estudiantes de Derecho a través de cursos especiales de lo económico en el Derecho, la enseñanza conjunta de cursos de Derecho por economistas y la inclusión de materiales económicos en los libros de casos. En 1989, el profesor inglés Atillá actualizó un libro sobre el Derecho de los Contratos, destacando que en los sistemas económicos occidentales el intercambio económico al cual está íntimamente ligado el contrato es generalmente considerado como un importante instrumento de eficiencia económica, tanto por el intercambio libre y voluntario, que es generalmente un simple pero importante método de incrementar el bienestar de la comunidad, como porque ese libre y voluntario intercambio es un instrumento que determina la manera como los recursos de la sociedad deben ser distribuidos entre sus diferentes y posibles usos. Más recientemente aún, en 1990, el profesor francés Philippe Mallimau ha destacado que el patrimonio de cada uno está en mutación constante en función de las relaciones económicas enlazadas entre las partes.

Intrigados primero por estos distintos brotes casi paralelos del pensamiento jurídico contractual y entusiasmados con su orientación hacia un novedoso sistema que encuentra en lo económico el complemento natural de lo jurídico, un grupo de profesores jóvenes peruanos educados en las aulas de la Pontificia Universidad Católica del Perú plantearon la posibilidad de que uno de los principales eventos para celebrar los 75 años de fundación de nuestra querida Facultad de Derecho sea un Congreso Internacional de Juristas que verse sobre el Derecho Civil Patrimonial, en el cual puedan discutirse al más altísimo nivel los diferentes argumentos que existen en el sistema tradicional para distinguir entre un Derecho de las Obligaciones y un Derecho de Cosas como dos disciplinas que pueden estudiarse y profundizarse separadamente o entenderlos como dos partes de una unidad que ha recibido con singular acierto la denominación de Derecho Civil Patrimonial.

A los jóvenes les corresponde el porvenir del Derecho civil, mas no puede permanecer estático sino que debe buscar nuevos horizontes, compatibles con una realidad siempre cambiante. A los mayores nos ha tocado la responsable tarea de compatibilizar lo antiguo con lo nuevo. Pero creo que ambos, jóvenes y mayores, tenemos el mismo entusiasmo por

acercarnos a una meta que satisfaga nuestras legítimas inquietudes. Pienso que este Congreso Internacional nos proporciona la oportunidad de confrontar argumentos, evaluar posiciones y sobre todo abrir nuevos horizontes que permitan al Derecho de los Contratos adecuarse a las necesidades de nuestra vida actual. Personalmente tengo una gran esperanza de que lo lleguemos a lograr, ayudados por los conocimientos, experiencia y sobre todo el amor al Derecho de nuestros ilustres invitados. Gracias.

**DR. JORGE AVENDAÑO VALDEZ.**  
**Decano del Colegio de Abogados de**  
**Lima.**

Señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia, señor Rector de la Universidad, señor Decano de la Facultad de Derecho, señor Presidente de la Comisión Organizadora del Congreso, señores Embajadores, señores miembros de la Corte Suprema de la República, señoras y señores :

En nombre el Colegio de Abogados de Lima doy la bienvenida a todos los participantes de este Congreso de Derecho Civil Patrimonial. Este es un congreso muy especial por el tema de la convocatoria, por la calidad de los participantes y por la Facultad de Derecho que lo organiza. El tema del Congreso pretende acercar al Derecho Civil a problemas de contenido económico que se presentan en la vida actual, que ciertamente el Derecho Civil no pudo tener en cuenta cuando alcanzó su desarrollo en Roma, su adultez a partir de la Edad Media y su madurez desde el código Napoleónico.

Es una crítica que se ha hecho frecuentemente a los códigos civiles que la vida marcha más rápido que las codificaciones. Así, solo a modo de ejemplo, en el campo de los contratos hoy tienen gran vigencia modalidades como el underwriting, el leasing, el factoring y el fideicomiso, figuras que el Código Civil del 84 no legisló. Y en materia de los derechos reales, relaciones jurídicas milenarias se ven amenazadas por los procesos de urbanización, por los fenómenos de invasión de tierras, por la indispensable creación de garantías que respondan al vértigo de las nuevas modalidades de financiamiento.

Probablemente esta sensación que tenemos como civilistas al ser avasallados por la vida moderna es consecuencia de una concepción que identifica Derecho Civil con Código Civil. Por esto también nuestro empeño en actualizar permanentemente el Código. Tenemos la impresión de que este proceso de actualización del cuerpo legal nos reivindica, nos pone a tono con los tiempos, y nos asegura que el Derecho Civil es eterno porque sirve para todos los tiempos y para todas las circunstancias. Es probable que así sea, pero en todo caso, lo importante es no encasillar al Derecho.

El Derecho Civil como disciplina no tiene límites perfecta y universalmente definidos. A veces invade territorios ajenos, así como también sufre dominaciones externas. ¿Puede acaso decirse que el fideicomiso no es una institución del Derecho Civil Contractual porque en el Perú solamente está regulado en la ley de actividades bancarias?

Este es uno de los propósitos de este Congreso. Demostrarnos que el Derecho Civil es parte del Derecho en general, así, con linderos no del todo definidos, que su desarrollo no depende necesariamente de lo que dice el cuerpo legal que lo sustenta, que el derecho hay que verlo, y por lo tanto enseñarlo, como un todo en el que las distintas ramas deben integrarse, y finalmente, que podemos actualizar y adecuar el Derecho Civil a las necesidades y reclamos de la vida actual incluídos principalmente los procesos económicos, sin tener que pasar necesariamente por modificar el cuerpo legal que le sirve sólo de sustento.

La calidad de los invitados extranjeros no requiere demostración. Participantes de primer orden, de seis países amigos y especialistas peruanos analizarán en estos días, temas que sin duda tienen una estrecha vinculación.

Sólo quiero destacar un aspecto : no es usual que en esta tarea participen juristas de dos sistemas jurídicos que son presentados generalmente como diferentes y hasta antagónicos. Juristas de los Estados Unidos de América dialogarán con juristas de la tradición romano-germánica. Comprobaremos, estoy seguro, que hablamos el mismo idioma y que la pretendida dicotomía no existe.

La Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del

Perú organiza este congreso dentro de las celebraciones por su 75 aniversario. Durante más de la mitad de estos 75 años he estado y estoy cercanamente vinculado a esta facultad, como estudiante, profesor y autoridad. Tiene entonces hondo significado personal que este evento se realice en momentos en los que ejerzo el decanato del Colegio de Abogados de Lima que ahora es anfitrión de ustedes.

Para el Colegio el asunto es trascendente porque representa a la tradición legal de Lima, a la cual la Facultad de Derecho de la Universidad Católica ha hecho aportes significativos durante más de siete décadas. Egresados de sus aulas han sido no sólo distinguidos miembros del foro y por tanto del Colegio, sino que también en algunas ocasiones han ocupado el decanato e importantes cargos directivos de la orden.

Para la profesión legal es muy importante que sus miembros estén informados de los nuevos avances en este campo. Por eso, el Colegio organiza con frecuencia foros y seminarios con la participación de juristas que están a la vanguardia. Nuestros objetivos coinciden pues plenamente con los de este Congreso. Al agradecer la presencia de nuestros distinguidos visitantes, el Colegio, por mi intermedio, formalmente se suma al homenaje que la comunidad jurídica nacional brinda a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica con ocasión de sus 75 años de vida. Muchas gracias.

**DR. SALOMON LERNER FEBRES.**  
**Rector de la Pontificia Universidad**  
**Católica del Perú**

Señor Presidente de la Corte Suprema, Señor Decano del Colegio de Abogados, Señor Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, señor Presidente de la Comisión Organizadora del Congreso, señoras y señores :

Desde que el hombre comprendió la importancia de sustentar sus relaciones interpersonales sobre bases firmes y eficaces, las sociedades han ido acumulando una gruesa tradición que alimenta en buena medida

lo que hoy llamamos el pensamiento jurídico y el Derecho. Esta tradición nos muestra con frecuencia cambios radicales y caminos convergentes que los juristas de todo tiempo y lugar han propiciado y transitado, y es que el Derecho, al ser una disciplina enraizada en el ente social posee mucho de ciencia pero también de arte. De ciencia su inclinación hacia la rigurosidad y la precisión. De arte su capacidad de moverse con creatividad en un ambiente inevitablemente marcado por la condición humana. Este carácter divergente y polémico de las ciencias jurídicas no debe hacernos vacilar acerca del sentido y de la importancia social del Derecho. Por el contrario, acercándonos a su historia, debemos considerar con certeza que esta disciplina no se ha divorciado de la realidad, ni se ha contentado con ser simplemente un depósito de normas positivas e inflexibles.

El abogado de hoy sabe bien que el Derecho no es un lecho de procasto en el que deben calzar forzosamente todas las personas y todas las contiendas. Por el contrario, la juridicidad se va forjando en relación permanente con la sociedad y se inspira por sobre todo en la necesidad de alcanzar la justicia para todas y cada una de las personas.

Los grandes gobernantes de la historia percibieron con claridad la importancia de regular los nuevos modelos de la relación social a través de formas originales de administración de justicia, sustentadas en nuevos principios y viejos valores, y porque ningún cambio se podría garantizar sin una normatividad adjunta a él. Pero, por otro lado, las innovaciones jurídicas carecerían absolutamente de sentido y serían obsoletas si no guardaran relación con las grandes transformaciones sociales y económicas. Es claro que los difíciles y a veces aforísticos caminos de la ley no pueden conducirse por el capricho del gobernante sino que deben sustentarse en la reflexión de los especialistas que, mirando los fundamentos, pero a la vez asentados en la realidad, reconocen un estado de cosas y a partir de él proyectan un futuro de equidad y armonía.

De capital importancia es pues la responsabilidad del jurista. El debe ser un intérprete medido y sereno de la sociedad en su conjunto. Hoy en día nada justifica que la legislación y el Derecho se ejerzan sobre la base de los paradigmas de ninguna élite ni de ningún sector en particular de la sociedad. El Derecho debe estar al alcance de todos los hombres, de toda condición, de toda cultura.

La célebre parábola kafkiana, aquella del hombre absurdamente impedido de cruzar las puertas de la ley que habían sido construidas especialmente para él, debería servir para ilustrar tiempos y sociedades ya pasados en los que la norma se disociaba de las personas y se constituía a sí misma como centro del sistema.

Como Rector de la Universidad Católica, institución con tradición humanista, expreso mi entusiasmo ante este congreso. En él, juristas de prestigio internacional se congregan para poner a la luz de severa crítica las bases del Derecho Civil. Con ello demuestran su encomiable inclinación por mantener los vínculos entre el Derecho y las comunidades y construir sociedades con normas humanas y eficaces.

Nuestros distinguidos ponentes provienen de diversos claustros y países. Esta heterogeneidad permitirá confrontar la riqueza social del Derecho y dar una visión multilateral de las ciencias jurídicas. Este Congreso Internacional de Derecho Civil Patrimonial ha sido posible gracias al esfuerzo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, hoy ilustremente representada por su Decano, el Dr. Lorenzo Zolezzi Ibárcena, y por varios de los profesores ponentes. Celebramos este año el septuagésimo quinto aniversario de su fundación, con el orgullo de haber ofrecido al Perú profesionales sólidamente formados, y con la certeza de haber contribuido de modo importante a la doctrina jurídica nacional. Ya sabemos que los éxitos comprometen. El congreso que hoy inauguramos está sin lugar a dudas a la altura del compromiso de la facultad de preservar y acrecentar sus éxitos. Los que felizmente hemos pasado por sus aulas comprobamos con alegría que la mística se ha mantenido indoblegable entre sus profesores y sus alumnos. Hay un ambiente de diálogo alturado y de investigación de primer nivel que hoy sentimos vivo en este recinto del Colegio de Abogados de Lima y que nos impulsa a tener fe en el futuro. La solidez académica que hoy comprobamos hará posible que esta actividad se corone con el éxito y que se abran vínculos de diálogo académico más allá de este congreso.

Distinguidos ponentes, señoras y señores asistentes. Los rumbos que hoy nos marca la historia nos permite justificadamente aspirar a un orden mundial basado más en la igualdad y en el diálogo entre las sociedades y los individuos, que en los conflictos bélicos. Asistimos a cambios radicales que nos impone nuevos retos. Vemos cada vez más leja-

nos los tiempos en los que las sociedades eran guiadas por grandes personalidades y como, por el contrario, hoy se establecen relaciones más directas entre los hombres gracias a la amplitud de la comunicación.

Hoy más que nunca el Derecho debe ser expresión del único soberano y debe fomentar la conciencia de los valores democráticos, conciencia cívica claramente comprometida con el hombre y sus derechos inalienables. Todo lo que contribuya a la comprensión del Derecho como canal de una comunicación dirigida al entendimiento entre los hombres merece nuestra adhesión y aplauso. Por esta razón hacemos votos porque la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú siga, como lo hace a través de la organización de este congreso, rindiendo frutos encaminados a alimentar este propósito.

Agradeciendo la presencia inestimable de nuestros distinguidos visitantes y haciendo público el agradecimiento de la Universidad Católica al Ilustre Colegio de Abogados en la persona de su Decano, nuestro apreciado amigo y colega, el Dr. Jorge Avendaño Valdez, complacido, declaro inaugurado el Congreso Internacional de Derecho Civil Patrimonial organizado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Muchas gracias.

## LAS BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PRIVADO

**Miguel Rodríguez Piñero**

Señor Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, señor Decano del Colegio de Abogados, señoras y señores :

Para mi es una especial satisfacción intervenir en un acto que conmemora los 75 años de una aventura académica, la de la todavía joven Facultad de Derecho de la Católica de Lima y los diez años de uno de los Códigos civiles más modernos en lengua castellana y que, además, es fruto muy en parte de la labor de profesores de esta universidad Católica. No soy especialista en Derecho Civil, aunque pertenezco como laboralista al área del derecho privado, y tampoco soy constitucionalista de profesión sino por accidente, pero, quizá por ello, pueda tratar la temática con más objetividad que el propio especialista en Derecho Constitucional o en Derecho Civil y haciendo una labor un poco arbitral quiero reflexionar sobre las relaciones entre la Constitución y el Derecho privado.

Decía en 1967 Raíser en un artículo ya clásico, que para los civilistas formados en el espíritu del clima sociopolítico del siglo XIX y eso sucede incluso bien entrado en nuestro siglo, la relación entre Constitución y Derecho privado no había supuesto ningún problema. Las codificaciones que se suceden en nuestros países a lo largo del siglo XIX se realizaron sin ninguna referencia a las Constituciones; los Códigos pervivieron, incluso sin modificaciones, en el sucederse de regímenes democráticos y regímenes autoritarios.

Los civilistas clásicos no se plantearon el problema de respetar los

principios constitucionales; fundaron su elaboración dogmática en las tradiciones del Derecho común y utilizaron las categorías y los esquemas elaborados por la Ilustración en el Antiguo régimen y que suponían sobre todo la revitalización del viejo Derecho romano. Es cierto que las Revoluciones Liberales fueron la premisa necesaria para la Codificación, reconocieron libertades económicas sobre las que pudo establecerse luego el liberalismo jurídico, pero es evidente que la tradición del liberalismo jurídico no se hizo como un desarrollo de la Constitución. Se partía de una separación radical directa entre el Derecho privado y el Derecho público, entre el Estado y la sociedad.

Ya entrado el presente siglo comienza a corregirse la separación entre Derecho privado y Constitución; cuando se reconoce que las instituciones civiles más importantes : el matrimonio, la familia, la propiedad, la sucesión, la libertad contractual de trabajo y de empresa, etc. vienen garantizadas por la Constitución.

Estas garantías constitucionales de las instituciones básicas del Derecho privado se producen a través de la evolución de dos fenómenos que ambos van a llegar a reforzar la incidencia de la Constitución con el Derecho privado.

El primero de estos fenómenos es la *ampliación de los contenidos materiales de la Constitución*. Como todos sabemos las Constituciones contemporáneas no se limitan a una parte orgánica acompañada de un breve añadido de derechos y de libertades públicas pertenecientes a la relación ciudadano y Estado, sino que las Constituciones democráticas de la segunda parte de este siglo incluyen una parte dogmática muy extensa y muy amplia, que abarca por así decirlo, todas las facetas de la vida humana, de modo que la Constitución condiciona no solo el sistema político sino a la llamada sociedad civil, la vida diaria del ciudadano.

La Constitución peruana de 1979 y la que la ha seguido en esta materia, la actual de 1993, son un buen ejemplo de esta constitucionalización de este sector del Derecho privado. Muchos de los derechos reconocidos en el Artículo 2º de la actual Constitución son derechos civiles en el sentido material del término. Se refieren a la autonomía privada, a las situaciones patrimoniales, a libertades económicas, completado y especificado además con bastante detalle. ¿Puede un civilista peruano dar

hoy, para hablar de su propia disciplina, ignorar el artículo 82 de la Constitución, o el artículo 64 o el artículo 66 que se refieren a los recursos naturales como patrimonios de la nación pero al mismo tiempo figuran como derechos reales la constitución estatal o el artículo 76 y siguientes relativos a la propiedad, o el artículo 5 referente a la reunión de hecho, el artículo 4 referente a la separación y disolución del matrimonio la batalla civil será pues constitucional.

Un segundo fenómeno de igual trascendencia es *el reconocimiento del valor normativo de la parte dogmática de la Constitución*. Según Kelsen, una Constitución que no tenga mecanismos para hacerla respetar no merece el nombre de Constitución. Este es el punto de partida en Europa del característico sistema de justicia Constitucional concentrada a través de Corte o Tribunal Constitucional; la existencia de este órgano no es sino una garantía para asegurar la primacía de la Constitución. La Constitución se impone a todos los poderes, incluido el legislador, ello se deduce del Título V de la Constitución peruana que es una de las innovaciones más importantes frente a la Constitución de 1979. Frente al positivismo legal aparece un positivismo constitucional, en el que la Constitución actúa no como generadora de fuentes, sino que ella misma es fuente regulador y además una fuente regulador suprema.

Fiel reflejo de ello es el Artículo 59° de la Constitución peruana, cuando establece que la Constitución prevalece sobre toda norma legal. El imperio de la ley es el imperio de la Constitución.

La relevancia normativa de los principios de los derechos constitucionales deviene ahora en el fundamento de la unidad del sistema jurídico. Ello implica superar la vieja contraposición de la norma jurídica contenida en los Códigos y en las declaraciones de principios contenidas en la Constitución. No solo los poderes públicos, también el ciudadano está sometido a la Constitución, como declara la vigente Constitución española.

De la ampliación del contenido por un lado y del valor jurídico contenido por el otro se deriva necesariamente *la constitucionalización del Derecho civil*. Los principios generales del ordenamiento ha dicho Demarino no se deducen sólo de los Códigos como individualización de los valores de los mismos sino también y sobre todo de la Constitución

dada la necesaria prevalencia que tiene sobre el resto, del ordenamiento, incluidos los principios generales del derecho infraconstitucionales.

La influencia de la Constitución sobre el Derecho privado se ha realizado sobre todo a través de la configuración como derechos fundamentales de muchas instituciones básicas del Derecho civil. La Constitución al identificar determinados derechos del hombre y del ciudadano como derechos fundamentales está otorgando al Código y a sus aplicadores una labor de desarrollo y de garantía de esos derechos. Los principios, los valores y los derechos constitucionales sirven de base al sistema político pero también a la estructuración y contenido del Derecho privado que ahora ha de ser modelado por la Constitución para asegurar que el desarrollo de la sociedad democrática no encuentre una barrera infranqueable en el ámbito jurídico privado. El Derecho privado se transforma, pero no se desnaturaliza. La Constitución le da una nueva dimensión y le exige nuevos planteamientos para superar una situación meramente economicista y patrimonial imperante en la época de la Codificación. Con ello el derecho privado ha recobrado su auténtico papel de garantía de autodeterminación y autoorganización del individuo.

Además, la moderna teoría de los derechos fundamentales ha sido influida bastante por los valores y los principios del Derecho privado. Muchos de los actuales derechos constitucionales han sufrido un ascenso de rango; son viejos principios de códigos civiles elevados hoy a principios de derechos constitucionales. Pensemos por ejemplo en el derecho a la propia imagen, (fruto de la acción de la jurisprudencia civil), o toda la temática de la libertad de no sufrir intromisiones en la esfera privada, o el derecho a la privacidad, y los derechos de la personalidad.

Estos derechos se han constitucionalizado provocando una nueva relación entre la Constitución y el Derecho privado, en la cual ha tenido una enorme trascendencia los avances de la teoría de los derechos fundamentales.

El respeto y servicio de los derechos fundamentales se ha convertido en el interés público primario, al mismo tiempo, el poder configurador y conformador de dichos derechos se ha diversificado y se ha extendido más allá de las relaciones del poder político por los ciudadanos.

Los derechos fundamentales se interiorizan en todo ordenamiento y ello a consecuencia de su positivización al máximo nivel normativos, es decir, por su Constitucionalización. Ello les dota de lo que se ha llamado la irresistible supremacía del derecho fundamental. Con ello el término fundamental adquiere la auténtica dimensión que le corresponde según su nombre, ser cabecera del ordenamiento jurídico en primer lugar, y en segundo lugar (y no de orden, sino al mismo tiempo o al mismo nivel) ser componente esencial en la teoría de la justicia, al suministrar al ordenamiento los necesarios valores axiológicos.

En efecto, los derechos fundamentales operan desde luego en un plano positivo, pueden explicarse como tales en cuanto encuentran reconocimiento en las Constituciones y, en la medida en que de ese reconocimiento se derive alguna consecuencia jurídica. Como ha dicho el profesor Cruz, los derechos fundamentales nacen y se acaban con la Constitución. Lo son en cuanto categoría jurídica. Pero al mismo tiempo los derechos fundamentales no son una creación de la Constitución.

El largo debate entre ius naturalismo y positivismo ha llegado a un cierto grado de entendimiento sobre el carácter dual de su reglamentación como síntesis en la que se admite la positividad de estos derechos pero al mismo tiempo el carácter metapositivo de esta relación, porque la Constitución al consagrar los derechos fundamentales se coloca concientemente en una determinada civilidad, como punto de especificación de confluencia de valores. Los derechos fundamentales son la suprema expresión del orden axiológico, el orden ético, el orden trascendente, constitucionalizado por las modernas sociedades organizadas en Estado de Derecho.

De ello es buen reflejo el Artículo 1° de la Constitución peruana cuando se refiere a la esencia de la persona humana y el respeto a su individualidad como fin supremo de la sociedad y del Estado. El fundamento último de los derechos fundamentales, según la Constitución peruana, es la dignidad de la persona y la libertad como valor indispensable para asegurar el logro de aquello. El origen y fundamento de los derechos fundamentales, como derechos humanos que son, es el propio ser humano, su intrínseca dignidad, núcleo y raíz de los derechos que le son propios y que por ello son inviolables, irrenunciales e indisponibles como asegura el Artículo 5° del Código Civil peruano.

Esa dignidad humana, y la libertad a su servicio, aseguran el carácter unitario de los diversos derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente. En última instancia todos ellos pretenden, utilizando técnicas jurídicas diversas, facilitar y hacer posible el desarrollo integral de la persona el ejercicio real y efectivo de su libertad. Hacen posible la conversión y potenciación de la libertad genérica en auto determinación y autorealización que se expresa en derechos concretos jurídicamente incoherentes. La dignidad humana, en suma, implica derechos inviolables del hombre; una y otros son fundamentos de la sociedad y del orden político en que aquella se organiza, pero esto es un logro que como reconocimiento ha costado siglos a la humanidad.

Para mantener la coherencia interna del ordenamiento, esos derechos basados en la dignidad humana han de informar a todo el ordenamiento en su totalidad, asegurando que los valores éticos y los principios democráticos queridos por el constituyente se irradian e informen hasta el último ámbito social y frente a toda persona o frente a todo grupo que les pueda oponer.

Porque cuando la persona ha conseguido frente al Estado y frente a los poderes públicos libertad y seguridad (como ocurre en la mayor parte de las sociedades avanzadas), sus preocupaciones escapan al terreno de las relaciones privadas en las que puede haber también amenazas contra su dignidad, sus derechos, su libertad. En efecto, junto a la tradicional amenaza potencial contra las libertades, que son y han sido los poderes públicos, surgen también hoy derechos económicos y sociales fácticos que pueden ser más *implacables* que el propio Estado en la violación de los derechos fundamentales. Por tanto, proteger los derechos fundamentales, quedaría reducido o sería incompleto si se protegiera sólo frente a los poderes públicos; hay también poderes sociales tan peligrosos o más que el propio Estado, en cuanto, a la puesta en peligro de los derechos fundamentales. Los problemas aparecen tanto en la materia económica, como en nuestra privacidad.

Precisamente por ello, se ha defendido la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Uno de los primeros fundadores de esta teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales fue Nipperdey, para el que existían normas sobre derechos fundamentales que hacen referencia no sólo a una serie de libertades protegidas frente al Estado, sino

que garantizan a cada ciudadano un estatus social en sus relaciones jurídicas con los demás y en especial frente a los formidables poderes sociales, grupos y organizaciones cuyo descomunal poder amenaza al individuo de dejarlo impotente. Frente a aquellos poderes sociales, los derechos fundamentales constituyen garantía y defensa. Esta afirmación de 1948, conserva toda actualidad en 1994. Las doctrinas del efecto horizontal de los derechos fundamentales entienden que nada hay en la esencia de los derechos fundamentales, porque estos están basados en la dignidad y libertad del hombre, que obliga a considerar que tales derechos sirvan sólo frente a los poderes públicos y que sólo frente a ellos suponga limitaciones. No existe ninguna dificultad ontológica para que los derechos fundamentales desarrollen también su eficacia en la esfera privada. La dignidad, la libertad, el pleno o libre desarrollo de la personalidad ha de cuidarse no sólo frente al Estado, frente a los poderes públicos, sino también frente a los poderes privados.

Esta *horizontalización de los derechos fundamentales* se conecta también con la moderna idea de Estado social de Derecho, que se deduce implícitamente de los artículos 9º, 11º, 13º, 16º, 23º y 58º de la Constitución peruana. Según ha dicho el Tribunal Constitucional español en su sentencia 18/1984, la configuración del Estado como social de Derecho viene a culminar una evolución que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-sociedad y difumina la dicotomía derecho público: derecho privado, determinando la impenetración de lo público y lo privado.

Esta ampliación de la eficacia de los derechos fundamentales en el ente privado no es una absoluta novedad respecto de algunos de ellos que desde su origen ha nacido para operar sobre todo en la esfera de las relaciones privadas. Así ha ocurrido por ejemplo con el derecho de huelga, cuyo reconocimiento a la postre implica una inmunidad a favor del huelguista frente a las eventuales represalias de su empleador o con la tutela antidiscriminatoria, puesto que los actos discriminatorios han predominado sobre todo en el campo de las relaciones privadas y es la sociedad y no el Estado generalmente el que discrimina.

Pero también en otras materias, como toda la materia de la privacidad o el derecho a la propia imagen que se planteó fundamentalmente

en el ámbito privado. El derecho a la propia imagen, que es un derecho civil puro en el sentido estricto del término, tiene su operatividad fundamental en las relaciones entre los particulares y por eso sus elaboraciones iniciales forman parte de la doctrina civil.

Sin embargo, ahora hay una nueva amenaza frente a esos derechos que descubren su primer y lejano sentido, tema que está planteando hoy y que se plantea también en la nueva Constitución peruana: el derecho a la información, no solo como derecho de exclusión, sino como derecho de control que está indicando una nueva visión de un viejo derecho en relación con una nueva tecnología que supone en nuevos peligros frente a este derecho.

Además de ese efecto horizontal se ha ampliado a otros derechos fundamentales, por ejemplo el derecho a la libertad ideológica, o libertad religiosa, que ha tenido efectos también en las relaciones privadas, en donde no se pensaba iba a tener repercusión toda la temática que hoy se plantea en relación con el llamado acoso sexual no es sino una nueva implicación de derechos fundamentales en la esfera de relaciones privadas.

En todo caso, sea nuevo, sea la renovación de un viejo problema o sea un nuevo planteamiento del problema, se supera la concepción que circunscribió los derechos fundamentales a la problemática de la colisión entre la libertad privada y actividad pública se supera. ¿Cuál es la consecuencia de que se acepte la vocación de reglas constitucionales para regir las relaciones privadas? Eso supone la irrupción de la Constitución en la relación entre particulares y supone que ya nada escape a la misma.

*La eficacia de los derechos fundamentales de la esfera privada* no implica un cambio de naturaleza, el derecho a la libertad no cambia de naturaleza por desarrollarse o realizarse frente a un particular o frente a un poder público. Pero sin embargo, su contenido no tiene porqué ser el mismo, ni coincidir según opere frente a un poder público o frente a un particular. El Tribunal Constitucional de España así lo ha reconocido cuando en la sentencia 177/1988 ha dicho que los derechos fundamentales han de aplicarse matizadamente en el derecho de los contratos. Pues han de hacerse compatibles con otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de la autonomía de la voluntad y que se

manifiestan a través de los derechos y deberes que nacen de la relación contractual.

Aunque sean distintos, los problemas de la aplicabilidad y de la defensa jurídica fundamental ambos están muy interrelacionados. Los derechos fundamentales serían meras declaraciones, y así lo fueron durante mucho tiempo, si no vienen acompañados como auténticos derechos subjetivos de garantías adecuadas para asegurar su real eficacia jurídica con posibilidad de su protección judicial.

En el tema de la garantía constitucional que conocen de acciones directas de los ciudadanos, como el caso de Alemania o España, en las acciones directas estaban legalmente limitadas a actos de los poderes públicos y los Tribunales Constitucionales no podían intervenir en principio en las relaciones entre particulares. Sin embargo la jurisprudencia constitucional, primero en Alemania y luego en España, hizo lo que se ha calificado de “finta” jurídica. Para poder conocer de violaciones de derechos fundamentales de origen privado entendió que si un particular se dirige a un órgano judicial ordinario y le solicita la protección de un derecho fundamental propio frente al particular, y aquél Tribunal no lo hace satisfactoriamente, ese órgano judicial que no ha dado protección a ese derecho ha incurrido en la violación de ese derecho fundamental y su sentencia puede ser revisada en sede constitucional.

Pero la revisión de esa sentencia en sede constitucional no significa otra cosa que el conocimiento directo del pleito entre privados y la afirmación por último del Tribunal de si se ha violado o no ese derecho fundamental y a la postre la condena o no condena del particular por el propio Tribunal Constitucional. Esta doctrina ha permitido al Tribunal Constitucional proteger directamente esta violación, pero sobre todo ha producido un fenómeno mucho más importante : crear una dinámica de aplicación efectiva y directa de la Constitución de los derechos fundamentales por los Tribunales ordinarios. Si no lo hacen sus decisiones pueden ser revisadas por lo que los tribunales ordinarios aplican la Constitución y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

No parece que en el caso peruano sea necesario esta finta pues si nos atenemos a la letra de su Constitución, la Acción de Amparo procede contra la violación de cualquier derecho fundamental por parte de

cualquier autoridad, funcionario o persona. Por tanto también frente a un particular. Si es importante esta eficacia subjetiva de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares de la misma o mayor importancia, es la trascendencia de los derechos fundamentales de la esfera individual, lo que se ha llamado la *dimensión objetiva de los derechos fundamentales*. Esta dimensión objetiva de los derechos fundamentales también incide en el Derecho privado y difumina los límites entre lo público y lo privado. Los derechos fundamentales no son sólo categorías de derechos subjetivos, sino que son y forman globalmente a todo el ordenamiento jurídico.

Una dimensión objetiva de los derechos fundamentales ha existido siempre, pero ha sido más bien de *carácter negativo*. De la supremacía de la Constitución se deriva no sólo su aplicación preferente de la norma legal, sino la nulidad de la norma legal que la contradice, también lo dice la Constitución peruana y se producirá una vez que a través del ejercicio de la Acción de Inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional así lo declare.

Para la dogmática jurídica este efecto negativo es muy trascendente, porque junto a la esfera de la legalidad legal permite establecer una esfera infranqueable para el legislador, llamada legalidad constitucional. El concepto del contenido esencial del Derecho, sirve para fijar el dominio de los derechos infranqueables para el legislador. El legislador al legislar no puede ir contra el contenido esencial de los derechos fundamentales. Pero la propia noción de contenido esencial implica la existencia de un espacio disponible para el legislador en desarrollo de ese derecho fundamental, que es una tarea del legislador también.

Aquí nos encontramos con una nueva dimensión, un nuevo elemento de esa dimensión objetiva. El espacio disponible implica que el legislador tiene un papel y cometido positivo en el plano de los derechos fundamentales, que es de alguna manera, un ejecutor de la Constitución para la puesta en práctica de los derechos fundamentales. De este modo, los artículos 14°, 15° y 16° del Código Civil no sólo están enmarcados negativamente por el Artículo 27° de la Constitución peruana, que es el modelo clásico de la visión de la Constitución como límite al legislador, sino que además, el Artículo 27° de la Constitución peruana sólo puede desarrollarse y realizarse a través de aquellos preceptos; los derechos

fundamentales suponen así para el Estado y para el legislador *deberes positivos*. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional de España cuando afirma en su sentencia 53/1985 que los derechos fundamentales son los componentes tutelares básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo, como de cada una de las ramas que lo integran en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar al conjunto del ordenamiento.

La garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. Por consiguiente, y así lo dice el Tribunal Constitucional Español, de la obligación, de la sujeción de todos los valores públicos a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado, de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de cada derecho y los valores que representan aún cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano.

Es decir, *los derechos fundamentales obligan positivamente al legislador*. El legislador recibe de los derechos fundamentales los impulsos y las directivas, obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho constitucional quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa. Se ha superado así la visión de los derechos fundamentales como medio o escudo, y se integran ahora como piezas indispensables de un sistema normativo objetivo en que el Estado ha de hacer posible que los derechos fundamentales sean realidades efectivas. Estos requieren así un hacer estatal que ha de contribuir a contrarrestar el déficit de los derechos fundamentales que la propia sociedad genera.

De este modo los derechos fundamentales desarrollan en el ordenamiento jurídico una *función innovadora*, ampliadora, y un papel trascendental en la creación del derecho positivo; son los necesarios puntos de apoyo para una reconstrucción permanente de los derechos humanos en todo el ordenamiento jurídico, incluido el Derecho privado.

Pero esta fuerza expansiva de los derechos fundamentales transforma el papel del legislador, porque de alguna manera ahora la Constitución y el Código Civil operan sobre un objeto : el derecho fundamental

en los términos de una verdadera y auténtica colaboración internormativa en la que cada uno de los legisladores : el constituyente y el constituido tienen asignada su propia función. Porque la Constitución muchas veces lo que hace es solamente perfilar el Derecho y es el legislador el que lo constituye.

Si son importantes estas dos funciones : la función negativa y esta función de promoción y desarrollo, hay una tercera función de los derechos fundamentales que es especialmente trascendente para el jurista : el papel que tiene el derecho fundamental en *el momento de la interpretación de las normas legales*, especialmente de aquellas que desarrollan derechos fundamentales.

Hoy se habla de una *interpretación constitucional del Derecho*, la cual tiene su origen en una operación que deben realizar los Tribunales Constitucionales al controlar la constitucionalidad de las normas. Al controlar la constitucionalidad de las normas, los Tribunales constitucionales realizarán una operación hermenéutica para con trazar el mandato de la Constitución y el mandato de la ley, examinarán la compatibilidad de esta con aquella. Siendo, como es, tan grave la decisión de dejar nula la ley, dejar fuera del ordenamiento una decisión del poder legislativo, los Tribunales Constitucionales hicieron una simulación jurídica a través de la llamada sentencia interpretativa, mal llamada por algunos sentencia manipulativa. Los tribunales, de la post-guerra tanto de Italia como de Alemania, afirmaron que no era inconstitucional la norma la cual se interpreta así o que es inconstitucional si vista de esta manera venía a decir, interpretada la norma a la luz de la Constitución, si puede considerarse constitucional. Estaban creando así un nuevo método de interpretación, una lectura de la norma a través del mandato constitucional. Esta operación inicial para salvar la constitucional de algunas leyes, se convirtió luego en una exigencia hermenéutica general, sobre todo por parte de aquellos tribunales, como el alemán o español, que conocen acciones directas, en el caso específico del español, a través del recurso de amparo.

El Tribunal Constitucional no solamente controla la norma misma, sino que también su interpretación judicial, el llamado derecho vivo, impone una reinterpretación de la ley a la luz de los principios constitucionales.

El jurista ha de adoptar actitudes hermenéuticas más abiertas y dinámicas que el angosto dogmatismo propio del positivismo formalista. Los derechos constitucionales no solo deben ser respetados por las leyes sino que deben inspirar la interpretación de la norma en su desarrollo, aplicación e interpretación.

La Constitución debe ser guía de interpretación de las normas jurídicas a ellas subordinadas, incluido el Código Civil. En el caso español, además esto es muy claro. El Artículo 5° de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que los jueces y tribunales interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional. Por un lado los principios constitucionales y por otro lado, la jurisprudencia constitucional, son criterios que han de tenerse en cuenta en la aplicación de las leyes, de los ordenamientos.

Por su parte, el Tribunal Constitucional Español reiteradamente ha señalado que los principios y derechos constitucionales han de informar la aplicación de las leyes y demás normas jurídicas; incluso ha defendido la llamada interpretación favorable del derecho fundamental, *in dubio pro libertate*, ese principio implica que en caso de duda ha de optarse por la interpretación de la norma legal que mejor proteja el derecho fundamental. Esto supone, de alguna manera, concebir el proceso hermenéutico como una labor tendente a maximizar y utilizar la fuerza expansiva y la eficacia de los derechos fundamentales en su conjunto.

Este nuevo criterio hermenéutico supone una renovación del Derecho civil. Según Mengoni, la actividad interpretativa del Código Civil, de los estudiosos y de los tribunales han de utilizar como elemento imprescindible los preceptos constitucionales, y cuando haya jurisprudencia constitucional, la jurisprudencia constitucional. Ello implica una nueva visión de las fuentes del Derecho civil porque entre ellas se incluye, por sobre todas, a la Constitución misma. Muchos de los conceptos civiles asumen ahora funciones diversas. En ello juega un papel relevante las cláusulas o conceptos abiertos, como el abuso del derecho del Artículo 2° del Título preliminar del Código Civil peruano, o la buena fe a que alude el artículo 1362 del mismo código, o el interés social, público y ético que legitima lesionar a la libertad con tractual

A la postre el Derecho Civil sigue siendo el mismo, el relativo a situaciones patrimoniales, pero su centro de atención se ha desplazado de los puros valores patrimoniales, es decir el mero *homo-economicus*, a la persona humana, a su dignidad, a sus valores y a sus libertades. Así el derecho a la disposición del cuerpo o el derecho a la propia imagen no son meramente un derecho patrimonial que se patrimonializa o traduce en moneda, sino que se inserta en el derecho al respeto de la propia identidad y de la privacidad. El derecho a la privacidad deviene un medio necesario para la plena realización de la naturaleza humana, ello implica la actual tendencia doctrinal y jurisprudencial a dilatar el ámbito de la protección de la personalidad o la utilización de la Constitución para crear nuevos derechos como el de la propia identidad.

También se supera la concepción inicial del derecho de privacidad de mero derecho de exclusión del mismo vinculada a las nuevas tecnologías y que se conecta a la posibilidad de conocer, controlar y evitar los flujos de información que a uno le concierne como el *Habeas Data* que reconoce la Constitución peruana. Esto implica que la privacidad, junto a su contenido tradicional de poder de exclusión, se ha convertido en un poder de control y para la protección de la esfera privada de la persona. Pero todo ello sirve de ejemplo de la revitalización y del reconocimiento de que el Derecho Civil ha sufrido a consecuencias de su constitucionalización. La protección de los derechos fundamentales pesa hoy mucho el respeto de las instituciones civiles más que y no a través de intervenciones públicas o intervenciones administrativas.

A través de su relativa despatrimonialización existe un redescubrimiento del individuo, de sus posibilidades de realización a través de su autodeterminación, sirviéndose para ello de los instrumentos que le ofrece el Derecho Privado. Se trata a la postre, de conseguir en el plano material lo que los codificadores habrían querido en el plano formal, el que los hombres sean libres, sean iguales y sean responsables. En suma, las fronteras entre el Derecho Privado y la Constitución se han abierto, hay libertad de circulación entre uno y otro. Cabe contemplar la Constitución desde el Derecho Privado pero también puede y debe examinarse el Derecho Privado a la luz de la Constitución.

La Constitución ha dejado de ser sólo el orden jurídico del Estado y por ello el dominio exclusivo de los especialistas del Derecho Público

del Estado y es el punto de partida necesario de toda labor de elaboración e interpretación jurídica, también para el especialista del Derecho Privado, para el civilista. Por eso la cultura constitucional madura y flexible debe ser hoy un elemento indispensable, una herramienta en la formación y práctica del especialista del Derecho Privado. Estoy seguro que este Congreso que celebra 75 años de una institución que sigue siendo joven en un marco de valores éticos muy vinculados a la persona y con preocupaciones de futuro se sabrá valorar la contribución necesaria que corresponde hoy al Derecho Civil para conseguir el bienestar de las personas, su dignidad y su libertad.

## AUTONOMÍA PRIVADA, CONTRATO Y CONSTITUCIÓN

Carlos Cárdenas Quirós

### I. Introducción.

En esta relación me propongo evaluar los alcances del artículo 62 de la Constitución, en particular de su primer párrafo. El texto completo del artículo es el siguiente:

“La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente”.

### II. Humanización del contrato.

Se ha supuesto que sobre la base del principio de la autonomía privada expresada a través de la libertad contractual (posibilidad de fijar los términos y condiciones de un contrato) y de la libertad de contratar (posibilidad de decidir si se contrata o no y con quién), las partes generalmente ofertan y aceptan con plena libertad los términos de un contrato<sup>1</sup>.

---

1 Messineo diferencia con claridad la libertad contractual de la libertad de

Sin embargo, el principio de la autonomía privada nunca ha sido absoluto. Ni siquiera en Francia, que lo consagró legislativamente en el artículo 1134 del Código Napoleón se ha aplicado irrestrictamente. Por ello, De Castro y Bravo sostiene con razón la existencia de límites inmanentes o intrínsecos de la autonomía privada.<sup>2</sup>

Anteriormente, Ripert había afirmado que : “El error del liberalismo en su doctrina misma es decir que todo contrato se forma y cumple bajo el signo de la libertad. Si los dos contratantes no están en igualdad de fuerzas, el más potente encuentra en el contrato una victoria sumamente fácil. Impulsado por el interés, que es el móvil más frecuente de las acciones humanas, sacrifica el bien ajeno para su propia satisfacción”<sup>3</sup>.

Por su parte, más recientemente, Jordano Fraga<sup>4</sup> se refiere primero a “los planteamientos liberales, a la luz de los cuales se había proclamado la sacralidad (el carácter absoluto) del “pacta sunt servanda”, como consecuencia de conocidos planteamientos ideológicos: el orden justo - tanto en el sentido de lícito como en el de conveniente- es el que resulta del libre y espontáneo acuerdo de las fuerzas del mercado (“laisser-

---

contratar al explicar que “mientras el término antitético de la libertad contractual es la preparación unilateral de cláusulas (...) el término antitético de la libertad de contratar es sólo la obligación de contratar (...) (Francesco Messineo, “Doctrina general del contrato”, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, págs. 18 y 19). Este mismo autor expresa que con “...el reconocimiento de la propiedad privada se enlaza idealmente el principio de libertad contractual (expresión a su vez del principio de la autonomía de los particulares), el cual, si bien limitado en diversas formas, constituye, como se ha dicho, la piedra angular de la disciplina general del contrato.” (op. cit., pág. 15).

2 De Castro y Bravo, Federico, “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1985, pág. 62 Cfse. también del mismo autor: “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”. En: Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1982, págs. 987 y ss.

3 Ripert, Georges, “El régimen democrático y el derecho civil moderno”, Editorial José M. Cajica Jr., México, 1951, pág. 148.

4 Jordano Fraga, Francisco, “La responsabilidad contractual”, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1987, págs. 322 y 323.

faire”), la justicia formal (acuerdo) equivale a la sustancia (de su contenido). En este marco liberal los límites de la autonomía de la voluntad cobran un carácter marcadamente excepcional: la ley es la ley imperativa, el orden público, el respeto de las instituciones fundamentales del Estado, y la moral o buenas costumbres se circunscriben al ámbito sexual”.

El autor concluye conviniendo en el abandono de la concepción liberal de la autonomía contractual como ámbito del arbitrio de la voluntad pura y sin límites, para recuperar su sentido originario y tradicional, y sostiene: “No se trata tanto de que haga crisis la autonomía de la voluntad (que sigue siendo idea central del Derecho privado) cuanto el modo se concebía sobre la base de los prejuicios liberales”.

Ahora bien, el ordenamiento jurídico tiene sentido solamente como cauce a través del cual la persona puede realizar sus ideales, intereses, fines y aspiraciones. En ese marco, el contrato aparece como uno de los medios de realización de la persona en la vida social<sup>5</sup>.

En opinión de Santos Briz: “El enfoque de lo social dentro del Derecho de obligaciones en general a de partir de una visión del Derecho fundamentalmente personalista (lo cual no quiere decir en modo alguno individualista), en la cual la conciliación y armonía de los fines individuales y sociales se realice sobre la base del reconocimiento, el respeto y el rango preferente que en la jerarquía de los valores corresponde a la persona humana”<sup>6</sup>.

Por todo ello, si bien la persona está en aptitud de realizar sus aspiraciones, objetivos e intereses a través de la contratación, debe hacerlo necesariamente en armonía con las aspiraciones, objetivos e intereses de los otros.

Dentro de esta perspectiva, el contrato se convierte en un medio de cooperación social y se produce lo que denomino como “humanización del contrato”. Ello implica concebir el contrato como un medio integra-

---

5 Cfse. Díez-Picasso, Luis, “Fundamentos del derecho civil patrimonial”, Volumen I, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1993, pág. 126.

6 Santos Briz, Jaime, “La contratación privada”, Editorial Montecorvo, Madrid, 1966, pág. 32.

dor, armonizador, cooperador de las relaciones sociales, no como vehículo de explotación, de imposición, de abuso, de una parte sobre otra. Así resulta exacta la afirmación de Mosset Iturraspe de que “el contrato no puede ser el reino del egoísmo, del puro interés individual, sin poner en grave riesgo el bien común y la paz social”<sup>7</sup>.

Lo expuesto implica que, frente a circunstancias verdaderamente graves, el legislador vea la necesidad de intervenir, excepcional y transitoriamente, en las relaciones jurídicas en curso de ejecución. Vinculado con ello, ¿acaso el Presidente de la República no está autorizado constitucionalmente para dictar medidas extraordinarias, que tendrán vigencia temporal, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional (artículo 118, inciso 19) ?

Si la fuerza de la ley, que el individualismo liberal extiende al contrato, puede ser afectado por medidas de excepción, ¿cabe proclamar la llamada santidad, soberanía o intangibilidad del contrato como dogma? Si la respuesta fuera afirmativa, posición que no comparto, entonces habría que propender también el inmovilismo o inmutabilidad del orden legal, invocando para ello la idea de la “inseguridad” que produce todo cambio legislativo.

### III. La Autonomía Privada y el Código Civil de 1984.

El Código Civil vigente se inscribe en esa tendencia humanizadora, socializadora del contrato. Por ello algunos, equivocadamente, han llegado a calificarlo de socialista, lo que constituye un manifiesto exceso, y postulan incluso su derogación y el regreso al Código de 1936.

---

7 Mosset Iturraspe, Jorge, “Justicia contractual”, EDIAR, Buenos Aires, 1977, pág. 79. En esta misma línea, afirma Wayar que: “el contrato cumple una función social. Más aún, es un instrumento para la cooperación social, de tal suerte que no puede servir de medio para la satisfacción de intereses egoístas o puramente individuales, cuando con ello se vulnera el interés social” (Wayar, Ernesto C., “Compraventa y permuta”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1984, pág. 514.)

Lo que resulta claro es, en palabras de André Tunc<sup>8</sup>, que “ni el liberalismo, ni el socialismo, pueden pretender haber instaurado la justicia dentro de la sociedad y dado al hombre el máximo de posibilidades para desarrollar sus valores”.

El Código Civil respeta el principio de la autonomía privada. En ese sentido, el artículo 1354 establece que “las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”.

Acoge así una de las manifestaciones del principio en cuestión, el de la libertad contractual o de configuración interna, es decir, la libertad de los contratantes de decidir sobre el contenido del contrato que celebran.

La libertad de configuración tiene como presupuesto la llamada libertad de contratar o de conclusión, que comprende las facultades de celebrar un contrato o no hacerlo, de elegir al contratante; en fin, de decidir cómo y cuándo se contrata.

La libertad de configuración interna se encuentra limitada por las normas imperativas y, a tenor de lo establecido por el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, por las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres.

Lo establecido en el artículo 1354 es concordante con lo señalado por el artículo 2, inciso 14, de la Constitución, según el cual, toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

Conviene señalar que el artículo 1354 citado es de aplicación a los contratos por celebrarse.

Por su parte, el artículo 1355 del Código Civil agrega un concepto, que resulta de aplicación a los contratos ya celebrados: “La ley, por con-

---

<sup>8</sup> Tunc, André, en : Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México. No. 43, México D.F., 1962, pág. 17.

sideración de interés social, público o ético, puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos”. Este artículo importa un reconocimiento explícito al intervencionismo legislativo.

Aprecia acertadamente De la Puente y Lavalle<sup>9</sup>, que “el contrato ha dejado de ser obra exclusiva de los particulares para convertirse en el producto de la acción conjunta de ellos y del Estado, con miras a obtener la satisfacción de necesidades comunes. La vida moderna pone cada vez más de manifiesto que es indispensable la colaboración de unos y otros para conjugar sus respectivos intereses, pues si bien corresponde a los particulares establecer entre sí relaciones jurídicas, corresponde también al Estado velar porque tales relaciones se encuentren dentro del marco del orden social, desde que el contrato es actualmente un fenómeno social y no exclusivamente individual”.

Ahora bien, si la ley ha atribuido a los particulares el poder de establecer una relación jurídica obligatoria que los vincule, y es esto lo que constituye la autonomía privada, no puede merecer objeción el hecho de que el propio ordenamiento jurídico, que concede el carácter obligatorio a los contratos en cuanto se haya expresado en ellos -artículo 1361 del Código Civil-, restrinja la amplitud del marco dentro del cual tales particulares pueden desenvolverse, afectando incluso relaciones en curso de ejecución.

#### **IV. Aplicación inmediata de la ley y relaciones jurídicas patrimoniales en curso de ejecución.**

El artículo III del Título Preliminar del Código Civil establece que “la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú”.

---

9 De la Puente y Lavalle, Manuel “El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil.” Vol. XI. Primera Parte - Tomo I. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima, 1991, pág. 305.

La Constitución ha previsto la retroactividad sólo en materia penal cuando favorece al reo (artículo 103, segundo párrafo).

El artículo III citado consagra la aplicación inmediata de la ley, lo que supone en el caso específico de las relaciones obligatorias vigentes, es decir, aquellas que se encuentran en curso de ejecución, que se les apliquen las nuevas normas imperativas o de orden público, más no las de orden dispositivo, esto es, las que son supletorias de la voluntad de las partes. Ello se explica por el hecho de que no pueden ser invocados derechos irrevocablemente adquiridos respecto de normas de orden público o de carácter imperativo.

Precisamente, en estos términos estaba planteada la propuesta del artículo III del Título Preliminar que formulé a la Comisión Revisora del Código Civil con fecha 25 de mayo de 1983:

“A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican inclusive a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

No tienen fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución.

No son aplicables las nuevas leyes supletorias a los contratos en curso de ejecución”.

La propuesta tenía su antecedente en el artículo 3 del Código Civil Argentino, de acuerdo con el texto ordenado por la Ley No. 17711.

La Comisión Revisora no reprodujo lo establecido en el tercer párrafo del artículo propuesto por considerarlo obvio.

Debe indicarse que la aplicación inmediata de la ley a las relaciones en curso de ejecución no implica que sean afectadas las condiciones de validez y forma de dichas relaciones. Si ello se admitiera, se trataría de una aplicación retroactiva de la ley que, como se ha expresado, está autorizada por la Constitución únicamente en el campo penal.

## V. El artículo 62 de la Constitución Política del Perú de 1993.

### 1. Antecedentes.

- a) Primer anteproyecto de la nueva Constitución (diario oficial “El Peruano”, 28 de mayo de 1993).

CAPITULO  
PRINCIPIOS GENERALES  
TITULO  
REGIMEN ECONOMICO

“Artículo 11.- La libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. No pueden expedirse leyes ni disposiciones de cualquier clase que modifiquen los términos contractuales; la protección de los contratantes, por excesiva onerosidad en la prestación se rige por el Código Civil”

“Artículo 12.- El Estado no puede resolver ni modificar unilateralmente los contratos ley.”

- b) Segundo Anteproyecto de la nueva Constitución (diario oficial “El Peruano”, 22 de junio de 1993):

TITULO  
REGIMEN ECONOMICO  
CAPITULO  
PRINCIPIOS GENERALES

“Artículo 90.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. No pueden expedirse leyes ni disposiciones de cualquier clase que modifiquen retroactivamente los términos contractuales. La protección de los contratantes, contra excesiva onerosidad en la prestación, se rige por el Código Civil.”

“Artículo 91.- El Estado no puede resolver ni modificar unilateralmente los contratos-ley”.

- c) Proyecto de Constitución (diario oficial “El Peruano”, 1 de julio de 1993):

TITULO III  
REGIMEN ECONOMICO  
CAPITULO I  
PRINCIPIOS GENERALES

“Artículo 63.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. No pueden expedirse leyes ni disposiciones de cualquier clase que modifiquen los términos contractuales. La protección de los contratantes por lesión, evicción, saneamiento, excesiva onerosidad de la prestación y resolución por incumplimiento del contrato, se rigen por el Código Civil”.

“Artículo 64.- El Estado no puede resolver ni modificar unilateralmente los contratos-ley”.

- d) Constitución a ser sometida a referéndum el 31 de octubre de 1993 (diario oficial “El Peruano”, 7 de septiembre de 1993):

TITULO III  
DEL REGIMEN ECONOMICO  
CAPITULO I  
PRINCIPIOS GENERALES

“Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la misma vía contractual o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la Ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin per juicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.”

Una vez aprobada en referéndum, la nueva Constitución fue promulgada el 29 de diciembre de 1993 y publicada en el diario oficial "El Peruano" el día siguiente. Entró en vigencia el 31 de diciembre de 1993.

## 2. Fundamentos del Artículo 62

Antes de comentar los alcances del artículo constitucional, merece la pena reproducir algunos textos de carácter oficial o semi-oficial que permiten conocer las razones que sustentan su incorporación.

- I) En primer lugar, cabe mencionar el documento titulado "Los cambios del Anteproyecto Constitucional", que corresponde a un resumen de la exposición efectuada en diversas ciudades del país, por el Presidente de la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente Democrático, Doctor Carlos Torres y Torres Lara<sup>10</sup>  
En él se señala lo que sigue:

"Para esto hay que superar el mercantilismo, es decir, la política de los favores mediante los cuales, cada grupo obtiene la mejor posición para no competir. Terminemos con eso, como se ha establecido en el Proyecto de la Constitución: no habrá más beneficios que los que se otorguen calificados en la Constitución, como en el caso de la educación que debe ser gratuita para quienes no puedan pagarla. Que no nos convirtamos en concesionarios de favores. Que los políticos no traten de llegar al poder para favorecer a su sector, a sus empresas, porque las reglas deben ser iguales para todos, para los más poderosos y para los más modestos, que todos sepan que tienen las mismas reglas que los más poderosos, que tienen libre acceso al mercado y que no hay que rogar favores a ningún político para poder actuar en competencia.

Para eso será necesario hacer una reforma radical en nuestro país y que está colocada en este anteproyecto de la Constitución. Esta reforma es restaurar el poder del contrato en las relaciones entre las personas, porque el contrato permite la interrelación de las perso-

---

10 Diario oficial "El Peruano", Lima, 3 de junio de 1993, página A-8

nas y las empresas para determinar sus relaciones, obligaciones y derechos. Si nosotros concedemos al contrato dicha fuerza, habremos avanzado sustancialmente, pues ¿qué ha ocurrido en nuestro país en esta materia? En este suelo de utopías, generosas y sagradas que tenemos, ha sucedido que cuando se produce una situación que parece injusta, se dan leyes para modificarla, un caso típico son los contratos de arrendamiento. Las últimas estadísticas indicaron que un alto porcentaje de las viviendas están desocupadas y que sus propietarios no las alquilan, porque los propietarios saben que si las arriendan las leyes de inquilinato pueden cambiar los contratos favoreciendo a los inquilinos y nada hará valer el contrato.

Pues bien, esto primera vista puede parecer justo y un grupo de políticos en el Parlamento puede decidirse a cambiar los contratos para ganar votos, con la mayoría que son inquilinos. Para eso siempre habrán razones importantes. La mayoría va a aplaudir, pero hemos creado un conflicto gravísimo, ¿por qué?, porque si bien mayoritariamente puede ser una norma justa, ¿qué pasa con la señora que vive solamente de la merced conductiva de la casita que le dejó su esposo, que ha fallecido, y con lo cual se alimenta? ¿Qué pasa con el enfermo que alquiló su casa, salió a vivir en un departamento estrecho para que con la merced conductiva que le produce su vivienda pudiera pagar los medicamentos para su enfermedad?, y así sucesivamente. Una ley nunca ve los casos específicos, entonces es necesario establecer dos reglas fundamentales: primero, la validez plena de los contratos, precisándose en el anteproyecto que el Estado no puede dar leyes modificando los contratos, salvo, por supuesto, los contratos que se suscriban a partir de la nueva ley hacia adelante. Esto da seguridad a las transacciones.

¿Y las injusticias que pudieran haberse cometido en un contrato? Esas injusticias que siempre existen, nunca deben ser corregidas por una ley de carácter general, sino en el Poder Judicial, vale decir, a través del mecanismo de compensación que existe cuando se produce un contrato en donde se produce una excesiva onerosidad en la prestación. Por lo tanto, los elementos de injusticia que pueden producirse en las relaciones entre las personas, a través de los contratos, deben ser corregidos caso por caso y no generalizar las normas en base al poder político de turno porque, ¿quién puede ve-

nir a invertir en un país, en donde se cambian las reglas pactadas en un contrato en cualquier momento?”

- ii) En el dictamen del Proyecto de Constitución publicado el 1 de julio de 1993 en el diario oficial “El Peruano”, se expresa lo siguiente:

“Para esto hay que superar el mercantilismo, es decir, la política de los favores mediante los cuales, cada grupo obtiene la mejor posición para no competir. Para terminar con eso se ha establecido, en el Proyecto de la Constitución que proponemos, que no habrá más beneficios que los que se otorguen calificados en la Constitución, como en el caso de la educación que debe ser gratuita para quienes no pueden pagarla.

Esta reforma significa restaurar el poder del contrato en las relaciones entre las personas, porque éste permite la interrelación de las personas y de las empresas para determinar sus relaciones, obligaciones y derechos. Al conceder al contrato dicha fuerza, hemos avanzado sustancialmente, para evitar lo que ha sucedido antes: cuando se producía una situación que parecía injusta, se daban leyes para modificarla, como en el caso de los contratos de arrendamiento. Las últimas estadísticas indicaron que un alto porcentaje de las viviendas, están desocupadas y que sus propietarios no las alquilan, porque saben que si las arriendan las leyes de inquilinato pueden cambiar los contratos favoreciendo a los inquilinos, y lo pactado en el contrato quedará sin valor.

Para evitar estas situaciones, dar seguridad jurídica y propiciar las inversiones, ha sido necesario establecer una regla fundamental: la validez plena de los contratos, precisándose en el proyecto que el Estado no puede dar leyes modificándolos y que la protección de los contratantes se hará conforme al Código Civil cuando exista excesiva onerosidad en la prestación, lesión, resolución por incumplimiento, etc.”

- iii) Finalmente, en una conferencia sustentada por el doctor Torres y Torres Lara el 24 de setiembre de 1993<sup>11</sup> se sostiene:

---

11 La nueva Constitución del Perú 1993. Antecedentes, fundamentos e histo-

“Hay otro concepto fundamental en este cambio. Es la visión sobre los contratos (art. 62). Se establece una nueva forma por la cual se prohíbe la dación de disposiciones legales que modifiquen los contratos, porque ha sido usual en el Perú, como en toda Latinoamérica, ese espíritu de justicia generalizada, en donde un legislador un día piensa que los alquileres están muy altos, y entonces promueve una ley normando que los alquileres queden congelados, y, por supuesto, muchos aplauden, pero no piensan en aquella anciana que vive con los alquileres de esa casa, o en aquel que trabajó durante cincuenta años y tiene una indemnización que la invirtió en un pequeño departamento que le sirve para sobrevivir, no se piensa en el enfermo que con ese arrendamiento está pagando sus medicinas. Esa justicia “general” no es justicia. La nueva Constitución traslada esta función a donde debe estar, al Poder Judicial. Allí deben determinarse los excesos en los contratos, allí debe determinarse el equilibrio de la contratación en la relación uno a uno, y no por decisiones legislativas que a la larga resultan absolutamente demagógicas y paralizadoras de la economía, porque la economía de mercado se basa en la contratación, y si la contratación no es segura, no puede producirse lo que se llama estabilidad para que el capital interno permanezca en el Perú y el externo sea convalidado al país”.

### **3. Comentarios al Primer párrafo del artículo 62: una interpretación restrictiva.**

Los textos transcritos ofrecen una idea bastante clara acerca de las razones que sustentaron la inclusión del primer párrafo del artículo 62 constitucional.

Es exacto que en el Perú, se ha abusado del intervencionismo legislativo, fundamentalmente en materia de arrendamientos urbanos. Así ocurrió, hace algunos años, con los Decretos Supremos Nos. 370 y 395-85-EF dictados en julio y agosto de 1985, respectivamente. Como se re-

---

ria documentada. Asesorandina S.R.L. Lima, Noviembre, 1993, págs. 36 y 37.

cordará, el primero de ellos fijó la renta de los contratos de arrendamiento de acuerdo al monto que se encontraba vigente el 27 de julio de 1985, flexibilizándose el régimen con el curso de los años. El segundo prorrogó la vigencia de los contratos de arrendamiento de duración determinada. Sucesivas prórrogas mantuvieron el régimen excepcional hasta el 31 de diciembre de 1990.

Precisamente esta situación es la que se invoca como determinante para justificar el contenido del primer párrafo del artículo 62, si bien generalizándose a todos los contratos.

Interesa analizar los alcances del primer párrafo del artículo en cuestión.

La primera oración contiene una declaración por demás obvia e incompleta: la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato.

Debe entenderse que las partes son libres de determinar el contenido del contrato (y para esto propiamente constituye la libertad contractual o de configuración interna y no la libertad de contratar), pero no puede ser contrario a las normas legales imperativas o de orden público que estuvieran vigentes al tiempo de celebrarse el contrato. En este sentido, el primer párrafo referido debe ser interpretado necesariamente en concordancia con lo prescrito por el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución, que reconoce como derecho de toda persona el de contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público, lo que además ratifica los alcances del artículo 1354 del Código Civil.

La segunda oración es la que suscita el mayor debate: los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.

La última frase debe entenderse que hace referencia a todo tipo de norma legal: Ley, Decreto Legislativo, Decreto de Urgencia, Decretos Supremos, etc.

Si se admite que el texto impide que cualquier norma legal, aún cuando tenga carácter imperativo o de orden público, no puede afectar un

contrato en curso de ejecución, eso significa que las disposiciones legales que estuvieron vigentes al tiempo de su celebración mantendrán pleno vigor durante toda la duración del contrato, sin que su suspensión, modificación o derogación resulten eficaces respecto de la relación jurídica patrimonial específica. Eso no es otra cosa que la ultractividad de la ley, característica esencial de los contratos de estabilidad normativa o contratos-ley a los que se refiere el artículo 1357 del Código Civil y que han sido elevados a rango constitucional por el segundo párrafo del artículo 62 de la Ley Fundamental.

Adviértase, sin embargo, que estos contratos a los que la ley se refiere con la denominación de “Convenios de Estabilidad Jurídica con el Estado” (artículos 38 a 45 del Decreto Legislativo No. 662; 16 a 31 del Reglamento aprobado por Decreto Supremo No. 162-92-EF, Séptima Disposición Complementaria de la Ley No. 25289 y artículos 3 y 4 del Decreto Legislativo No. 771), tienen alcances más bien excepcionales y se justifican en la necesidad de atraer inversiones para los diferentes sectores productivos.

Es importante señalar que, de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 24 del Reglamento de los Regímenes de Garantía a la Inversión Privada, la ultractividad referida “implica que a quienes se encuentren amparados por convenios de estabilidad jurídica se les seguirá aplicando la misma legislación que regía al momento de la suscripción del convenio, sin que les afecten las modificaciones que se introduzcan a la misma, sobre las materias y por el plazo previsto en dicho convenio, incluida la derogatoria de las normas legales, así se trate de disposiciones que resulten menos o más favorables”.

En consecuencia, ni siquiera un eventual régimen posterior más favorable resultará aplicable al contrato vigente, el que se mantendrá sometido a las reglas que regían cuando se celebró.

Si éste es el sentido de la no posibilidad de afectación del contrato por modificaciones legales posteriores, según el primer párrafo del artículo 62 constitucional, todos los contratos gozarían, al menos en teoría, de las ventajas que ofrecen los contratos-ley, incluso de manera más amplia.

De acuerdo con la legislación vigente sobre la materia, los contra-

tos de estabilidad normativa, conceden sólo derechos de estabilidad del régimen tributario referido al Impuesto a la Renta; del régimen de libre disponibilidad de divisas; de libre remesa de utilidades, dividendos, capitales y otros ingresos que perciban los inversionistas y sus empresas; de utilizar el tipo de cambio más favorable que se encuentre en el mercado cambiario; el derecho a la no discriminación; a la estabilidad de los regímenes de contratación de trabajadores en cualquiera de sus modalidades, así como de los regímenes de promoción de exportaciones; y, en el caso de los contratos de arrendamiento financiero, de estabilidad total del régimen tributario.

En el caso de los contratos en general, la estabilidad comprendería todas las cuestiones vinculadas a ellos, sin excepción ni restricción alguna. En ese orden de ideas, el régimen sería más ventajoso, sin necesidad de requerirse la celebración de un contrato con una entidad del Estado. Esta sería, en definitiva, la diferencia entre uno y otro supuesto. Mientras en los contratos-ley vincularían a un particular con el Estado, el principio de intangibilidad del contrato regiría para todos los contratos celebrados entre particulares.

De admitirse, entonces, que la frase que se analiza tiene los alcances descritos, resultaría inevitable concluir que, al entrar en vigencia la Constitución, quedó derogado tácitamente el artículo 1355 del Código Civil, el mismo que, como se ha dicho antes, admite el intervencionismo legislativo. No obstante, creo que es posible intentar una interpretación diferente.

Según se ha visto, las partes, al tiempo de celebrar un contrato, están sujetas a las normas de orden público y a las de carácter imperativo (artículo 2, inciso 14 de la Constitución y 1354 del Código Civil).

Estas serían las normas, vigentes al tiempo de la ejecución, si atribuimos estos alcances a la segunda parte del primer párrafo del artículo 62.

Quiere esto decir que, aún cuando las normas vigentes originalmente fueran suspendidas, modificadas o derogadas, tales circunstancias no tendrían efecto alguno respecto del contrato particular celebrado. Cabe

preguntarse: ¿Ocurrirá esto también en el caso de que las nuevas normas sean de orden público o de carácter imperativo?

En el caso específico de los contratos-ley, la respuesta es afirmativa dentro del ámbito de la estabilidad normativa otorgada, conforme a las disposiciones legales que regulan la materia.

En tales supuestos, la Constitución, sustentada en razones de interés nacional, ha autorizado al Estado a establecer, contractualmente, garantías y seguridades.

La Constitución, en consecuencia, en el caso del segundo párrafo del artículo 62, ha autorizado al Estado a limitar, mediante un contrato, su “ius imperium”.

Como explica De la Puente y Lavalle<sup>12</sup>, si bien refiriéndose al artículo 1357 del Código Civil que se ocupa de los contratos-ley, “el sometimiento voluntario del Estado a la relación contractual..., determina que haya renunciado implícitamente a ocupar su rol de autoridad y, por consiguiente, a ejercitar irrestrictamente su ius imperium, en lo que es materia del contrato”.

No parece, sin embargo, que deba atribuirse estos mismos alcances a los contratos celebrados entre particulares, cualquier que sea su clase.

Si los contratos pueden celebrarse libremente, si bien con sujeción a las normas imperativas y de orden público, es razonable pensar que si tales normas son alteradas, las nuevas normas, en la medida en que tengan también carácter imperativo o de orden público, resulten de aplicación a la relación obligatoria en curso de ejecución. Se trataría de un caso de simple aplicación inmediata de la ley.

Es de advertirse que, de modo excepcional, sólo tratándose de los contratos-ley, la suspensión, derogación, modificación o sustitución de las normas legales no operan con efectos plenos. Se crea así, una “isla normativa singular”, perfectamente identificable.

---

12 Op. cit., pág. 370.

Afirmar que la frase “no puede expedirse leyes ni disposiciones de cualquier clase que modifiquen los términos contractuales”, abarca inclusive a las normas de orden público, importaría atribuir en el fondo a los contratos en general, el carácter de contratos-ley, no obstante no contarse con la participación directa del Estado por intermedio de alguna de sus entidades, para brindar las correspondientes garantías y seguridades.

En estos términos, ¿qué justificación tendría entonces el reconocimiento de los contratos-ley de manera concreta si no constituyen una figura excepcional?.

Precisamente por ello es que a mi entender cabe plantear las cosas de un modo diferente.

La interpretación sistemática en el marco de un ordenamiento jurídico, importa que cada norma deba interpretarse interdependientemente con otras a fin de llegar a establecer su exacto sentido y alcances.

El artículo 62 de la Constitución, en la parte que se analiza, no puede sustraerse a esa exigencia. Para el efecto es necesario considerar que, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico:

- Puede contratarse con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público (artículo 2, inciso 14 de la Constitución).
- Ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal cuando favorece al reo (artículo 103, segundo párrafo, de la Constitución).
- La ley se deroga sólo por otra ley (artículos 103, tercer párrafo de la Constitución y artículo I, primer párrafo del Título Preliminar del Código Civil).
- La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes (artículo III del Título Preliminar del Código Civil).
- Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres (artículo V del Título Preliminar del Código Civil).
- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo (artículo 1354 del Código Civil).

- La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos (artículo 1355 del Código Civil).
- Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y seguridades (artículos 62, segundo párrafo de la Constitución y 1357 del Código Civil).

De los artículos glosados, aparece como fundamental la predominancia de las normas de orden público.

Las partes no pueden pactar en sentido diverso. Si tales normas de orden público son derogadas, modificadas o suspendidas por otras nuevas del mismo carácter, estas últimas deben ocupar necesariamente su lugar. Empero, ello no ocurrirá si las nuevas normas tienen naturaleza puramente dispositiva.

En este orden de ideas, ¿por qué no interpretar que el primer párrafo del artículo constitucional se refiere precisamente a este supuesto y, por tanto, entender la intangibilidad de los contratos de manera restrictiva, sólo a propósito de aquellos aspectos que no conciernan a cuestiones que involucran normas de orden público o imperativas?

¿No sería esto coherente con el ordenamiento jurídico en su conjunto?

Con la interpretación restrictiva que se propone, se corregiría el exceso verbal de la norma, atribuyéndole alcances menos amplios de los que supuestamente le corresponden, partiendo de una interpretación sistemática o interdependiente.

No debe perderse de vista que las normas deben interpretarse atribuyéndoles unos alcances que permitan mantener la necesaria coherencia con otras normas del sistema.

Podrá sostenerse que esta interpretación es incompatible con el propósito puesto de manifiesto por el contituyente en los trabajos preparatorios. Empero, no puede desconocerse que el valor del elemento histórico es relativo y, en todo caso, está subordinado a la interpretación objetiva.

Además, debe tenerse en cuenta que, como expresa Messineo<sup>13</sup>, “una vez forjada, la norma vive con vida propia y es capaz de adaptarse a casos que el llamado legislador no previó en el momento en que dictaba la norma...; casos en los cuales, si se atendiese a la voluntad del llamado “legislador”, la norma debería considerarse inapropiada”.

De admitirse la interpretación propuesta, el artículo 1355 del Código Civil conservaría plena virtualidad jurídica y resultaría perfectamente concordante con el texto constitucional.

La parte final del primer párrafo del artículo 62, señala que “los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, conforme a los mecanismos de protección previstos en el contrato o dispuestos por ley”.

Esta indicación resulta innecesaria y por tal razón hubiera sido preferible evitarla. Por lo demás, el texto se refiere sólo a determinados mecanismos heterocompositivos de solución de conflictos, obviando la mediación y la conciliación, y omite referirse a los medios autocompositivos, concretamente a la transacción.

En este sentido, el vocablo “sólo” que emplea el artículo carece del carácter terminante, categórico, que aparentemente quiso atribuirle el constituyente.

De acuerdo con lo indicado al referir los fundamentos del artículo 62, los “mecanismos de protección dispuestos por la ley” (frase ésta de difícil comprensión en cuanto a su propósito y alcances), estos serían los relativos a la excesiva onerosidad, lesión, resolución por incumplimiento, etc.

---

13 Messineo, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, pág. 95.

## VI. Conclusión.

El ser humano se desenvuelve necesariamente en un mundo de relaciones con otros hombres, en coexistencia con otros (ser-con-otros), en continua interferencia intersubjetiva. Cada uno de ellos procura realizar su propio destino personal en uso pleno de la libertad, libertad que no sólo privilegia los derechos y su ejercicio, sino que también impone deberes. Ambos, derechos y deberes, forman parte de las relaciones jurídicas.<sup>14</sup>

No debe escapar a nuestra comprensión que la verdadera libertad del hombre es posible sólo en la confrontación de la propia unidad con la unidad del otro, en la realización del ser individual con el ser social.

Por ello, en palabras del profesor Lino Rodríguez-Arias Bustamante<sup>15</sup>, que hago mías y con las cuales concluyo:

“el Derecho supone siempre la exigencia de la afirmación del hecho fundamental y fundante de la persona como titular de una libertad, radicada y proyectada en el plano social. Es por eso que

---

14 Señalan Díez-Picazo y Gullón que: “...la relación jurídica se nos presenta como una parte de la vida social que el ordenamiento jurídico contempla y regula, con el fin de que entre los individuos puedan realizarse funciones económico-sociales necesitadas de una especial tutela y protección. La relación jurídica debe entenderse como un modo de articular y de entender los efectos producidos por las normas jurídicas en su aplicación a los sujetos de derecho, que posee una indudable naturaleza orgánica. Este carácter orgánico se predica porque está organizada de conformidad con unos principios jurídicos y con la función que realiza” (Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, “Sistema de Derecho Civil”, Volumen I, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1988, pág. 221).

15 Rodríguez-Arias Bustamante, Lino, “Abogacía y Derecho (Derecho Comunitario, Cambio Social y Revolución)”, Reus S.A., Madrid, 1986, pág. 126. Ha escrito acertadamente el eminente jurista español don Ramón Serrano Suñer que la “justicia, exigencia de la razón y la moral, es el tema más importante de toda sociedad organizada. Tanto en el Estado liberal; como en el Estado socialista o en el totalitario, “hablar de la libertad sin justicia es mentir””

afirmamos que el Derecho también es: equilibrio entre el orden y la libertad en el seno de la justicia. Y la libertad no puede darse de manera absoluta, pues tiene que darse condicionada por exigencia del principio de solidaridad humana. De aquí la mutua y recíproca relación entre el orden y libertad en el mundo del Derecho. Todo orden exige un ámbito de libertad para poder imponerse por cauces de seguridad y de progreso; y toda libertad presupone un orden para que pueda ejercerse sin temor a ser desvirtuada y conculcada. Luego, la efectividad de ambos principios está en hallar su equilibrio, como único medio de que el Estado de Derecho prospere, se afiance y se renueve en un mundo social de realizaciones plenas y fecundas con vistas al logro de la felicidad humana. A esta etapa final llegaremos en la medida en que sobre estos dos paradigmas enunciados (orden y libertad) se proyecte la luz radiante y serena del principio supremo de justicia”.

## IL DIBATTITO ATTUALE SUL NEGOZIO GIURIDICO

Massimo Franzoni

1. *Premessa*— Ormai da oltre un decennio il dibattito sul negozio giuridico in Italia ha raggiunto un nodo cruciale. Si sono abbandonati temi classici legati alla teoria della volontà, alla teoria della dichiarazione; alla nozione soggettiva od oggettiva di negozio; alla qualificazione del negozio in termini di fatto oppure di valore. Ci si interroga sulla esistenza della categoria logica di negozio giuridico, sulla sua ammissibilità in un sistema codificato che ha escluso l'uso normativo di questa figura<sup>1</sup>. I contributi più significativi a partire dai quali si può enunciare questa tesi sono quelli di due autori: Giovan Battista Ferri<sup>2</sup> e Francesco Galgano<sup>3</sup>. A questi cospicui contributivi va aggiunto quello di

- 
- 1 Riassumono questo dibattito VALLE, *Il dibattito sul negozio giuridico in Italia*, in *Contratto e impr.*, 1993, p. 566 ss.; SCODITTI, *Svolgimenti della teoria del negozio giuridico nella dottrina italiana*, in *Riv. critica dir. privato*, 1989, p. 645 ss. In passato CALASSO, *Il negozio giuridico*, Milano, 1959, p. 345, nota 41, aveva sostenuto che il negozio giuridico o si accetta così com'è oppure si rifiuta: *tertium non datur*.
  - 2 FERRI G. B., *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1987, che coerentemente difende la sua opinione anche in scritti successivi: ID., *Emilio Betti e la teoria generale del negozio giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1992, p. 715 ss.; ID., *Negozio giuridico e la disciplina del mercato*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, I, p. 707 ss.; ID., *Contratto e negozio: da un regolamento per categorie generali verso una disciplina per tipi?*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, p. 421 ss. Sulla stessa scia si colloca anche BENEDETTI, *Negozio giuridico e iniziativa economica privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 573 ss.
  - 3 GALGANO, *Il negozio giuridico*, Milano, 1988, che coerentemente difende la

Natalino Irti<sup>4</sup> che, pur seguendo un percorso caro all'indagine di Ferri, giunge però a conclusioni ancora più drastiche di quelle di Galgano.

Prima di riassumere i termini effettivi del dibattito, mi preme segnalare che le diverse prospettive offerte dagli autori sul tema del negozio giuridico riflettono altrettante diverse prospettive sul ruolo del giurista e sul ruolo della dottrina nella società postindustriale. Non si tratta soltanto di registrare un confronto tra differenti scuole di pensiero le quali danno conto dei risultati dei propri studi su questioni giuridiche, come avviene in altri settori del diritto civile. Ma di un confronto dal quale indirettamente si esprime un modo di considerare la propria professione di giurista. Così chi ritiene che il negozio giuridico sia una categoria logica sovraordinata a quelle di contratto, atto unilaterale, matrimonio, testamento<sup>5</sup> sottintende che il ruolo della dottrina sia quello di *costruire* la sintesi concettuale, muovendo dal dato empirico delle norme del codice civile. Chi, al contrario, attribuisce al negozio giuridico il ruolo di categoria ideologica ed analogica<sup>6</sup>, nel senso che di seguito esamineremo, sottintende che il ruolo della dottrina sia quello di *ricostruire* la sintesi concettuale fatta propria dal sistema del codice civile. Ad analoghe conclusioni perviene chi attribuisce al negozio giuridico il ruolo di categoria storiografica<sup>7</sup>.

Volendo entrare nel merito della questione, ho l'impressione che in un ordinamento codificato non vi sia spazio per l'introduzione di categorie logiche, la cui funzione è quella di operare sintesi da sovrapporre alle generalizzazioni operate normativamente. Ho l'impressione che la funzione della dottrina possa essere solo di ricostruire la

---

sua opinione anche in scritti coevi: ID., *Crepuscolo del negozio giuridico*, in *Contratto e impr.*, 1987, p. 733 ss.; ID., *L'atto giuridico come categoria ordinante il diritto privato*, in *Contratto e impr.*, 1990, p. 1001 ss.

4 IRTI, *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1991, il quale sviluppa tesi già enunciate in passato: ID., *La cultura del diritto civile*, Torino, 1990.

5 Così è per FERRI G. B., *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, cit., p. 48 ss.

6 Così è per GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 15 ss.

7 Così IRTI, *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, cit., p. 66 ss.

sintesi concettuale esistente nel sistema del codice civile e non quella di costruirla; specie in un ordinamento che vede unificato il diritto civile ed il diritto commerciale in un unico codice civile.

2. *Il negozio come categoria storica o come categoria astratta: a) la categoria storica* — Il primo nodo da sciogliere riguarda la utilità di offrire una lettura in termini storici del negozio giuridico, inteso come superconcetto. Chi rifiuta la categoria logica del negozio giuridico svolge il ragionamento a partire da una precisa storicizzazione della nascita della figura; e proprio per questa ragione giunge a concludere che la sua funzione è finita. Di contrario avviso sono coloro che gli attribuiscono la qualità di categoria astratta ed astorica, quasi insensibile al mutare storico-politico dei tempi.

Il merito di avere storicizzato la categoria del negozio giuridico va ascritto a Francesco Galgano, nella seconda metà degli anni settanta<sup>8</sup>. L'indagine dell'autore muove dall'esame della funzione che assolse la costruzione della categoria, nella pandettistica tedesca all'inizio del secolo scorso. In un sistema non codificato occorre operare astrazioni che consentissero di creare categorie logiche compatibili con le regole operazionali del diritto moderno, codificate nell'ordinamento francese. Seppure all'interno del fatto, il negozio giuridico — come risultato della sequela che dal fatto, attraverso l'atto, giunge al negozio — non può essere scollegato dal processo creativo del diritto soggettivo, posto che tanto il negozio quanto il diritto soggettivo vedono nel soggetto di diritto il loro centro di imputazione. In sostanza il soggetto, reso uguale di fronte alla legge, e la legge che diventa uguale per tutti, presentano la medesima struttura epistemologica che consente alla volontà di essere produttiva di effetti nella forma del negozio. Quest'ultimo costituisce la fonte della regola da applicare alle relazioni umane di qualsiasi soggetto, allo stesso modo di come la legge pone la regola da osservare da parte di tutte le persone dello Stato-comunità.

Nella sua forma pura, dunque, la volontà che si esprime nel

---

8 Il saggio originario GALGANO, *Teoria e ideologia del negozio giuridico*, è ora in *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, Milano, 1978.

negozio, costituisce un valore, allo stesso modo della norma giuridica, poichè entrambe danno luogo a sistemi valutativi e non a fatti da valutare ai quali la legge collega gli effetti giuridici<sup>9</sup>. A questa analisi Galgano fa seguire ulteriori considerazioni, dalle quali desume che una siffatta costruzione è servita quale modo per la classe borghese in ascesa di appropriarsi delle risorse produttive, nella fase di accumulazione capitalistica. La volontà era il modo per rendere vincolante una operazione economica, ma solo attraverso la volontà dichiarata questa poteva essere resa cogente. Ed in ciò si esprimeva anche la tutela della classe dei proprietari terrieri, così attuando il compromesso tra gli interessi dell'una come dell'altra classe. Il negozio giuridico costituiva un corretto punto di equilibrio tra opposti interessi: quelli degli acquirenti (i borghesi, la classe in ascesa), poichè la volontà sola poteva costituire rapporti, e quelli dei venditori (i proprietari latifondisti, la classe in declino), poichè solo con un proprio atto di volontà avrebbero potuto perdere diritti. Per di più, ponendosi sul piano dei valori e non dei meri fatti da valutare, il negozio giuridico garantiva l'individuo dal pericolo di essere soggiogato dal potere dello Stato; la volontà era produttiva degli effetti voluti, senza che lo Stato potesse in alcun modo interferire.

L'indagine prosegue poi segnalando che il processo di astrazione legata alle vicende del negozio giuridico ha assolto ancora una importante funzione quando, superato il particolarismo giuridico con la rivoluzione francese, questo è stato rintrodotto sotto altra forma: con la distinzione tra il codice civile ed il codice di commercio. Ma proprio questa divisione dei codici è stata all'origine dell'inizio della dissoluzione logica della categoria. Invero, proprio a partire da quel momento, incomincia ad affermarsi un tendenziale processo di oggettivazione dello scambio, legato ad un congegno che vede oggetto di tutela l'atto di scambio in sè, non invece la volontà del soggetto. Tale processo si riflette nelle teorie che tendono a spostare l'indagine dalla volontà alla dichiarazione, con ciò puntando l'attenzione dal soggetto al suo comportamento esteriore, socialmente apprezzabile.

---

9 Cfr. MIRABELLI, voce *Negozio giuridico (teoria del)*, in *Enc. del dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p.2. Mette in guardia, tuttavia, dal portare alle estreme conseguenze la contrapposizione tra fatto e valore già SCIALOJA, *Negozi giuridici*, Roma, 1933, p. 2.

Seppure tale fenomeno possa ugualmente essere ricondotto alla tutela della sfera soggettiva del dichiarante e possa giustificare l'idea fondamentale del negozio giuridico come volontà di per sè produttiva di effetti, in quanto voluti, ciononostante questo è il primo sintomo di una crisi che investe la originaria portata del concetto.

3. *Segue: b) la categoria astratta*— Interrompo per un momento la ricostruzione in chiave storica del concetto di negozio giuridico per dare conto delle critiche a questa tesi. Nel fare ciò limiterò l'indagine al lavoro di Giovan Battista Ferri, che, in forma più compiuta, ha esposto la contraria opinione.

Secondo questa concezione, ciò che costituisce l'aspetto più importante del negozio giuridico è l'essere questo uno strumento di libertà dell'individuo di fronte al potere dello Stato. Questa idea che lo ha visto nascere non è stata in alcun modo scalfita dal tempo, posto che questa esigenza non è legata al tempo. Di qui la tesi che vede il negozio giuridico come categoria storica, frutto della opera critica della dottrina<sup>10</sup>. Il rifiuto di ogni storicizzazione porta questo filone dottrinale a rifiutare *in toto* ogni diversa prospettiva di analisi diretta ad evidenziare l'aspetto funzionale e sociologico dell'istituto, negando pregio ad ogni diverso tentativo tendente a collegare le categorie giuridiche al tempo in cui operano.

Il risultato ultimo è quello di dimostrare la possibilità di costruire

---

10 Prova ne sia che anche nel diritto romano si trovano indicazioni embrionali sulla costruzione concettuale che successivamente sarebbe stata fatta: FERRI G. B., *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, cit., p. 19 ss. È emblematica la posizione di MIRABELLI, voce *Negozio giuridico (teoria del)*, cit., p. 3: il «negozio giuridico è individuabile indipendentemente dall'inserzione che ne sia stata compiuta in un testo legislativo; ed è questo rilievo che ha permesso alla dottrina di discettare se il concetto di negozio fosse presente nel diritto romano o nel diritto intermedio, che sicuramente ne hanno ignorato la locuzione e la sistematica». «La nozione di negozio giuridico è, dunque, nozione di teoria generale del diritto, quale che sia l'ordinamento in relazione al quale viene studiata, quale che sia la materia alla quale viene applicata».

la categoria logica del negozio giuridico, trovando nelle norme del codice civile la sede su cui fondarla. Dal punto di vista teorico, il problema consiste nell'individuare una categoria di atti negoziali distinti da quelli non negoziali, legittimando la distinzione sul piano della disciplina<sup>11</sup>. Ulteriore problema è quello di legittimare l'idea di negozio giuridico in un sistema retto dalla causa, intesa come funzione economico sociale dell'atto; requisito questo che pone il negozio in rapporto di dipendenza biunivoca tanto dalla volontà quanto dal controllo statale circa la sua legittimità e, talvolta, opportunità. Dal punto di vista teorico, il problema pressochè insolubile è di conciliare con la causa l'idea del negozio come valore e non come fatto. Invero la vera essenza del negozio o si attua attribuendogli il ruolo di valore, e non di fatto, oppure non pare davvero che si possa fondare su di questo uno dei capisaldi della libertà dei privati.

Lo sviluppo di questa tesi porta alla conseguenza che la individuazione della base normativa del negozio giuridico viene individuata nelle norme sul contratto in generale le quali, per via dell'art. 1324 c.c. che ne consente l'estensione agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale, bene si presterebbero a fondare normativamente la categoria<sup>12</sup>.

Su questo aspetto ritornerò più oltre, ora vorrei segnalare che il rischio di affrontare l'indagine al di fuori di qualsiasi prospettiva storica rischia di suggerire l'affermazione di valori e di apprestare forme di tutela dell'individuo comunque inadeguati. È stato acutamente dimostrato da Natalino Irti che nella società postindustriale affermare un ruolo al negozio giuridico, in quanto questo consente una tutela del singolo contro lo Stato, è inutile. L'individuo non dallo Stato può essere schiacciato, come in una economia liberista, ma dal potere del mercato e dalla dimensione sua planetaria. La uniformità degli atti di scambio, resi omogenei dalle necessità delle prassi d'impresa, comporta un totale

---

11 Cfr. MIRABELLI, voce *Negozio giuridico (teoria del)*, cit. p. 2, il quale segnala la posizione di SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, p. 5.

12 Cfr. gli aa. citt. alla nota prec., ove ulteriori riferimenti, e FERRI G. B., *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, cit., p. 70.

esautoramento del ruolo della volontà nella determinazione del contenuto a presidio della quale si erigeva il negozio giuridico.

La vera esigenza dell'individuo non è la tutela della sua volontà, polverizzata dalla quantità di atti di scambio uguali, ma è l'esigenza di regole che tutelino il funzionamento del mercato<sup>13</sup>. Ed è in questa direzione che si muove la legislazione economica più recente<sup>14</sup> e quella rivolta al contratto in specifico. Il diritto al ripensamento nei contratti di vendita porta a porta e la normativa comunitaria in materia di clausole abusive, applicabile a tutti i contratti, a prescindere dalla unilaterale predisposizione delle condizioni generali, sono le uniche forme di garanzia effettiva dell'individuo, molto più efficaci della tutela della volontà che offre il negozio giuridico<sup>15</sup>.

4. *Il negozio giuridico ed il codice civile*—I sostenitori della esistenza della categoria logica del negozio giuridico ravvisano nelle norme generali sul contratto il complesso di regole espressive della struttura del negozio stesso. L'art. 1324 c.c. viene applicato per rendere comuni al negozio unilaterale le norme del negozio bilaterale e, facendo applicazione del suggerimento contenuto nella relazione al codice civile, per applicarle analogicamente anche al di fuori degli atti tra vivi aventi contenuto patrimoniale. Senonchè la categoria logica ricavata per astrazione dovrebbe consentire una applicazione diretta nelle norme sul contratto al matrimonio o al testamento, salvo il giudizio di compatibilità da effettuarsi in funzione della unilateralità o bilateralità del negozio. Solo in questo modo potrebbe dirsi raggiunto il fine di costruire una categoria dell'atto negoziale distinta anche sul piano della disciplina dall'atto non negoziale. Ma questo risultato, al quale forse il legislatore ha pensato<sup>16</sup>, non è stato voluto: nel sistema del codice civile non esiste una vera e propria categoria di atto negoziale distinta dall'atto non negoziale nella disciplina, come dirò oltre esponendo il pensiero di Galgano.

---

13 Cfr. IRTI, *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, cit., p. 67 ss.

14 Ho svolto queste considerazioni in *Etica del legislatore nel governo dell'impresa cooperativa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1993, p. 493 ss.

15 Sono queste le conclusioni a cui giunge IRTI, *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, cit., p. 67 ss.; ID., *La cultura del diritto civile*, cit., p. 38 ss.

16 Ne dà atto GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., 11.

Anche prescindendo per un momento da quest'ultima considerazione, resta difficilmente spiegabile il perchè al negozio contrattuale sia collegata la disciplina sulla inserzione automatica della clausole (art. 1339 c.c.), sulla sostituzione delle clausole nulle, con il limite posto dall'art. 1419, comma 2°, c.c., sulla integrazione del contratto (art. 1374 c.c.), sulla interpretazione secondo buona fede (art. 1366 c.c.) e, più in generale, sugli altri criteri codicistici di interpretazione integrativa. Con un notevole sforzo interpretativo, c'è chi riesce a ricondurre tali regole nell'ambito della interpretazione diretta a ricostruire la volontà dei contraenti o nell'ambito della tutela dell'affidamento. Ma l'insuccesso di tale sforzo si misura nella critica di queste norme, delle quali si dà una lettura in chiave dirigistica, propria del sistema corporativo, che le avrebbe volute per prefigurare una società di cittadini tutti *funzionari* dello Stato<sup>17</sup>. Sicchè si conclude, come dichiara apertamente Stolfi, queste norme sono tipiche di uno «Stato ficcanaso»<sup>18</sup>.

Resta infine il problema della causa: come giustificare la causa con la signoria della volontà? Ma anche questo *impasse* viene superato, dal momento che si dà di questo elemento dell'atto una importanza limitata solo a quelli che comportino disposizioni patrimoniali e non invece agli altri. Resta ancora un ulteriore problema: come giustificare l'interpretazione dell'art. 1987 c.c. dal quale si desume la regola della tipicità della promessa di obbligazione, in deroga dell'art. 1322, comma 2°, c.c. che stabilisce il principio della atipicità del contratto? Se la volontà sola fosse sufficiente a produrre obbligazioni o a produrre l'effetto reale, si dovrebbe ammettere la atipicità della promesse. Invece questa tesi è esclusa anche dai fautori del negozio giuridico come categoria logica<sup>19</sup>.

---

17 Cfr. FERRI G. B., *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, cit., 116 ss., a proposito del proprietario-funziionario, p. 136 ss., a proposito della causa e dell'norme ricordate nel testo.

18 Cfr. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, pp. 230, nota 1, 236 ss., a proposito dell'art. 1371 c.c. che ne consente al giudice di interpretare il contratto nel senso meno oneroso per la parte obbligata, se a titolo oneroso, oppure nel senso che realizzi l'equo contemperamento degli interessi, se a titolo gratuito; ed anche p. XI ss. a proposito dell'art. 1339.

19 La dimostrazione della impossibilità di introdurre nel sistema italiano la

Il punto è che nel momento in cui con Betti si raggiunge il massimo della mediazione tra la originaria concezione del negozio e la disciplina codicistica sul contratto, si perviene sostanzialmente ad affermare la utilità di questo concetto logico solo a patto che sia capace di distinguere operativamente l'atto negoziale da quello non negoziale. Nel momento in cui si afferma che il negozio è *valore da valutare*<sup>20</sup>, si afferma che il valore del negozio (il suo carattere autonomamente precettivo), deve essere posto in relazione con l'ordinamento giuridico. Ma questa relazione impone che si stabilisca una gerarchia che vede inevitabilmente il secondo in prevalenza rispetto al primo<sup>21</sup>. Il negozio come valore, seppure espressivo dell'autonomia privata, subisce dunque una forte compressione che legittima la domanda della utilità di categoria logica, se questa, insito ancora, non sia funzionale allo scopo di consentire una interpretazione diretta delle norme sul contratto in generale a tutti gli atti negoziali. Questo presuppone che il codice civile abbia recepito sistematicamente, traducendo in coerente disciplina, la distinzione tra atti negoziali ed atti non negoziali.

5. *Segue: la disciplina dell'atto non negoziale*—Come ho appena osservato, la idea di negozio come «superconcetto», come categoria logica insensibile alla mancata recezione legislativa, come concetto di genere rispetto al contratto, all'atto unilaterale ed agli altri atti non patrimoniali, postula la individuazione di una disciplina codicistica distinta dell'atto negoziale rispetto all'atto non negoziale.

Come è stato dimostrato<sup>22</sup>, la conclusione di questa ricerca è stata negativa. Così ad esempio per il fatto umano cosciente e volontario (l'atto giuridico nella tradizionale tripartizione) dovrebbe essere sufficiente la sola capacità naturale, mentre le dichiarazioni di scienza, la

---

atipicità delle promesse è stata ampiamente dimostrata da GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 206 ss., proprio constatando che la atipicità porterebbe ad introdurre la regola dell'astrazione materiale della causa, che il nostro sistema non prevede.

20 Così BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1952, p. 47 ss.

21 Questo è riconosciuto anche de FERRI G. B., *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, cit., p. 57, nella ricostruzione del pensiero di Betti.

22 Cfr. GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 9 ss.

partecipazioni e le comunicazioni richiedono la capacità legale. Così per la diffida ad adempiere, per la notifica della cessione del credito, per la quietanza, per la promessa di pagamento ed anche per la confessione ed il riconoscimento di figlio naturale è richiesta anche la capacità legale.

Ma c'è di più. Non si può indicare nell'art. 1324 c.c. la norma che consente l'applicazione delle norme sul contratto in generale (sul negozio giuridico), a tutte le manifestazioni di volontà bilaterali o unilaterali che siano. Ciò non solo per le limitazioni poste dalla stessa norma —il loro contenuto patrimoniale, il fatto di essere atti tra vivi— quanto perchè i giudici hanno applicato queste norme in via diretta anche ad atti che non sono negoziali ed al di fuori dell'analogia, una volta soddisfatte le condizioni di compatibilità. Questo è il senso di alcune decisioni nelle quali, al di là di una apparente ricerca sulla presenza della volontarietà degli effetti dell'atto, si applicano le norme sui contratti solo perchè sono compatibili all'atto in questione e perchè il rapporto è patrimoniale<sup>23</sup>. Così ad esempio è per stabilire il criterio dal quale desumere la conoscenza nel destinatario del contenuto di un atto unilaterale recettizio: si prescinde dal fatto che l'atto sia o non sia negoziale<sup>24</sup>.

In altre decisioni pare accolto invece il criterio della natura negoziale dell'atto, ai fini di applicare la disciplina del contratto, peraltro applicata per via analogica. È il caso della intimazione scritta di pagamento, per la quale si nega l'applicabilità diretta dei criteri di interpretazione del contratto. A ben vedere tuttavia si decide che

---

23 Cfr. Cass., 9 febbraio 1985, n. 1072, in *Mass. Foro it.*, 1985: «alla proposta ed all'accettazione, lì si consideri atti giuridici non negoziali o dichiarazioni unilaterali di volontà, non sono comunque applicabili, essendo essi atti unilaterali, il criterio ermeneutico della comune intenzione e del comportamento complessivo delle parti (art. 1362 c.c.); a tali atti, esclusa altresì la rilevanza del comportamento dell'autore della proposta o della accettazione, è invece applicabile, alla stregua del rinvio operato dall'art. 1324 c.c., il criterio ermeneutico della interpretazione complessiva dell'atto, stabilito dall'art. 1363 dello stesso codice». Ancora il Trib. Milano, 23 aprile 1981, in *Banca borsa tit. cred.*, 1982, II, p. 293, ha applicato il criterio dell'art. 1430 c.c., sull'errore di calcolo, alla quietanza di pagamento.

24 Cfr. Cass., 9 aprile 1984, n. 2262, in *Mass. Foro it.*, 1984.

«nell'interpretazione di detta intimazione, mentre va esclusa l'applicazione analogica dell'art. 1362 c.c., stante la irrelevanza dell'intento perseguito dall'autore dell'atto, è invece ammissibile il ricorso (in via analogica) alla disposizione dell'art. 1363 dello stesso codice, con la precisazione, peraltro, che la considerazione dell'atto nel suo complesso non è finalizzata alla ricerca dell'intento perseguito dal suo autore ma all'oggettiva riconoscibilità dell'atto medesimo da parte del destinatario»<sup>25</sup>. La regola operativa seguita è quella che nega l'applicazione delle norme solo sul presupposto della non compatibilità, non già per effetto della natura non negoziale dell'atto: solo la prima regola è *ratio decidendi*, non invece la seconda.

Diverso è il ragionamento da seguire per gli atti unilaterali compiuti dal procuratore non munito di procura espressa: si pensi alla costituzione in mora<sup>26</sup> o alla impugnazione di licenziamento<sup>27</sup>. Anche qui

---

25 Cass., 16 maggio 1983, n. 3380, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 297, con nota di ROSELLI.

26 Cfr. Cass., 15 luglio 1987, n. 6245, in *Mass. Foro it.*, 1987: «la disposizione dell'art. 1392 c.c., secondo cui la procura non ha effetto se non è conferita con le forme prescritte per il contratto che il rappresentante deve concludere, trova applicazione ai sensi dell'art. 1324 c.c. per gli atti unilaterali negoziali ma non per l'atto di costituzione in mora, ancorchè a norma dell'art. 1219 c.c. debba essere fatto per iscritto, trattandosi di mero atto giuridico, non negoziale che, una volta compiuto, produce gli effetti indicati nell'art. 1221 c.c. ed, ai sensi dell'art. 2943, ultimo comma, c.c., l'effetto di interrompere la prescrizione, pertanto la procura per il compimento di un atto giuridico, non negoziale, come la richiesta del risarcimento del danno, tendente a produrre l'effetto interruttivo della prescrizione, può essere conferita verbalmente, e la prova di tale conferimento può essere fornita anche con presunzioni»; Cass., sez. lav., 16 agosto 1993, n. 8711, in *Mass. Foro it.*, 1993.

27 Cfr. Cass., 2 marzo 1987, n. 2179, in *Foro it.*, 1987, I, c. 2425; in *Orient. giur. lav.*, 1987, p. 466; in *Mass. giur. lav.*, 1987, p. 377; in *Notiziario giurisprudenza lav.*, 1987, p. 467; in *Nuova giur. civ.*, 1987, I, p. 715, con nota di VALLEBONA; e in *Riv. giur. lav.*, 1987, II, p. 259, nella quale in motivazione si dà rilievo alla natura negoziale della impugnazione per attribuire pregio all'applicazione dell'art. 1324 c.c. e giungere alle seguenti conclusioni: «il procuratore legale è legittimato ad impugnare il

apparentemente la decisione è presa sul presupposto della natura negoziale o non negoziale dell'atto; in realtà è la mancanza delle condizioni di esistenza dell'atto che costituisce la sola *ratio decidendi*. La costituzione in mora può essere effettuata solo da chi ne è legittimato, salvo presumere la procura, se la natura dell'atto cui si riferisce il rapporto non è formale. La stessa regola vale anche per l'impugnazione del licenziamento, solo che in questo caso la legge richiede la forma scritta, dunque anche la forma scritta della procura. Questi casi vengono decisi sul presupposto che l'atto negoziale o non negoziale che sia, possa essere giuridicamente riferibile al suo autore, il resto della motivazione non è *ratio decidendi*<sup>28</sup>.

In sostanza ciò che la concezione del negozio giuridico vorrebbe unire sotto una unica categoria, l'atto negoziale, il legislatore del 1942 ha distinto, pur applicando una regola comune in presenza della compatibilità strutturale dell'atto con le norme sul contratto.

5.1. *Segue: la volontà nell'atto non negoziale*—Anche per il fatto umano volontario, proprio l'elemento della volontà segna il passo di fronte al rilievo attribuito alla finalità oggettiva dell'atto ed all'interesse a cui è finalizzato<sup>29</sup>. Così si spiega come il pagamento eseguito dal debitore incapace non possa essere impugnato a causa della sua incapacità (art. 1191 c.c.)<sup>30</sup>; così si spiega come ugualmente vi possa essere un

---

licenziamento del lavoratore solo se munito di procura scritta rilasciata prima del termine di decadenza»

28 Lo stesso ragionamento può essere seguito per la motivazione della Cass., 30 maggio 1991, n. 6124, in *FORO it.*, 1992, I, c. 814: «un tema di pignoramento presso terzi, la dichiarazione di cui all'art. 547 c.p.c. resa non dal preteso terzo debitore esecutato, personalmente o a mezzo di mandatario speciale, ma da altra persona non munita di specifico potere di rappresentanza, è inefficace senza che ne sia ammessa ratifica, in quanto, trattandosi di atto non negoziale, ma processuale, non è applicabile la normativa civilistica relativa ai contratti conclusi ed agli atti unilaterali aventi contenuto patrimoniale compiuti da un *falsus procurator*».

29 L'aspetto dell'interesse, portato della oggettivazione dello scambio e più in generale delle relazioni umane rilevanti per il diritto, è particolarmente evidenziato da IRTI, *Letture bettiane sul negozio giuridico*, cit., p. 34 ss.

30 Da ciò la Cass., 7 agosto 1989, n. 3616, in *Giur. it.*, 1990, I, I, c. 968, ha

fatto illecito in tutte le ipotesi di responsabilità oggettiva, nelle quali, come è noto, non è applicabile l'art. 2046 c.c. sulla imputabilità<sup>31</sup>. Anche rispetto al fatto umano, dunque, non sempre è la sua volontarietà a determinarne la riferibilità all'autore. Proprio questo diverso impianto sistematico mette in crisi la tesi, fedele alla nota sequela di fatto-atto-negozio giuridico, secondo la quale le fonti delle obbligazioni si distinguerebbero in volontarie e in legali<sup>32</sup>: alle prime apparterebbero il contratto ed il fatto illecito, alle seconde ogni altro atto o fatto idoneo a produrle. La perdita di centralità del volere umano tanto nel suo aspetto fisiologico, quanto in quello patologico, porta ad attribuire alla legge la sola funzione di accordare efficacia a fatti o ad atti ai quali ha previamente attribuito il ruolo di fattispecie. Il punto è che non solo la volontà lecita (il contratto) o illecita (il fatto illecito) sono fonti di obbligazioni, poichè la sola volontà del soggetto non ha la esclusiva dell'agire sociale giuridicamente apprezzabile.

In definitiva, così come la volontà del soggetto ha ceduto il passo di fronte alle esigenze del nuovo modello di società<sup>33</sup>, allo stesso modo il

---

tratto spunto per affermare che «l'atto di costituzione in mora interrompe la prescrizione del credito se rivolto contro il debitore inabilitato, e non anche contro il curatore speciale, giacchè l'atto di adempimento, sollecitato appunto con la costituzione in mora, in quanto non negoziale e di ordinaria amministrazione, non richiede la capacità di agire».

31 Cfr. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, sub art. 2046: il riferimento è all' esercente un'atti vità pericolosa, al produttore di beni difettosi, al custode, al proprietario di animali o di edifici, al proprietario di autoveicoli, all' esercente un'impresa nucleare o un'impresa spaziale. Il riferimento è anche al conducente di veicoli a motore senza guida di rotaie, poichè lo stato di incapacità è sempre causa di imputazione della responsabilità, salvo che non presenti i requisiti del malore improvviso. In questo caso costituisce caso fortuito che libera dalla responsabilità, giacchè si qualifica come caso fortuito, come tale esclude il rapporto di causalità di fatto tra la condotta e l'evento di danno (*ivi*, sub art. 2054, paragr. 6).

32 Cfr. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, V, Milano, 1953, p. 530 ss.

33 Ulteriore argomento si potrebbe trarre dalla interpretazione dell'art. 1424 c.c. in tema di conversione del contratto nullo laddove la c.d. volontà ipotetica viene sempre più a qualificarsi quale mero *obiter dictum* nel con-

negoziio giuridico ha avuto corrispondente sorte nell'impianto sistematico che regge il codice civile. Il momento di passaggio dalla idea di libertà di negoziare alla idea di necessità dell'atto negoziato<sup>34</sup> esclude ideologicamente e tecnicamente la possibilità di introdurre alcuna categoria logica allo scopo di introdurre regole operazionali comuni agli atti volontari ed a quelli negoziali.

6. *Il negozio giuridico come categoria analogica*—Resta il fatto che il vocabolo «negoziio» è ormai entrato nel lessico del giurista e questa sua funzione è diventata sinonimo di contratto, matrimonio, testamento, atto unilaterale. Vi è però la possibilità di attribuirvi anche un diverso significato: quello di costituirne una categoria *analogica*<sup>35</sup>. Dal fatto che gli interpreti attingano alle norme sul contratto in generale per trovare disciplina a figure diverse da questo non si può desumere che esiste la categoria logica del negoziogiuridico<sup>36</sup>: si deve desumere, invece, che il negozio giuridico è diventata una categoria analogica. Ad esempio, quando si applicano alcune delle norme sulla interpretazione del contratto in generale ad atti unilaterali non negoziali o al testamento, altro non si fa che ricorrere alla *analogia legis*.

---

testo di decisioni saldamente ancorate alla indagine sull'interesse e sulla finalità perseguiti dalle parti con l'atto compiuto. Sono espressive di questa tendenza Cass., 14 agosto 1990, n. 8263, in *Mass. Foro it.*, 1990; Cass., 29 novembre 1986, n. 7064, in *Foro it.*, 1987, I, c. 805; Cass., 14 luglio 1983, n. 4827, in *Mass. Foro it.*, 1983; e Cass., 11 ottobre 1980, n. 5451, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 1893, con nota di Nuzzo, *Note sulla conversione dei negozi giuridici*, seppure in queste ultime si nega la possibilità di convertire un contratto nullo in due atti unilaterali con l'attribuzione di nuovi e diversi effetti; cfr. da ultimo DE NOVA, *Conversione (conversione del negozio nullo)*, in *Encicl. giur. Treccani*, Roma, 1988, vol. XI.

34 In ciò si traduce fenomenologicamente la formuletta: oggettivazione dello scambio.

35 Così GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 15 s.

36 GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 16, osserva: «è un evidente *non-sense* il dire che le norme sul negozio giuridico, ricavate dalla disciplina dei contratti, si applicano *per analogia* ai negozi giuridici diversi dai contratti; proposizione che equivale a quella la quale asserisce che le norme generali si applicano non direttamente, ma per analogia, ai casi particolari in esse rientranti».

Così dicendo sembrerebbe che concezioni così lontane nel punto di partenza dell'indagine, sostanzialmente si ricongiungano nelle conclusioni: secondo la concezione del negozio come categoria logica, le norme del contratto sarebbero applicabili a tutti gli atti negoziali in via diretta; secondo la concezione del negozio come categoria analogica, le stesse norme potrebbero essere applicabili solo per via analogica. Dal punto di vista dell'effetto parrebbe che, davvero, gli opposti si ricongiungano.

Così sarebbe, se il codice avesse codificato il genere degli atti non negoziali distinto da quello degli atti negoziali, ma così non è, come ci ha dimostrato Galgano. Se il codice avesse codificato la categoria dell'atto negoziale, ancorchè senza prevederlo normativamente, la disputa della quale sto trattando sarebbe una mera disputa terminologica: nulla di più.

C'è inoltre una ulteriore differenza che si riferisce alla applicazione diretta delle norme sul contratto in generale, rispetto alla applicazione analogica. Mentre la prima, operando come per effetto di un rinvio, consente la applicazione integrale delle norme<sup>37</sup>, non invece la seconda, poichè per effetto dell'art. 14 preleggi le norme speciali non possono essere applicate analogicamente.

7. *La ricerca della civilistica: un esempio concreto*—Ritorniamo ora alla riflessione iniziale legata alla funzione della dottrina nel contesto del dibattito sul negozio giuridico. Segnalavo inizialmente che la ricerca della dottrina non deve tendere a costruire il sistema, dunque ad elaborare categorie logiche, bensì a ricostruire l'architettura giuridica voluta del codificatore<sup>38</sup>. Vediamo ora di capire in concreto che cosa

---

37 Con riguardo al testamento, anche FERRI G. B., *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, cit., p. 92, richiamandosi alla relazione al codice civile, deve ammettere l'applicazione analogica, stante il tenore dell'art. 1324 c.c.

38 Cfr. IRTI, *La cultura del diritto civile*, cit., p. 38 ss., spec. p. 49 ss., p. 70, il quale ravvisa nel metodo neo esegetico la possibilità di coordinare il diritto comune dei codici con i sistemi ed i sottosistemi creati con la legislazione speciale; ciò allo scopo di indicare «alla società pratici criteri di comportamento, e scoprendo, di volta in volta, piccoli ed unitari sistemi di norme» (ivi, p. 70, il corsivo è dell'a.).

questo significhi, muovendo dalle conclusioni elaborate sul punto del negozio giuridico.

Un primo dato consiste nella impossibilità di concepire una categoria di atto negoziale distinta da quella di atto non negoziale. Ciò lo si desume dalla impossibilità tecnica di fare applicazione dell'art. 1324 c.c. ai soli atti negoziali. Nell'ambito degli atti unilaterali tra vivi, aventi contenuto patrimoniale, le *rationes decidendi* della giurisprudenza sembrano dirimere le controversie facendo applicazione del solo criterio di compatibilità.

Un secondo dato lo si desume dal fatto che l'art. 2 c.c., nel richiedere la capacità d'agire per il compimento di atti giuridici, non distingue tra atti negoziali ed atti non negoziali. Semmai è dalla disciplina dei singoli fatti umani che si desume quali tra questi necessitino della capacità giuridica, per via degli effetti che la legge loro collega, quali tra questi necessitino della sola capacità naturale (la fattispecie generale del fatto illecito, l'attività svolta del rappresentante), quali tra questi non necessitino neppure della capacità naturale (i fatti di responsabilità oggettiva, il pagamento).

Con queste premesse si può ipotizzare che, quando il legislatore ha prefigurato l'art. 1324 c.c., non ha pensato ad una disciplina generale dell'atto negoziale<sup>39</sup>, ma ha predisposto la disciplina generale dell'atto giuridico avente contenuto patrimoniale, nel senso indicato nel precitato Art. 2 c.c.. Oltre alle sentenze riportate in precedenza sul punto dell'applicazione dell'art. 1324 c.c. anche all'atto non negoziale, vale la pena di soffermarsi su un recente caso giurisprudenziale che si iscrive nell'ipotizzato disegno descrittivo della architettura del codice civile.

Il caso riguarda la impugnabilità della delibere del consiglio di amministrazione nelle società di capitali. Come è noto da tempo si fronteggiano due opposte opinioni. C'è chi ritiene che le delibere del

---

39 Così invece FERRI G. B., *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, cit., p. 70; MIRABELLI, voce *Negozio giuridico (teoria del)*, cit. p. 8, i quali tuttavia non distinguono sufficientemente tra applicazione diretta delle norme del contratto in generale all'atto unilaterale ed applicazione analogica.

consiglio di amministrazione godano di una sostanziale immunità, se si eccettua il caso normativamente previsto della impugnazione per l'ipotesi del conflitto di interessi, ai sensi dell'art. 2391 c.c.. Sicchè, al di fuori di questa ipotesi, il vizio si rifletterebbe su quello della delibera dell'assemblea, quantomeno in quella che approva il bilancio<sup>40</sup>. C'è invece chi propone di assumere i vizi di impugnazione delle delibere assembleari come norme generali applicabili anche alle deliberazioni del collegio, con la conseguenza che anche queste sarebbero impugnabili in applicazione degli artt. 2377-2379 c.c.<sup>41</sup>.

In una controversia nella quale si discuteva della invalidità della delibera consiliare di una cooperativa di abitazione, presa in contrasto con il diritto del socio prenotario di essere assegnatario di un immobile, la giurisprudenza ha deciso che le delibere della società appartengono ad un genere più ampio, quello dell'atto giuridico, e che gli artt. 2377-2379 c.c. costituiscono «la regola di una determinata categoria di atti, bene individuata nell'ambito degli *atti giuridici* in genere ed aventi una connotazione propria che ne giustifica una disciplina settoriale con riguardo alle fattispecie che ne sono oggetto. Esse, cioè, pongono la regola (relativamente) generale ed oggettiva di una serie di fattispecie costituenti un settore a sè dell'ordinamento, pur se diramato dal ceppo

---

40 La tesi è stata sostenuta da GRECCO, *Atti invalidi degli amministratori e legittimazione ad agire nei rapporti interni*, in *Riv. soc.*, 1963, p. 310, con riguardo alle deliberazioni del consiglio di amministrazione. Per un caso di ineleggibilità del sindaco, cfr. Trib. Monza, 16 febbraio 1993, in *Dir. fallim.*, 1993, II, p. 873. Esclude il ricorso alla analogia, non potendo applicarsi il sistema eccezionale d'impugnazione previsto per le deliberazioni dell'assemblea, Cass., 20 aprile 1961, n. 883, in *Foro it.*, 1961, I, c. 1711; Cass., 10 aprile 1973, n. 1016, *ivi*, 1973, I, c. 2501; e Cass., 24 gennaio 1990, n. 420, *ivi*, 1990, I, c. 1551, in quest'ultima si è motivato che «al socio sarebbe assegnata una tutela soltanto indiretta, realizzabile attraverso le iniziative volte a promuovere la revoca degli amministratori (art. 2383), l'azione di responsabilità di cui all'art. 2393, la denuncia al collegio sindacale (art. 2408) e al tribunale (art. 2409), l'azione risarcitoria a norma dell'art. 2395 oppure, infine, la facoltà d'impugnare l'atto esterno, di cui la delibera è presupposto, o di sottoporre la delibera stessa all'assemblea dei soci».

41 Cfr. CAVALLI, *I sindaci*, cit., p. 78, ove ulteriori indicazioni.

comune della disciplina degli *atti giuridici*. Di tale disciplina, che ovviamente le precede, le norme suddette costituiscono continuazione, applicazione e specificazione e, come tali, sono caratterizzate da un aspetto di specializzazione e di ulteriorità e non già di contrarietà (e, per ciò, di eccezionalità) rispetto alla disciplina comune»<sup>42</sup>.

Il pregio di questa decisione è di aver accordato tutela al socio escludendo natura eccezionale alle norme di impugnazione delle delibere assembleari, poichè ha ravvisato in queste non una ipotesi di eccezionalità rispetto alla disciplina della invalidità del contratto, bensì la disciplina generale per la impugnabilità del genere atto giuridico di natura collegiale. In sostanza, anzichè desumere la regola dalla categoria del negozio giuridico, desumendola dalle norme sul contratto in generale, ha acclarato l'esistenza di una categoria, l'*atto giuridico*, rispetto al quale ha reso ordinarie le prescrizioni degli artt. 2377-2379 c.c.. Alla categoria dell'atto, dunque, non a quella del negozio occorre riferirsi per la soluzione del caso<sup>43</sup>, e la omogeneità nell'ambito della categoria dell'atto unilaterale si determina a seconda del tipo di violazione. Solo se l'atto è in violazione di norme a tutela dei terzi, tra i quali sono da contemplare i soci, ha ingresso la tutela diretta della loro posizione mediante la proposizione della impugnazione, altrimenti, qualora l'atto violi

---

42 Cass., 24 gennaio 1990, n. 420, in *Foro it.*, 1990, I, c. 1551 ss., in motivazione. In precedenza la Cassazione aveva distinto tra la violazione delle norme di buona amministrazione, che comportano la sola impugnazione ai sensi dell'art. 2391 c.c., e la violazione delle norme a presidio di interessi anche dei soci. In questa seconda ipotesi, afferma che «quando si sia in presenza di atti del consiglio d'amministrazione vincolati (ossia non discrezionali) e direttamente lesivi del diritto del socio, si deve escludere l'operatività di quei limiti, non essendo ragionevole ritenere che la legge abbia inteso, anche in tale caso, affidare a terzi la tutela del singolo socio (evidentemente appartenente alla minoranza), precludendogli l'esercizio diretto del suo diritto di difesa, oppure che ne abbia voluto ridurre l'esercizio diretto, limitandolo all'utilizzazione di meccanismi d'intervento già in astratto idonei a garantire una difesa piena» (*ibidem*).

43 L'osservazione, naturalmente, è di GALGANO, *L'atto giuridico come categoria ordinante nel diritto privato*, in *Contratto e impr.*, 1990, p. 1006 ss.

solo le regole di buona amministrazione che sono indirettamente a tutela dei terzi, allora si può restringere la tutela a quella prevista dall'art. 2391 c.c.

Questa decisione può essere o non essere condivisa, si può eccepire che il caso controverso riguardava un rapporto specifico, quello tra socio e cooperativa, che non è facilmente riproponibile nei rapporti tra società di capitali e socio. Tuttavia il ragionamento seguito dai giudici di legittimità porta a concludere che non al negozio, ma l'atto occorre fare capo come categoria sistematico-normativa voluta dal legislatore.

8. *La funzione della civilistica*—I cinquant'anni del codice civile hanno portato a termine una riflessione in pratica incominciata da oltre un decennio e legata ad una rinnovata stagione di opere giuridiche fatta di commentari e di nuovi trattati. Il rischio segnalato anni addietro di una frantumazione del diritto legato al fenomeno delle leggi speciali<sup>44</sup> ha trovato una risposta concreta in una sorta di neo esegesi del diritto, tesa alla ricerca (riscoperta) delle regole del diritto comune. La struttura del codice civile è stata il punto di partenza di tutte queste ricerche, le quali hanno abbandonato il terreno della sistematicità concettuale (dogmatica), fin già dalla organizzazione dell'indice sommario delle opere. La tecnica impiegata ha abbandonato i concetti o i «superconcetti logici», in favore di una indagine volta ad allargare il campo alla giurisprudenza pratica, al diritto comparato, talvolta alla riflessione storica. Il risultato è stato l'approdo ad un «metodo delle «regole» in luogo dell'antico metodo dei concetti»<sup>45</sup>.

In questa chiave è da leggersi l'indirizzo impresso dagli studi di Galgano e di Bianca che, con i loro trattati di diritto privato, hanno segnato una svolta senza ritorno del percorso di ricerca del giurista e, conseguentemente, nella funzione della dottrina nella società postindustriale. Non voglio azzardare complesse analisi sul metodo, al termine

---

44 È inevitabile il rinvio ad IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1986, 2ª edizione, la 1ª era del 1977.

45 IRTI, *La cultura del diritto civile*, cit., p. 42, al quale pure si rinvia per le ulteriori indicazioni sull'esame dello stato attuale della cultura giuridica in Italia.

delle quali probabilmente giungerei alla conclusione che la commercializzazione del diritto civile, operata dal codice civile del 1942, ha davvero esaurito il processo, rendendo omogeneo il metodo di analisi del giuscommercialista a quello del giuscivilista. Nè mi propongo di dimostrare che le aspettative della società civile di oggi sono diverse da quelle della società del secolo scorso; queste, anzi, sono proprio le stesse: applicare le regole del diritto oggettivo, in funzione di una effettiva tutela della persona.

Il punto è che a identiche aspettative non coincidono altrettanto identiche condizioni strutturali dell'oggetto dell'analisi. Di qui la conclusione che la difesa della persona non può essere fatta con il medesimo strumentario concettuale e con il medesimo metodo. Con la conseguenza che «la teoria del negozio può utilmente cedere il proprio patrimonio alla teoria del contratto: che è figura di diritto positivo, dotata di specifica efficacia regolatrice. Le superstiti difese sono episodi di nostalgia scientifica»<sup>46</sup>. Anche se, come è stato osservato, «i nostri civilisti parlano ormai di negozio giuridico più per abitudine linguistica che per convinzione concettuale. Non ne parlano per alludere all'antico «superconcetto», trascendente il contratto e l'atto unilaterale, ma solo per utilizzare un sinonimo dell'uno o dell'altro»<sup>47</sup>.

---

46 IRTI, *La cultura del diritto civile*, cit., p. 41.

47 GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 16.

## THE IMPACT OF CONTRACT LAW ON THE ECONOMY

Stewart Macaulay

### I. Introduction.

A. Too often, we in the U.S. pay little attention to Peru. However, just this past month, an entire symposium in the *Yale Law Journal*,<sup>1</sup> the lead article and a lengthy comment in the *Law & Society Review*,<sup>2</sup> and an article in *Social & Legal Studies*<sup>3</sup> focused on underground or second economics “in formal legal systems” and the power of other-than-legal sanctions in economic transactions, particularly in highly successful Asian economies.

1. Article after article in both of the first two journals focused on Eastern Europe and the former Soviet Union and their transitions to some form of market economies.

2. However, article after article in all three journals also focused on Hernando de Soto’s *The Other Path*.<sup>4</sup> Here, Peru came to stand for Latin

---

1 See Symposium: The Informal Economy, 103 *Yale Law Journal* 2119-2436(1994). See, particularly, Arthur J. Jacobson. *The Other Path of the Law*, 103 *Yale Law Journal* 2213(1994).

2 See Jane Kaufman Winn. *Law and Relational Practices in Taiwan*, 28 *Law & Society Review* 193(1994); Frank K. Upham. *Comment—Speculations on Legal Informality: On Winn’s “Relational Practices and the Marginalization of Law,”* 28 *Law & Society Review* 233, 236-237 (1994).

3 See Lauren Benton, *Beyond Legal Pluralism: Towards a New Approach to Law in the Informal Sector*, 3 *Social & Legal Studies* 223 (1994)

4 Hernando de Soto, *The Other Path: The Invisible Revolution in the Third World* (1989).

America, Africa and much of Asia as well as many African-Americans, Hispanic-Americans and Asian-Americans in the United States who survive in our second economy.

B. The Other Path contains several distinct parts. There is:

1. A description of the practices of many Peruvians in housing retailing and transportation most of which violate Peruvian law.

2. An analysis of how such transactions are successful standing apart from the official legal system—that is, the norms and sanctions that support long-term continuing relationships even when they are illegal.

3. A diagnosis of the problems with Peruvian law, at least as it stood when the book was written.

a. Here we read a devastating criticism of over-regulation and a neglect of its many costs and consequences;

b. He advocates deregulation to legalize much of what is now the informal, and often illegal, sector.

4. A prescription for a “revolution” that would encourage and focus all of the entrepreneurial energy of the popular classes in Peruvian society—in essence. The Other Path is the “rule of law”, so beloved by international monetary organizations.<sup>5</sup>

a. De Soto calls for protection of private property recognizing much of what is now property, in fact, although not in law.

---

5 Udo Reifner remarks: “While in former times capitalist nations used priests, soldiers and merchants to convince less developed peoples to adhere to their system, we can now rely on the convincing forces of IMF, World Bank, BERD and other financial institutions where nations cue up to be accepted as members. Reifner, *The Vikings and the Romans—Contract Law and Social Economy* 6 (Paper presented at the Conference on Perspectives of Critical Contract Law, Tuusula, Finland, May 7 to 10, 1992).

b. He also calls for legal enforcement of contracts so that planning and risk taking would be encouraged.

(1) He finds that the tactics used by those in the informal sector now—such as establishing trust, maintaining valued long-term-continuing relations and the alike—are inefficient because they impose unnecessary costs on traders.

(2) He advocates legally enforceable contracts so that traders could rely on the legal system to insure performance at a lower cost than that involved in present practices.

(3) He writes as if legally enforceable contracts standing alone, would make trust and the sanctions of long-term continuing relations unnecessary in a truly modern economy.

C. My paper will focus on this last factor—the role of contract law in market economics particularly that of the United States, simply because I know it the best.<sup>6</sup>

D. However, insofar as I am critical of de Soto's claims for contract law, I do not want to be misunderstood as being critical of so much that I admire in The Other Path.

II. What is the received model of the role of contract law in market economics?

A. There are some common elements of the classic model of the functions of contract:

1. One version of the functions of contract law suggests that in a state of nature we are all selfish.

---

6 See Stewart Macaulay. Non-Contractual Relations in Business: A preliminary Study 28 *American Sociological Review* 55 (1963); Stewart Macaulay. Elegant Models, -Empirical Pictures, and the Complexities of Contract, 11 *Law & Society Review* 507 (1977); Stewart Macaulay, An Empirical View of Contract, 1985 *Wisconsin Law Review* 465.

a. Law supports needed interdependence by coercing us to honor obligations to others.

b. Ideally, it should make no difference whether we perform or breach a contract because legal action would take away any harm resulting to the other party.

2. The supposed historical story is that we begin by trading within real *communities*.

a. Capitalism breaks this up, and we become alienated strangers.

b. The legal system supplies a kind of synthetic community based on rights and duties enforced by courts.

3. The model also makes many *assumptions* about planning, performance of obligations and dispute resolution—all in terms of legal rights:

a. First, it is assumed that business people carefully plan relationships in light of legal requirements and the possibilities of nonperformance.

(1) They must spell out every thing because parties will perform only to the letter of a contract, if they go that far.

(2) Indeed, if parties do not plan and spell out everything, they are fault and responsible when they fail to receive what they expected from the bargain.

b. Second, it is assumed that contract law is a body of clear rules so that it can facilitate planning and the performance of contracts.

(1) It provides format channels so that we know the right way to proceed to produce desired legal results.

(2) It provides default rules so that parties can save transaction costs.

(a) Unless they wish others terms, they can rely on the law to fill in standard provisions.

(b) This avoids the costs of negotiating about possible contingencies.

(c) Finally, the model assumes that contract litigation is a primary means of determining breach and, directly or indirectly, resolving disputes.

B. This classic model has an illustrious history.

1. We find traces of it in Shakespeare's *The Merchant of Venice*.

a. Antonio has breached a contract, and, under its terms, he owes Shylock a pound of flesh.

b. Several characters search for a way out, but those representing the establishment argue that the economy of Venice depends on certain and predictable legal enforcement of contracts.

c) There is a way out, but remember that it involves claiming to enforce the letter of the contract.

2. We can find in Max Weber's assertion that capitalism and increasing "formal rationality" go together. David Trubel<sup>7</sup> tells us that:

a. Weber argues that only a truly formal system of law can be calculable.

b. Substantive ends lead to particularistic decisions. Such decisions make it difficult for people to know in advance the outcome of legal questions.

(1) Formal justice, thus, enhances individual opportunities, promotes self-determination and helps ensure individual freedom.

---

7 David M. Trubek, *Reconstructing Max Weber's Sociology of Law*, 37 *Stanford Law Review* 919 (1985). See, also, David M. Trubek, *Max Weber's Tragic Modernism and the Study of Law in Society*, 20 *Law & Society Review* 573 (1986).

(2) Perhaps paradoxically, Weber also argued that formal thought in law may actually defeat the intent of transacting parties, benefit those with power and wealth, and, in fact, may be an impossible ideal to carry out.

**III.** How well does this classic model of the role of contract law fit an empirical picture of contract in the United States and elsewhere? It certainly is an overstatement.<sup>8</sup>

*A. The North American story offers a complex picture.*

I. Sometimes the classical model tracks well with an empirical picture.

a. Business people do engage in elaborate planning, and the contract is a blueprint for their performance.

(1) They do what they've agreed to do, no more and no less.

(2) Typically, these are lawyer-controlled transactions, involving such things as the sale of a major building or a business or the licensing of intellectual property.

b. When disputes arise, sometimes business people litigate to final judgment, the loser appeals, and we get an appellate opinion applying the Uniform Commercial Code or general principles of the common law contract.

---

8 Roberto Mangabeira Unger in *Lay in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory* 12-13 (1976), remarks:

By tightening or relaxing the strictness of the premises, by making them more or less complex and therefore more or less faithful to the social reality we want to apprehend, we are able to control the balance between simplicity of explanation and descriptive fidelity.

The more we lean toward the former (simplicity), the greater the danger that our inferences will fail to apply to any world in which we are actually interested. The more we tend to the latter (descriptive fidelity), the higher the risk that our conjectures will degenerate into a series of propositions so qualified and complicated that we are just as well off with our commonsense impressions. Whether simplicity or faithfulness to fact is emphasized will depend on the particular purpose for which we choose between them.

(1) Often these are *power imbalance* situations.

(a) The cases may involve franchises, big firm-small firm transactions for transactions involving a regulated industry that has little flexibility.

(b) The weaker seeks the power of the law to offset its lack of power in the market.

(2) Also there are *salvage situations* that result from disasters and situations on the edge of bankruptcy.

(a) Long-term continuing relationships now are over because it is likely that one of the parties will not continue in business.

(b) Sometimes these are but failed attempts to settle where bargaining positions hardened or there are suspicions of bad faith and fraud.

c. Indeed, during the last decade or two, our Wisconsin Business Disputes Project has found that there has been an increase in contracts litigation involving major corporations.

(1) The relational glue that held transactions together melted in the great economic dislocations of the past few decades.

(2) Today many economic transactions involve great sums of money, and so the potential results of litigation can look worth its high costs.

2. Sometimes, instead of pure contract law, transactions rest on *legally guaranteed security interests*.

a. If, for example, an airlines fails to pay for a Boeing 747, Boeing can take back the aircraft and sell it to another airline, all through legal procedures.

b) Of course, the value of repossessing goods is problematic—if the used aircraft market is soft, recovering a 747 may benefit Boeing very little; the threat of losing the use of the aircraft, however, may induce the airline to exert great efforts towards performing its obligations.

c. My colleague, the great legal historian Willard Hurst celebrates the role of lawyers in the 19th century as “social inventors”.

(1) Lawyers “contrived or adapted institutions (the corporation), tools (the railroad equipment trust certificate), and patterns of action (the reorganization of corporate financial structure or the fashioning

(2) Hurst views these social inventions as critical for the economic development of the United States.

(3) We can analyze such transactions in contract terms, but usually there are legal structures and prescribed forms and procedures as well as a simple agreement. Much more than contract is involved.

**3. However, very often, the classical model is far from the reality of American business.** This particularly true in transactions among manufacturing firms.

**a. The practices.**

(1) Business people do not plan in detail or they plan (often on standardized forms) and then they ignore the plan as they perform in accordance with engineering rather than legal standards.

(2) When attention is paid to formal planning and contract law, often the purpose is to ward off the results that would otherwise be imposed by law and turn obligations and performance back to informal means. Freedom of contract is freedom to have no contract!

(a) In the automobile industry, manufacturers usually deal with suppliers under **blanket order purchasing**.

i. This process features flexible quantities and often flexible pricing.

ii. It is an arrangement designed to be changed to track changes in the future.

(b) The key provisions make sure that the supplier has no legal rights against the manufacturer but that the supplier will be responsible for product liability claims brought by consumers.

(3) Parties work to avoid disputes or settle those that occur with reference to rights and the threat of court proceedings.

(a) Instead of rights, they talk of solving problems and seeing the other's position.

(b) Contracts are modified greatly during performance, but often any formal procedures for modification are ignored.

(4) Even when litigation is considered or used, there is great pressure to settle.

**b. Explanations for these less-formal practices:** (contract law is not needed, and its benefits often do not outweigh its very high costs).

(1) **Formal contract is not needed** because transactions rest on trust, power, the sanction system of long-term continuing relations or some blend of all of these factors.

(a) These are the very factors that de Soto finds holding together business transactions in the Peruvian informal sector.

(b) While he labels them as inefficient transaction costs, and prescribes formal contract law instead, North American business seems to disagree:

i. Arthur Okun, the economist, speaks of "auction" vs. "consumer" markets.<sup>9</sup>

ii. Economists like auction markets involving fungible goods, because here is where price competition brings all of the benefits

---

9 Arthur Okun, *Prices and Quantities: A macroeconomic Analysis* (1981). Okun says that consumer markets are often held together by an "invisible handshake"

promised by their theories. If I can fly either American or United Airlines from Chicago to New York, I'll pick the one with the lower fare, all other things being equal.

iii. Consumer markets come where goods are not standardized; where running changes may be needed; where it is hard to find substitutes quickly if anything should go wrong; or where continuing service will be needed to keep machinery operating.

—These are characteristics of much sophisticated production today.

—Here is where we find trust reinforced by relational sanctions.

## **(2) The cost of contract litigation outweigh its potential benefits in many transactions.**

(a) One type of cost is what the German sociologist, Niklas Luhmann calls crossing "thematization thresholds."<sup>10</sup>

i. If one talks in terms of trust and cooperation, he will prompt a response based on compromise.

ii If one talks legal rights, he is asking for a fight. There is a law of physics: "lawyers attract lawyers!"

## **(b) The benefits of American contract law seldom outweigh its high tangible financial costs:**

1. Contracts litigation is an expensive game of chance. Many potential litigants must conclude that they cannot afford to roll the dice. **When others fail to perform promises, aggrieved parties cannot be sure that they will win a contracts lawsuit.** Contract law is not predictable and certain; it is not formally rational in a Weberian sense.

---

10 Niklas Luhmann, Communication About Law in Interaction Systems, in K. Knorr-Cetina and A.V. Circourel, de., Advances in Social Theory and Methodology (1981). Luhmann says "It takes a certain amount of courage to openly confront the other with the question of whether he is actually in the right. The comfortable consensus that can normally be assumed in living and acting together will be shattered".

a. American law often states contracts doctrine in hard-to-apply **qualitative** standards. (In Weber's terms, it is "substantively rational").

(1) For example, it asks has there been a "material failure of performance"?

(2) Has the other party "substantially performed"?

(3) Has his response to the defaulting party's problems "waived" exact performance?

(4) Was the default excused because it was caused by "the occurrence of a contingency, the nonoccurrence of which was a basic assumption of the contract"?

b. **Competing rules** generate uncertainty. American contracts doctrine often produces on rule almost matched by a counterrule.

c. Also, contract litigation often turns on hard-to-prove facts. Justifiable expectations may be dashed on the burden of proof, the parol evidence rule or the statute of frauds.

d. Furthermore, clauses commonly buried in form contracts may block legal protection of actual expectations. (In theory, this is a matter of free choice; in practice, such provisions enter the contract by subterfuge).

(1) Seller's forms usually disclaim all consequential damages, limit buyer's remedies to replacement and repair, and excuse performance when it becomes difficult because of any event listed on a long menu of contingencies.

(2) Buyers' forms may allow them to cancel-contracts-for-convenience, paying only the seller's actual out-of-pocket costs of performance.

(3) Sometimes courts will allow plaintiffs to avoid such clauses. However, at a minimum, such clauses increase uncertainty and add to the costs of writing briefs and arguing to avoid summary judgment.

3. Moreover, we know that usually the courts will not put aggrieved parties in the position they would have been in had their contracts been performed—even when they win their lawsuit. American contract law is a misrepresented product.

a. The primary remedy will be damages.

(1) American courts order people to perform promises only in certain types of case such as real estate transactions. (That is, specific performance is rare).

(2) Damages calculated in a monetary equivalent to performance is the ordinary remedy.

(3) However, other policies limit damages in American law.

(a) Contract damages must be foreseeable and proved with reasonable certainty.

(b) Often it is hard to satisfy these rules.

(c) This means that courts often will not protect all of a person's reasonable expectations.

b. A successful plaintiff may get an award of expectation damages, **but she must deduct the costs of winning the suit from her ultimate recovery.**

(1) Absent statutes to the contrary, successful plaintiffs in the American system must pay their own lawyers' fees and hourly fees are very high.

(2) Contingent fees may be used in the U.S., but they may take from thirty to sixty percent of a recovery or even more in some cases.

(3) The cost awarded to a victorious plaintiff may not include the full amount of the experts' fees necessary to make a case and prove damages.

(4) We award interest on judgments to compensate for loss of the use of the funds, but the statutory amount often fails to reflect the market rates when the plaintiff recovers a judgment.

#### **4. We also must remember that people fail to perform contracts because they are broke.**

a. Filing or winning a contracts action may lead to the defendant's bankruptcy rather than to satisfaction of a judgment based on the expectation interest.

b. The risk of bankruptcy can become a bargaining tool for the weaker party; its creditor risks ending the business if it asserts its full claim in a legal action and this may mean that it will recover only a fraction of what it is owed.

5. All of these factors together prompt may aggrieved parties to swallow their losses and do no more than refuse to deal with the breaching party again.

6. Other aggrieved parties give up claims in exchange for negotiated settlements at lower amounts.

#### **B. Stories elsewhere:**

1. Studies in Great Britain,<sup>11</sup> France<sup>12</sup> and several Scandinavian countries<sup>13</sup> find similar patterns of the use and nonuse of contract law.

2. The **Asian experience** seems very different from our classical

---

11 See Hugh Beale and Anthony Dugdale, *Contracts Between Businessmen*, 2 *British Journal of Law & Society* 45 (1975).

12 See Edward H. Lorenz, *Flexible Production Systems and the Social Construction of Trust*, 21 *Politics & Society* 307 (1993)

13 See Britt-Mari Blegvad, *Commercial Relations, Contract, and Litigation in Denmark: A discussion of Macaulay's Theories*, 24 *Law & Society Review* 397 (1990).

model, and we must remind ourselves of the highly developed successful Asian economics when we claim too much for conventional notions of the functions of contract law. Here we find a number of features at least analogous to those found by de Soto in the Peruvian informal sector.

a. Business contracts turn on trust based on dealing with an extended family and long-term continuing relationships.<sup>14</sup>

b. A written contract is but a starting point for negotiations at best; you must consider the interests of your trading partner and share benefits and burdens; you don't assert rights, although you may assert power, if you do it the right way.

c. The Japanese pattern of business influenced, if not controlled, by a government bureaucracy.

d. Okke Braadbaart, after studying vegetable marketing in Java, points out: "Personal relationships often develop between

---

14 Compare De Soto, *The Other Path* 163-165 (1989) where he argues that such relational sanctions and trust are high cost and inadequate for modern development. Perhaps the Peruvian and the, say, Taiwanese situations describe by Winn, *supra*, note 2, differ. Nonetheless, we can point to remarkable economic success that rests on just the mechanisms that de Soto finds inefficient and inadequate.

For studies about squatter settlements in Hong Kong that describe similar practices but offer a very different analysis from that of de Soto, see Alan Smart, *The Informal Regulation of Illegal Economic Activities: Comparisons between the Squatter Property Market and Organized Crime*, 16 *International Journal of the Sociology of Law* 91 (1988); Alan Smart, *Invisible Real Estate: Investigations into the Squatter Property Market*, 10 *International Journal of Urban and Regional Research* 29 (1986); Alan Smart, *The Squatter property Market in Hong Kong*, 5 *Critique of Anthropology* 23 (1985).

The classic study of a squatter settlement and its production of other-than-state law is, of course, Boaventura de Sousa Santos, *The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada*, 12 *Law & Society Review* 5 (1977).

representatives of firms cooperating closely over a longer period. These ties are of strategic value in recurrent crisis management.”<sup>15</sup>

*C. Look at the areas of the world where there is little or no functioning formal rationality standing behind transactions.*

1. Consider international trade in areas controlled by no national legal system.

a. Sometimes this rests on a private arbitration system.

b. However, even when there is no state law and no arbitration possible, if the potential gains area great enough, firms do invest and produce.

c. In some areas, lawyers and others work to build “self-enforcing” structures that substitute for legal enforcement of contracts. In Erich Schanze’s words: “the theory of self-enforcement implies that in the course of the anticipated project life, breach by one party will be prevented by the fact that in any stage of the investment process the ongoing, ‘working relationship’ makes the parties to the agreement better off than breaching.”<sup>16</sup>

---

15 Okke Braadbaart, *Business Contracts in Javanese Vegetable Marketing*, 53 *Human Organization* 143, 144 (1994).

16 Erich Schanze, *Regulation by Consensus: The Practice of International Investment Agreements*, 144 *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)* 152, 166 (1988). See, also, Erich Schanze, *Constructive Jurisprudence in Mining Agreements: Institutional Innovation and Practical Drawbacks*, in Gunther Jaenicke, Christian Kirchner, Hans-Joachim Mertens, Eckard Rehbinder, and Erich Schanze, eds., *International Mining Investment: Legal and Economic Perspectives* 161 (1988); Terence Daintith, *Mining Agreements as Regulatory Schemes*, in the same book; Terence Daintith, *The Design and Performance of Long-Term Contracts*, in Terence Daintith and Gunther Teubner, eds., *Contract and Organisation: Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory* 164 (1986); Wolfgang Streek and Philippe G. Schmitter, *Community, Market, Statute—and Associations? The Prospective Contribution of Interest Governance to Social Order*, I *European Sociological Review* 119(1985).

2. Western businesses have invaded the former Soviet Union.

a. My colleague, Dr. Kathryn Hendley, is here and will tell us about this laboratory wherein many theories about the relationships between law and the economy are being tested.

b. My point is only that a market economy is developing despite the absence of a formal law of contract that is in place and working.

(1) Indeed, in 1992, the New York Times ran an article with the title: "The Art of a Russian Deal: Ad-Libbing Contract Law".<sup>17</sup>

(2) Deals turn on mutual benefit and trust. If they break down, the attitude is "we've made money in the interim, and if the deal stops, O.K." "We'll dance together until the music stops."

(3) Instead of state contract law, business people privatize law enforcement and pay off what the Russians call their "mafia" or hire private guards for protection.<sup>18</sup>

**V. What is needed for a free market system to work?** We can identify two important factors: Business needs what Karl Llewellyn called "reckonability" (not complete certainty, and not the power to go to the limit of legal behavior) plus **trust**. A combination of factors produces sufficient reckonability and security.

A. Note the trust inherent in all levels of business transactions in the U.S., which usually works through reputational sanctions, cultural norms about performing one's promises,<sup>19</sup> or a combination of these factors.

---

17 Louis Uchitelle, *The Art of a Russian Deal: Ad-Libbing Contract Law*, N.Y. Times, Jan. 17, 1992, at A1, cols 3-4.

18 Michael Specter, *U.S. Business and the Russian Mob: Some Hire Guards: Others Tough It Out*, N.Y. Times, July 8, 1994, at C1, cols 3-5.

19 cf. Edward H. Lorenz, *Flexible Production Systems and the Social Construction of Trust*, 21 *Politics & Society* 307 (1993).

B. There are ways of handling those situations where promises might not be performed.

1. Catalog selling through credit cards. (Bad debts are expected and discounted).

2. Certain types of transactions run by a relatively effective property security system.

3. Firms can offer hostages: one buys stock in the other, with, perhaps, a seat on the board of directors or one firm builds a factory next to the factory of its major supplier. Default on a contract is thus given very high costs.

4. Contract litigation exists at the margins of this process.

C. Our Business Disputes Project found that businesses were litigating contracts increasingly over the past few decades.

1. However, when studied the auto industry we discovered that their experience with contract litigation prompted them to work hard to build structures to avoid it.

2. Private firms offering dispute resolution services have grown as have other forms of alternative dispute resolution.

## **VI. What is the contribution of contract law to a degree of reckonability and trust. (Elegant Models!)**

A. It may symbolize that there should be a very good excuse or *pacta sunt servanda*.

1. Taken as a whole, statute and case law yields this message:

a. Contract law reinforces norms that exist in business culture about performing promises.

b. It also suggests that there are excuses, but simple mistakes are not enough.

2. However, we can ask how these messages are *communicated* to the relevant *audience*.

a. **Lawyers** read these messages in cases and statutes.

b. But how does the law's stories get to the broader society or to those who make and perform contracts?

B. Perhaps it is enough that to business people contract litigation symbolizes trouble, negative publicity, turning matters over to lawyers and losing control as well as diversion from profitable and enjoyable activities. "The hassle factor".

1. Business people may not need to know very much in detail about the law or the contract litigation system. (In some measure, perhaps the negative views of lawyers, held by so many, helps deter some from breaching contracts or crossing Luhmann's "thematization threshold" and talking rights instead of sweet cooperation.)

2. Udo Reifner suggests: "Law in market societies is a useful lie because economy needs to reduce complexity in order to be able to give answers where they are needed.<sup>20</sup> It may be enough that people **think** that they know what a court would do even when their lawyers would see doubts and questions.

C. Contract law may provide a vocabulary for negotiation—asserting an excuse vs. in your face.

1. One who asserts a plausible excuse may be less morally suspect than one who refuses to perform because it now is in his self-interest.

2. Conflicting claims of right at least open the possibility for some

---

20 Udo Reifner, *The Vikings and the Romans—Contract Law and Social economy 5* (Paper presented at the Conference on Perspectives of Critical Contract Law in Tuusula, Finland, May 7 to 10, 1992.

middle ground as contrasted with an expression of pure power and rejection of the interests of a trading partner.

**VII. So What?** (This is the first song on Miles Davis' classic album *King of Blue*; speakers should remember it!) What do we gain by an empirical picture of the contract system in action?

A. Are theories useful tools or are they ideologies in the service of power?

1. We might want to improve the cost/benefit ratio involved in the contract system if we wanted to make it easier to litigate and gain a declaration of rights plus adequate legal remedies.

a. Instead of taking this as a blanket overall policy, we might want to focus on those situations where a market economy really needs formal legal contracts which are readily enforceable.

b. If we try to seek formality and full enforceability too broadly, we may find that we will need broader laws of excuse and bankruptcy or we may be wasting effort to provide tools that never will be used.

2. We might, to the contrary, seek to recognize and legitimate compromise as the goal of the legal system and devise procedures to attain such ends.

a. Perhaps high cost barriers and uncertain payoffs are part of the best of all possible systems. (This is the Dr. Pangloss position!)

(1) People will litigate only important cases involving significant sums of money where there is a need for an authoritative declaration of rights.

(2) Otherwise people are given strong incentives to share losses, consider the interests of the other side, and work out solutions involving future business dealings.

b. To a large extent, this is the situation in international business

transactions, and its success should caution us about claiming too much for contract doctrine and litigation.

c. Of course, insofar as we see contract law as helping to empower the weak, we will be unhappy with bargaining in the shadow of the law.

(1) The Pangloss position rests on acceptance of the power positions of the parties; by definition, settlements do not bring the powerful to their knees.

(2) We might want to carve out special areas, as we have in my state, where we have different rules—we have an elaborate consumer protection and franchise legislation designed to give these weaker parties more bargaining power.

3. In the limited subset of cases where rights realization is important, we may want to create and perfect structures that will offer predictability and greater chances of gaining performance.

a. We can decide openly how far contracting should rest on anything that might be called choice and how far private govts should be able to impose liability in the guise of contract.

b. We can move from a rather simple correlation between Weberian formal rationality and market economics, to questions about how to gain trust and sufficient, but not total, security of transactions.

B. We should be able to ask about reform in the service of what interests? And we can face the transition costs of reform.

C. A modern economy can exist despite a substantively rational contract law. Perhaps we can remember that Shakespeare, in the Merchant of Venice, had Portia find a way not to give Shylock his pound of flesh.

1. In form, she just enforced the contract; in substance, Shylock was tricked and did not get the benefit of his bargain because of her sophistry. Others probably were deterred from claiming a

pound of flesh or, perhaps, they provided in their contracts that they could take all the necessary blood as well.

2. Shakespeare, however, never tells us whether Portia's attack on the rule of law injured the economy of Venice. Somehow, I suspect that it did not.

## ¿POR QUE SE CONTRATA?

**Manuel de la Puente y Lavalle**

Al llegar Robinson Crusoe a la isla que creyó deshabitada, dictó reglas para su propia conducta, tales como cuándo dormir, cuándo comer, cuándo cazar, cuándo pescar, cuándo limpiar la cabaña. Sin embargo, estas reglas podían ser variadas a su libre albedrío.

Posteriormente, al encontrarse con Viernes y convenir con él en llevar una vida en común, tuvieron que ponerse de acuerdo para distribuirse entre sí la práctica de los mismos menesteres.

¿Convirtió este acuerdo en obligatorios tales deberes para ambos?

La respuesta varía según la noción que se tenga de la autonomía privada.

Piensen unos, siguiendo a Kant, que la autonomía privada significa el poder absoluto de la voluntad, que es no sólo el principal elemento en la formación del acto jurídico y en la determinación de sus efectos, sino también el fundamento de su fuerza obligatoria. Esta concepción de la autonomía privada llegó a cobrar tal auge en el Siglo XVIII que fue incorporada a la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano", en cuyo Artículo 4º se declara que el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos.

Esta libertad, existente dentro de marcos tan amplios, permitió a los particulares crear todas las relaciones imaginables, sin verse costreñidos por límites legales que afectaran su autonomía, al extremo

que llegó a decirse que la “libertad es un bien, por lo cual la ley, que limita dicha libertad, es un mal”.

Tal concepción, llamada doctrina clásica de la autonomía de la voluntad, ha sido sintetizada del siguiente modo : “En la base de la construcción jurídica está el hombre, ser libre por naturaleza, amo de sí, responsable de sus actos. En la voluntad libre del hombre está el origen del derecho, el origen de la ley, el origen del acto jurídico. El derecho subjetivo es un poder de la voluntad; la ley obliga si la voluntad libre del hombre ha concurrido a su sanción; el acto jurídico -voluntad jurídica lícita, dirigida inmediatamente a crear, modificar, confirmar o extinguir una relación de derecho-, es fruto de esa voluntad libre, en la que debe hallarse no sólo el resorte de su formación, sino también de sus efectos precisos. Elemento esencial del acto, de ella deriva éste su fuerza obligatoria, y su fiel esclarecimiento es la más correcta norma para la interpretación”.

Si aplicamos la doctrina clásica de la autonomía de la voluntad, el solo acuerdo de voluntades entre Robinson Crusoe y Viernes, actuando a título particular, haría obligatorias las obligaciones convenidas entre ellos.

Frente a la doctrina clásica de la autonomía privada se yergue en el Siglo XIX la teoría normativista que, en la palabras de Ferri, “ha abierto camino a la idea que sólo la voluntad del Estado es fuente de derechos subjetivos; que los efectos jurídicos se producen por obra del ordenamiento jurídico, entendido este como el conjunto de normas creadas por el Estado. Al negocio se atribuye la sola función de dar existencia al supuesto de hecho al que la norma estatal liga el efecto jurídico o -como han dicho los alemanes con expresión imaginativa- la exclusiva función de liberar o desatar los efectos jurídicos ya fijados por la ley”.

Según esta teoría, los particulares al celebrar un contrato no constituyen un ordenamiento autónomo o distinto que el del Estado, sino uno que obra en el ámbito del ordenamiento del Estado. En otras palabras, la obligación que nace del contrato adquiere la naturaleza de vínculo jurídico sólo si se inserta en el ordenamiento jurídico del Estado. Norma pública y norma privada forman, por tanto, un ordenamiento único.

Si adoptamos la teoría normativista, el acuerdo entre Robinson Crusoe y Viernes, por no existir en la isla un ordenamiento estatal que le conceda efectos jurídicos, no sería obligatorio para ellos.

Sólo si Robinson Crusoe y Viernes decidieran crear un sistema de gobierno en la isla, aunque fuera constituido por ellos mismos, que dictara normas reguladoras de la vida en común, entre las que estuviera una que concediera fuerza obligatoria a las convenciones, entonces el acuerdo celebrado entre ellos sobre distribución de las faenas tendría valor vinculante y sería exigible compulsivamente.

De ser, como lo he sido, voluntarista en mi juventud, entusiasmado por la idea de la autonomía de la voluntad, con el correr de los años he ido derivando hacia el normativismo porque, en efecto, no encuentro razón de peso que justifique que la voluntad individual tenga en sí la potencialidad suficiente para crear relaciones obligatorias, ya que precisamente esa misma libertad permitiría al hombre deshacer lo que creó.

Con razón afirma Mosset Iturraspe que “la autonomía o soberanía de la voluntad nace de una delegación del orden jurídico. El Derecho, que por un lado coarta la superficie de la libertad existencial, devuelve como recompensa a la libertad jurídica de las personas el poder de dominar incontrastablemente sobre el ámbito sometido a su señorío”. En realidad, la autonomía privada debe ser rectamente entendida como el poder, atribuido o delegado por la ley a los particulares, de crear derechos.

¿Qué consecuencias tiene la adopción de la teoría normativista? Podría pensarse que, en principio, si la configuración del ordenamiento jurídico corresponde al Estado, habría sido necesario, para lograr un sistema jurídico completo y preciso, que el Estado dictara un conjunto de normas jurídicas que cubriera toda el área del Derecho.

En determinados sectores de la actividad jurídica ello ha ocurrido así, como es el caso del Derecho administrativo que regula minuciosamente todas las situaciones que pueden o deben presentarse, quedando excluida la participación del administrado. En otros campos, especialmente en el Derecho civil y muy particularmente en los contratos, las cosas han ocurrido de otro modo.

Al observar que lo que está en juego en el ámbito de las obligaciones es la creación de relaciones jurídicas que vinculan privadamente a los hombres para la satisfacción de sus propios intereses, el Estado consideró que no existe inconveniente conceptual alguno para que el ordenamiento jurídico confíe a los particulares la potestad de regular entre sí el contenido de sus respectivos derechos y obligaciones, desde que si lo que se encuentra en juego son intereses patrimoniales merecedores de tutela, es conveniente confiar esa tutela a quienes van a ser afectados por la regulación. Al fin y al cabo, cada contrato busca encontrar una solución particular a cada colisión o armonización de intereses opuestos o afines que surja entre las partes.

Fue así como el Estado se limitó inicialmente a establecer un marco muy amplio para que dentro de él los particulares ejercitaran su autonomía privada, esto es, el poder de regular entre sí sus derechos subjetivos. Creyó conveniente que bastaba prohibir que el contenido de los contratos fuera contrario a las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres, concediendo en lo demás una absoluta libertad de configuración del contenido contractual.

Empero, con el discurrir del tiempo, el propio Estado pudo comprobar que una libertad de tal magnitud, admisible cuando la sola igualdad jurídica se consideraba garantía suficiente para asegurar el equilibrio contractual, era contraproducente. Debido al cada vez más frecuente desequilibrio económico que se presenta en la celebración de diversas categorías contractuales, tales como los contratos de trabajo, de arrendamiento de viviendas, de transferencia de bienes y prestación de servicios en situación de monopolio, en los cuales suele existir una marcada desproporción en el poder de negociación de las partes, se da lugar a la presencia del contratante fuerte que impone sus condiciones con patente injusticia, frente al contratante débil.

Resultó necesario, pues, que el Estado, para combatir esta situación, estrechara el marco del contrato dictando reglas imperativas aplicables al contenido del mismo para mantener el equilibrio contractual mediante la protección del contratante débil. Es entonces, como dice Stiglitz, que se alteran los términos y se acuña la idea opuesta : “es la libertad la que esclaviza y es la ley la que libera”.

Se marca así el intervencionismo estatal en la contratación, que está recogido por la disposición contenida en el Artículo 1355° del Código Civil, cuyo texto es el siguiente : “La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos”.

Obsérvese que este artículo invoca consideraciones de interés social y público, con lo cual se pone de manifiesto que el principio de la autonomía privada está orientado no sólo a la finalidad, en cierto modo egoísta, del bien de los contratantes, sino a lograr también, mediante su adecuado ejercicio, una meta más alta, cual es el bien de la comunidad, lo que se explica en el concepto de “solidaridad social”.

Ha causado preocupación la tendencia a considerar el intervencionismo del Estado en la contratación como una manifestación de lo que, con mayor o menor propiedad, se ha denominado “socialización del contrato”.

Se piensa que esta socialización debe ser entendida en el sentido de aproximamiento al “socialismo”, con lo cual se le da una marcada connotación política. La similitud de las palabras ha dado lugar a esta asimilación.

Sin embargo, la utilización de la palabra “socialización” está orientada a poner de manifiesto que el Derecho civil (y también el Derecho de los contratos) debe inspirarse en el “espíritu de socialidad”, para atenuar su carácter individualista. Al respecto Vallespino expresa que el vocablo denota la rebelión del mundo jurídico contra el sistema individualista y cita a Germán Bidart Campos, quien señala que “la socialización, lejos de significar un curso hacia la colectivización de los bienes, hacia la propiedad común de los medios productivos, aspira a desfraccionar la riqueza mal acumulada y a descomprimir el poder económico”.

Dice Spota que “el contrato tiende a socializarse, es decir a tener un aspecto social, en el sentido que los derechos y los deberes deben ser ejercidos funcionalmente, sin desviar los fines económicos, los fines éticos, los fines sociales que el ordenamiento legal ha tenido en cuenta”, agregando que en su concepto, lo acertado sería hablar de la función social del contrato.

Miccio, por su parte, piensa que la locución tiende a expresar que las relaciones jurídicas deben ser sociales, en cuanto a desenvolverse en el campo social.

Para terminar este punto, conviene destacar que Hernández Gil, refiriéndose al rechazo de la individualidad por la socialización, aclara que la socialización ha recibido dos versiones jurídicas : una, la creación de un Derecho específicamente social; y otra, la revisión, desde el punto de vista social, del ordenamiento jurídico.

Debe tenerse presente que la Constitución de 1993 establece en su Artículo 62° lo siguiente : “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley”.

Conviene establecer cuál es el carácter de esta disposición, vale decir, si constituye una expresión de la doctrina clásica de la autonomía de la voluntad o si es una manifestación de la teoría normativista. Para ello es de vital importancia fijar la posición de este artículo con relación a la tónica que informa los artículos 1354° y 1355° del Código Civil en lo que se refiere a la autonomía privada.

Al respecto, es muy interesante destacar las dudas que han surgido sobre la interpretación del Artículo 1355° del Código Civil, que como se recuerda, dispone que la ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos. A fin de conocer el verdadero sentido de este artículo, se precisa conocer sus antecedentes.

La versión contenida en el Artículo 3° de la primera ponencia sustitutoria presentada por el doctor Max Arias Schreiber a la Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil de 1936 era la siguiente :

Artículo 3°.- La ley podrá por consideraciones de interés social, pú-

blico o ético, imponer estipulaciones o establecer limitaciones al contenido del contrato.

Las estipulaciones se considerarán automáticamente incluídas, formando parte de la declaración contractual.

Las limitaciones operarán también automáticamente, entendiéndose excluído del contrato todo lo que las contravenga.

En las sucesivas ponencias sustitutorias presentadas por el propio doctor Arias Schreiber se fueron introduciendo determinadas modificaciones orientadas a dejar en claro que las disposiciones imperativas integraban no sólo los contratos a celebrarse después de dictada la ley que imponía estipulaciones y establecía limitaciones sino también los contratos ya celebrados.

Sin embargo, en el vigente Artículo 1355° del Código Civil se ha suprimido la referencia hecha en las sucesivas Ponencias sustitutorias a que las reglas o modificaciones al contenido de los contratos sustituyen las cláusulas que en contrario hayan sido introducidas por los contratantes, no habiéndome sido posible conocer las razones de esta supresión. ¿Se debe a un rechazo a la inclusión automática en los contratos de las reglas o limitaciones, o bien a la consideración de que tal párrafo, por ser obvio, resultaba innecesario?

En sustento de la primera interpretación se ha aducido en primer lugar, que si un contrato ya ha sido celebrado con el contenido que le han dado las partes, las estipulaciones de dicho contrato son obligatorias entre ellas y no pueden ser modificadas por una ley posterior, porque ello equivaldría a crear una relación jurídica distinta de la convenida por los contratantes. En segundo lugar, que este procedimiento determinaría darle a la ley un efecto retroactivo.

Conviene reflexionar sobre estos argumentos. Para ello, debe tomarse en consideración que como el artículo 1355 dice que la ley puede imponer reglas imperativas y no meramente dispositivas. Lo que se impone o establece legalmente, obliga a su cumplimiento.

En estas condiciones, si el propósito del artículo 1355 fuera que las

reglas y limitaciones se aplicaran sólo a los contratos a celebrarse, este propósito ya habría sido alcanzado por el artículo 1354, que no permite que las partes den al contrato un contenido contrario a norma legal de carácter imperativo. El artículo 1355 resultaría, pues, innecesario y, por ello, no tendría efecto propio alguno.

Es preciso, por ello, encontrar al Artículo 1355° una significación que justifique su existencia, que explique su rol en nuestro ordenamiento civil, desde que una de las reglas de interpretación de la ley es que, a semejanza de los contratos, sus disposiciones deben interpretarse en el sentido en que tengan algún efecto y no en aquel según el cual no tendrían ninguno. Creo que esto sólo se logra interpretando dicho artículo en este sentido: las reglas y limitaciones a que él se refiere rigen también para los contratos que se encuentran vigentes en el momento de expedición de la ley que las establece.

Esta interpretación encuentra su justificación en las siguientes razones :

a).- La historia del Artículo 1355° revela que el legislador ha ido abandonando su criterio inicial de que las reglas y limitaciones sólo eran aplicables a los contratos a celebrarse. Como la única alternativa es que se apliquen también a los ya celebrados, tal abandono únicamente encuentra explicación si se entiende que el legislador ha optado por esta última solución.

b).- Esta opción guarda coherencia con el sistema civil peruano, pues el Artículo III del Título Preliminar del Código Civil dispone que la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, con lo cual se está aceptando la teoría de la aplicación inmediata de la ley, que no significa darle fuerza ni efectos retroactivos.

En tales condiciones, como el contrato constitutivo crea una relación jurídica patrimonial, toda ley imperativa dictada con posterioridad al mismo se aplica a las consecuencias de dicha relación, con lo cual se explica por qué las reglas y limitaciones impuestas por la ley son aplicables a los contratos ya celebrados, sin que esto signifique, por indicación expresa del citado Artículo III del Título Preliminar, que la ley tenga efectos retroactivos.

Pierde así sustento el argumento de que la aplicación de las reglas y limitaciones establecidas por la ley a los contratos ya celebrados importa admitir el principio de la retroactividad de la ley.

c).- Si los contratantes saben que, por razón del Artículo 1355° del Código Civil, las reglas y limitaciones que imponga la ley en el futuro se aplicarán a los contratos ya celebrados, no obstante lo cual celebran el contrato, están aceptando esta contingencia. Ello determina que uno de los efectos previstos al celebrar el contrato es tal aplicación.

Es razonable, pues, admitir que las reglas y limitaciones a que se refiere el Artículo 1355° del Código Civil son aplicables tanto a los contratos ya celebrados antes de dictarse la ley que las imponga como a los celebrados después.

Como síntesis de todo lo anteriormente expuesto puede llegarse a la conclusión de que si las reglas y limitaciones de que trata el Artículo 1355° del Código Civil existen antes de la celebración del contrato, se incorporan automáticamente a éste, siendo ineficaces las cláusulas que se estipulen en contra de ellas; y si las reglas y limitaciones se dictan con posterioridad a la celebración del contrato, las cláusulas existentes que fueran opuestas a ellas quedan automáticamente sustituidas, sin que sea necesaria una indicación expresa de la ley en ese sentido.

Cuando se discutía en el Congreso Constituyente Democrático el que después fue Artículo 62° de la nueva Carta Magna, se advirtió a su Comisión de Constitución que una declaración de rango constitucional en el sentido que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, daría lugar a que los jueces, por respeto al principio de la jerarquía de las normas, se verían obligados a preferir el proyectado artículo constitucional sobre el Artículo III del Título Preliminar y el Artículo 1355° del Código Civil, lo que determinaría un indeseable desconcierto en la administración de justicia. Además, habría lugar a la acción de inconstitucionalidad contra estos artículos, lo que sería aún menos deseable.

Pese a esta advertencia, el Congreso Constituyente Democrático aprobó el Artículo 62° de la Constitución con el texto proyectado, aduciendo que el principio de la libertad de contratar declarado por la nueva

Carta Magna, que garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato, justifica que los contratos así pactados no puedan ser modificados por leyes posteriores a su celebración.

Debe tenerse presente que el Código Civil entiende la libertad de contratar, más propiamente llamada libertad de configuración interna, en un sentido similar al que le otorga la Constitución, pues su Artículo 1354° establece que las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

Lo que ocurre es que a partir de esta inicial coincidencia, la Constitución deriva hacia la inmutabilidad del contrato por razón de leyes posteriores a su celebración, mientras que el Código Civil permite que leyes posteriores puedan imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos ya celebrados.

Producido el enfrentamiento entre la Constitución y el Código Civil, cuya consecuencia es la prevalencia de la primera sobre el segundo, conviene determinar dentro de qué línea jurídica se encuentra la Constitución.

Hemos visto que, a diferencia de la doctrina tradicional de la autonomía de la voluntad que postula que la voluntad humana es ley de sí misma y da vida a su propia obligación contractual, la teoría normativista reconoce que el poder de regular el contenido del contrato emana en principio del Estado, el que lo concede por delegación a los contratantes.

Parecería, a primera vista, que la prohibición constitucional de modificar por leyes los términos contractuales, al reconocer de este modo la santidad de los contratos, se orienta hacia la doctrina tradicional de la autonomía de la voluntad que deriva de la voluntad libre la fuerza obligatoria del contrato. Sin embargo, nada impide que dentro de la teoría normativista el Estado, pese a su poder de imponer reglas y establecer limitaciones al contenido de los contratos, se autolimita respecto de este poder, renunciando a la facultad de modificar un contrato ya celebrado.

La disposición del Artículo 62° de la Constitución, según la cual

los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes, no constituye de por sí, pues, un índice infalible sobre el sustento doctrinal de la libertad de contratar consagrada por nuestra Carta Magna, desde que puede sustentarse indistintamente en la doctrina tradicional o en la teoría normativista. Empero, el hecho mismo de ser la propia Constitución la que otorga a la libertad de contratar en el sentido de garantizar que los términos contractuales no puedan ser modificados por leyes, pone de manifiesto que esta garantía existe porque la Constitución expresamente la impone (tan es así que establece una normatividad distinta que la precedentemente consagrada por el Código Civil) y no simplemente se limita a reconocer su existencia, con lo cual nos encontramos dentro del campo de la teoría normativista.

En estas condiciones, la Constitución de 1993 no tiene en materia contractual un corte marcadamente voluntarista, que haga de la voluntad humana una ley de sí misma, sino que cabe afirmar que, al conceder a los particulares la garantía de pactar libremente según las normas vigentes al tiempo del contrato, se encuentra, en esta materia, en la misma línea normativista que el Código Civil. Esto no significa, sin embargo, que no exista incompatibilidad entre el Artículo 62° de la Constitución y el Artículo 1355° del Código Civil, por lo cual, dado el principio de jerarquía de las normas declarado por el Artículo 51° de la Constitución, los jueces deben preferir el primero, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 138° de la misma Constitución.

De ello se desprende que, si hipotéticamente la isla de Robinson Crusoe estuviera regida por la Constitución del Perú, con prescindencia de su Código Civil, no sería suficiente el acuerdo de voluntades entre él y Viernes para hacer obligatorias las convenciones que celebrasen entre sí, sino que sería necesario que se organizaran en un sistema de gobierno que dictara una norma en el sentido que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Sería en virtud de esta norma y no de la convención que el acuerdo de voluntades cobraría fuerza vinculante.

Puede ahora responderse a la pregunta que constituye el título de esta charla : ¿Por qué se contrata? En el Perú se contrata porque el Estado ha delegado en los particulares el poder de vincularse entre sí, al establecer en el Artículo 62° de la Constitución que las partes pueden pactar libremente los términos del contrato y al declarar el Artículo 1361° del

Código Civil que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Si dos personas desean crear voluntariamente una relación jurídica obligacional de ineludible cumplimiento, el contrato se los garantiza.

Este Congreso Internacional que nos reúne bajo los auspicios de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, tiene por tema principal tratar sobre el Derecho Civil Patrimonial. Acabamos de ver que el contrato es el instrumento jurídico necesario para crear voluntariamente una relación jurídica patrimonial, por lo cual tenemos que ocuparnos ineludiblemente del contrato en su función patrimonial.

El tema es de incuestionable actualidad porque existe una corriente de pensamiento muy moderna que analiza el derecho contractual desde un punto de vista económico. Para facilitar la aplicación de esta corriente de pensamiento se plantean en el sistema legal anglosajón diversos métodos, tales como la co-enseñanza de cursos de Derecho contractual por economistas; la inclusión de material económico en libros de casos y la preparación de material escrito suplementario.

Anthony Kronman y Richard Posner sugieren este último método para mostrar los esfuerzos hechos tanto por economistas como por abogados que tienen una inclinación por lo económico, para aplicar principios económicos a los contratos y al Derecho contractual. Para tal efecto destacan que el fundamental principio económico que ellos toman como punto de partida es que si los intercambios voluntarios están permitidos -si, en otras palabras, un mercado está en aptitud de operar- los recursos gravitarán hacia sus más valiosos usos. Ponen como ejemplo que si "A" es propietario de un bien que para él vale solamente US \$ 100.00 pero US \$ 150.00 para "B", ambos saldrán mejor parados mediante un intercambio del bien de "A" por el dinero de "B" a cualquier precio entre US \$ 100.00 y US \$ 150.00; y si ellos comprenden esto, realizarán el intercambio. Por el hecho de salir ambos beneficiados, el intercambio incrementará también la riqueza de la sociedad (de la cual ellos forman parte), asumiendo que el intercambio no reduce el bienestar de los terceros más que lo que él aumenta el bienestar de "A" y el de "B". Antes del intercambio -que digamos tiene lugar al precio de US \$ 125.00- "A" tiene un bien que vale US \$ 100.00 para él y "B" tiene US \$ 125.00 en dinero, o sea un total de US \$ 225.00. Después del inter-

cambio, "A" tiene US \$ 125.00 en dinero y "B" tiene un bien que vale para él US \$ 150.00, o sea un total de US \$ 275.00. El intercambio ha beneficiado el bienestar de la sociedad en US \$ 50.00. Agregan dichos autores que el principio es el mismo si hablamos de un collar de perlas, el tiempo de un abogado, una máquina para fabricar zapatos o un lingote de aluminio. La existencia de un mercado -un lugar de oportunidades para intercambios mutuamente beneficiosos- facilita el destino del bien o servicio en cuestión al uso en el cual es más valioso, maximizando con ello el bienestar de la sociedad.

Debo reconocer que estoy algo desconcertado por otorgar a esta operación el carácter de una manifestación del derecho contractual en sentido estricto.

Comprendo que ello podría parecer así, a primera vista, en el sistema legal anglosajón, donde el Derecho de los contratos está confinado a un intercambio de promesas futuras que la ley hará cumplir. En la mayoría de los casos una oferta de contrato es una promesa de una prestación que hace el oferente al destinatario a cambio de una promesa recíproca o de la ejecución de otra prestación. Por su parte, una aceptación es el nombre que se da a la acción (promesa o ejecución de una prestación) cumplida por el aceptante.

Tomemos un ejemplo para comprender mejor la situación: "A" promete a "B" que ejecutará una prestación determinada, como la construcción de una casa, si "B" se compromete a pagarle un precio. El contrato quedará formado en la oportunidad en que "B" formula a "A" la promesa de pagar el precio propuesto o efectivamente paga tal precio.

Puede observarse que el contrato no busca crear una relación jurídica entre "A" y "B" en la que existen derechos y obligaciones de las partes, sino que "A" se obliga directamente mediante su oferta a ejecutar una determinada prestación y "B", por su parte, se obliga directamente mediante su aceptación a ejecutar otra prestación. Se trata, pues, de un intercambio de promesas de prestaciones a cargo del oferente y del aceptante.

Se comprende que en un sistema legal de esta naturaleza, donde la oferta no contiene la propuesta de celebrar un contrato sino la promesa

de ejecutar una prestación, el factor económico juega un rol protagónico en la formación misma del contrato desde que la valorización de las prestaciones resulta del contenido de la oferta y de la aceptación.

En cambio, en el sistema legal neolatino la determinación de las prestaciones y la valorización de las mismas se efectúa normalmente en la etapa previa de la negociación, donde cada parte plantea sus expectativas para llegar a un acuerdo sobre el contenido de una proyectada relación jurídica entre ellas. Cuando esta relación queda definitivamente configurada en la etapa de la negociación, recién se llega a la etapa de la celebración del contrato, en la cual el oferente no propone ejecutar una prestación sino crear la relación jurídica convenida que contiene los derechos y obligaciones de ambas partes. El oferente propone simplemente al destinatario hacer obligatoria la relación jurídica obligacional mediante la aceptación de su oferta por el destinatario. Negociación de la relación jurídica y celebración del contrato son, pues, dos etapas perfectamente delimitadas.

Se comprende, por ello, que el Artículo 1362° del Código Civil diferencie la negociación, la celebración y la ejecución del contrato, requiriendo una buena fe-lealtad u objetiva en las etapas de la negociación y de la ejecución del contrato y una buena fe-creencia o subjetiva en la etapa de celebración del mismo.

La realización de un negocio no da necesariamente lugar a la celebración de un contrato. "A" y "B" pueden plantear, discutir y culminar un negocio -en el sentido de estar de acuerdo sobre la operación económica que proyectan realizar- y, sin embargo, no otorgarle carácter obligatorio a través de su conversión jurídica en un contrato. Por otro lado, es posible que "A" y "B" celebren un contrato que no plasme un negocio, como suele ocurrir con los contratos de confianza, tipo mandato o por persona a nombrar. Comprendo que esto puede parecer una sofisticada abstracción, porque es difícil en la práctica separar el negocio del contrato, pero debe tenerse en cuenta que nos encontramos en el campo de las ideas, donde es necesario precisar los conceptos.

Estamos trabajando con hipótesis, desde que nuestra labor es analizar si dos nociones conceptuales, el negocio y el contrato, se han identificado entre sí en el área del Derecho de tal manera que la una no tiene vi-

gencia jurídica propia sin la otra, por lo cual debemos proceder reflexivamente, sin dejarnos llevar por un atractivo anhelo de cambio expresado mediante la ruptura de los moldes tradicionales. No todo lo nuevo es necesariamente bueno. Creo con sinceridad que científicamente no es posible desconocer la diferencia entre el negocio que crea la voluntad de vinculación y el contrato que otorga valor jurídico a esta vinculación.

En realidad, la celebración del contrato es una operación jurídica de carácter técnico, donde se regula el juego de la oferta y de la aceptación como medios de exteriorizar el acuerdo de voluntades que se ha ido plasmando en la etapa de la negociación.

En estas condiciones, la intervención del economista, que está orientada a apreciar las ventajas económicas del negocio, se produce exclusivamente en la etapa de la negociación, sin requerirse la intervención del abogado. Las partes actúan en esta etapa, más que como sujeto de derecho, como negociantes, sumidos en la evaluación de las propuestas y contrapropuestas orientada a fijar el contenido económico del contrato.

Sólo cuando concluye la etapa de la negociación mediante el acuerdo sobre los términos del negocio, surge la etapa de la celebración, donde el abogado desplaza al economista, cuya labor ha terminado. Corresponde entonces exclusivamente al abogado desarrollar su operación técnica, apreciando la capacidad de los contratantes, la posible existencia de vicios de la voluntad, la eventual presencia de lesión, la absoluta conformidad entre la oferta y la aceptación, la oportunidad de una y otra, la adecuada exteriorización de estas declaraciones y, en fin, todo lo relacionado con la mecánica de la formación del contrato.

Lo que no llego a comprender es la necesidad, tanto en el sistema anglosajón como en el neolatino, de analizar el Derecho contractual desde un punto de vista económico. Pienso que el campo del Derecho contractual y el de la economía están perfectamente delimitados, siendo el primero el medio en el que actúa el abogado y el segundo el lugar de actuación del economista. Lo que sí ocurre es que ambos campos se complementan, pues el abogado viene a construir el contrato sobre el terreno que le ha preparado el economista. De la misma manera como no puede concebirse un contrato que no tenga un contenido patrimonial previamente determinado con el invalorable auxilio del economista, así también no

cabe dar fuerza obligatoria a dicho contenido sin la intervención del abogado. Ambos trabajan de la mano pero sin llegar a realizar la función de uno a través de la actuación del otro. El abogado no evalúa la conveniencia patrimonial del negocio de la misma manera como el economista no maneja la técnica del contrato.

No se trata, pues, de una colaboración entre el abogado y el economista en la formación del contrato, manifestada mediante la co-enseñanza de cursos de Derecho por economistas o la inclusión de material económico en los libros de casos, pues cada uno tiene su campo de acción perfectamente delimitado y ambos actúan en oportunidades diferentes.

Puede objetárseme que sigo los pasos de la recientemente criticada escuela vienesa de Kelsen sobre la pureza del método, que afirma que “si el Derecho es un objeto independiente y, por tanto, la disciplina jurídica es una ciencia autónoma, urge entonces apartarla de toda mezcla con otras ciencias...”

La objeción es fundada en parte porque creo que el Derecho y la Economía son dos disciplinas distintas, cuyos conocimientos apuntan a finalidades diferentes. El primero tiene por fin la determinación de las relaciones obligatorias de coexistencia y cooperación de los hombres entre sí. El Derecho es, en palabras de Santi Romano, un “ordenamiento jurídico”. La Economía, en cambio, es la ciencia que se relaciona con los problemas comunales de la vida económica”.

Tal como dice Bianca, el contrato no es reducible a una operación económica, debiendo entenderse esto : a) en el sentido de que el contrato es un fenómeno jurídico distinto respecto a la subyacente operación económica; y, b) en el sentido de que la relación contractual no es una simple resultante de leyes económicas. El contrato se distingue respecto de la operación económica en cuanto que él es el título jurídico sobre el cual se funda la operación. El contrato, precisamente, no es el intercambio de bienes y servicios sino el acuerdo, tácito o explícito, mediante el cual debe fijarse cuales son las prestaciones correspondientes a las partes. Es en base al contrato, pues, que la parte tiene el derecho de retener la prestación recibida o de pretender que la prestación sea ejecutada. Debe excluirse, como se ha dicho, la idea de que el contrato sea una simple re-

sultante de leyes económicas o la simple trasposición en términos jurídicos de un fenómeno económico.

La objeción es infundada porque estoy muy lejos de negar la importancia de la Economía en el Derecho, especialmente en el Derecho contractual. Según la definición contenida en el Artículo 1351° del Código Civil, el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear una relación jurídica patrimonial, siendo evidente que el elemento de la patrimonialidad entra de pleno en el campo de la economía. Tal como dice Diez-Picazo, una relación jurídica es patrimonial cuando versa sobre bienes e intereses que posean una naturaleza económica, lo cual ocurre cuando pueden ser objeto de valoración. Esta valoración y su influencia en la economía del contrato pueden y deben ser obra de economistas, quienes, de esta manera, participan en la concertación del negocio que constituye el contenido del contrato.

Quizá quien explica mejor la interrelación entre el contrato y la economía es Messineo. Nos dice que el contrato debe estudiarse en su aspecto sustancial (contenido), y en su aspecto estructural (forma). Desde el primer punto de vista, el contrato se manifiesta como entidad instrumental; desde el segundo, como entidad más estrictamente técnico jurídica. El contrato, cualquiera que sea su figura concreta, tiene un contenido constante : el de ser el centro de la vida de los negocios, el instrumento práctico que realiza las más variadas finalidades de la vida económica. De esto resulta que, como tal, el contrato lleva la vida económica y también la vida del Derecho. Desde el punto de vista estructural (y, por consiguiente jurídico) el significado del contrato es el de acto humano, esto es, precisamente, acto jurídico.

La tendencia moderna busca, con razón, dar cabida al economista en el aspecto sustancial del contrato, o sea el de su contenido. Es allí donde las futuras partes contractuales realizan su negocio y donde, cada día con más urgencia, se requiere la intervención activa del economista, porque es precisamente allí donde el contrato cumple su finalidad de ser el centro de la vida económica. En cambio, desde el aspecto estructural el contrato deriva hacia un campo dominado por la técnica jurídica, donde no se atiende al contenido sino a la forma, donde se da vida al acto jurídico. En este aspecto, la función del economista pierde sentido, porque la arquitectura del contrato, que es el campo propio del abogado

(construir el acto jurídico dotándolo del contenido que le ha proporcionado el economista), escapa a sus conocimientos.

Esto ocurre también, aunque de una manera peculiar, en el sistema legal anglosajón. En el ejemplo propuesto por Kronman y Posner, corresponde al economista demostrar que no obstante tratarse de un mismo bien, éste tiene para "A" un valor distinto que para "B", por lo cual conviene a ambos que "B" pague a "A" un precio intermedio entre el valor que le asigna cada uno. Pero una vez efectuada esta demostración y preparadas mediante ella las voluntades de "A" y "B" para celebrar el contrato, termina la labor del economista para empezar la del abogado, quien tiene a su cargo dirigir el intercambio de promesas que llevarán a la concertación del contrato.

Quizá lo que determina la diferencia de criterio entre la concepción anglosajona y la concepción neolatina del contrato es la finalidad de éste. Ya se ha visto que según el Artículo 1351° del Código Civil la finalidad del contrato es crear una relación jurídica patrimonial. Pues bien, de acuerdo con la definición dada por el Restatement of Contracts norteamericano, un contrato es una promesa o un conjunto de promesas por cuya violación la ley da un remedio, o la ejecución en la cual la ley de alguna manera reconoce un deber.

Lo que se busca en el sistema legal neolatino es el cumplimiento de la relación jurídica patrimonial creada por el contrato. Por ejemplo, si mediante un contrato "A" se obliga a construir una casa para "B" por un precio determinado, si "A" incumple su obligación por no ejecutar la prestación a su cargo, los primeros recursos de los que dispone "B" son, según el Artículo 1219° del Código Civil, el emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado o procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor. La indemnización de daños y perjuicios es sólo el tercer recurso del que dispone el acreedor.

En cambio, relata Atiyah que las Cortes inglesas raramente hacen cumplir los contratos mismos, y más raramente aún, ordenan a las partes ejecutar sus promesas. Generalmente hablando, el derecho no compele al cumplimiento del contrato, sino meramente da un remedio, normalmente el pago de daños y perjuicios por la ruptura. En la práctica, esto signifi-

ca que lo que la Corte ordena hacer a la parte infiel es raramente lo que efectivamente estuvo de acuerdo en hacer, y ello puede ser un punto de alguna importancia para entender los fundamentos teóricos del derecho contractual.

En el mismo sentido nos dice Furnish, que en los Estados Unidos el Derecho compensa al demandante, en caso de incumplimiento de un contrato, con una indemnización monetaria, siendo remota la posibilidad de obtener por sentencia el cumplimiento del contrato (specific performance). Se acoge así el principio de que entre las alternativas abiertas al obligado según un contrato siempre cabía la posibilidad de realizar un pago en caso de incumplimiento cuando ello le convenía económicamente, pues de otra forma habría un “desperdicio económico”. El contrato es, en esta visión, un fenómeno netamente económico que tiene un valor en dinero.

Esto explica quizá la diferente concepción de la finalidad del contrato que tienen la doctrina legal neolatina y la anglosajona. Si a esta altura de la exposición en vez de seguir preguntando ¿por qué se contrata? se formula otra pregunta ¿para qué se contrata? podría obtenerse la siguiente respuesta: en el sistema legal neolatino se contrata para lograr el cumplimiento específico de la relación jurídica obligacional creada por el contrato; en el sistema legal anglosajón se contrata para obtener una compensación económica en caso de incumplimiento de dicha relación. Queda patente así que una misma pregunta puede tener dos respuestas distintas según se trate del sistema legal dentro del cual se formula. Para nosotros, la respuesta está dada por el Artículo 1361° del Código Civil, según el cual los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, lo que significa que se contrata porque se quiere tener la seguridad de que el Derecho pone a nuestra disposición todos los medios legales necesarios para obtener el cumplimiento del objeto del contrato, o sea de las obligaciones creadas por él.

## LA ADECUACION DEL CONTRATO

Juan José Casiello

### a) El contrato, expresión de la libertad del hombre.

Muchas veces se ha repetido que la libertad es el principal de los dones de que Dios dotó al hombre. El principal de los dones y, a la vez, el más comprometedor. Pues la libertad es sin duda el don que provoca y condiciona compromiso del ser creado, ya que según el uso que el hombre haga de su libertad, se hará acreedor al premio o al castigo. La libertad lo pone por encima de todos los seres creados, que carecen de libre albedrío. Pero es, a la vez, su carga, su gravamen, su compromiso.

Este pensamiento nos sirve de portada para nuestro intento de poner de relieve la importancia primera del contrato en el mundo jurídico. Y es que el contrato, que aúna la voluntad de las partes para crear obligaciones, es, en esencia, una genuina y clarísima expresión de la libertad del hombre. El hombre, si desea contratar, (porque si no lo quiere no contrata), expresa su voluntad con libertad, la dirige hacia donde él quiere, para la consecución de sus propósitos y finalidades personales. Y en tanto encuentra una voluntad coincidente, que es su réplica y contrapartida -también expresada ésta con libertad plena- se ha concertado el contrato. Muestra, en definitiva, de dos libertades que coinciden en una declaración común, y de las cuales ha nacido un vínculo tan fuerte que las ha anudado como la ley misma. Tremenda virtualidad de la libertad, que puede costreñirse o cercenarse a sí misma.

La libertad, pues, es la esencia del contrato: se puede contratar como no contratar; se puede contratar en un sentido o en otro; el objeto, por un lado, y la finalidad que persigan los contratantes, por el otro lado,

pueden variar hasta el infinito. Sus límites están dados sólo por la capacidad creadora del hombre para imaginar vinculaciones o relaciones de contenido patrimonial, y, además, atento a la condición social del hombre, también por los derechos prevalentes de la sociedad en la que él está inmerso, llamémoslo provisoriamente, por ahora, el orden público en sentido lato.

**b) La concepción clásica del contrato : lazo que anuda la voluntad de las partes, costrñéndolas como la ley misma.**

No hay duda que esta concepción que estamos enunciando -la del contrato como expresión primera de la libertad del hombre, lo que se ha dado en llamar técnicamente "autonomía de la voluntad"- es cabalmente la concepción clásica. Pero cuando decimos "concepción clásica" no nos referimos a la idea histórica que hunde sus raíces en el Derecho Romano, y que, sin mengua de la fuerza vinculante de la voluntad, exigía la presencia de ciertas "formalidades" para determinar la eficacia del contrato. No, nos referimos a la concepción que reconoce su hito fundamental en el Code Napoleón, expresada de manera inequívoca en su Artículo 1134°, que dice que "las convenciones legalmente formadas tienen lugar de ley entre aquellos que las han hecho", "fórmula ésta que", como lo dijera Ripert, "le parecerá singularmente fuerte a quien recuerde el culto de la ley en el período revolucionario". Y fórmula, también, que coincide con la del Código Civil Argentino, Artículo 1197°, que expresa que "las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma".

Esta expresión, así textual, que identifica la firmeza del vínculo contractual con la fuerza del mandato legal, no se encuentra en el nuevo Código Civil del Perú. Sin duda, respondiendo a criterios más modernos, en la que aquella concepción monolítica de la fuerza del vínculo va dejando lugar a nuevas ideas que prefieren hacer brillar la justicia en el cumplimiento antes que la rigidez de lo pactado, se ha limitado a decir, en su Artículo 1361°, que "los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos". Pero, ¿se necesita acaso algo más para que no dudemos que los pactos deben ser cumplidos? Con todo, digamos que fórmulas como ésta, sin dejar de expresar la firmeza del vínculo, chocan menos, claro está, con las soluciones que contempla el derecho moderno,

y a las que luego aludiremos, que prevén en determinados supuestos la posibilidad de la revisión contractual.

Pero sigamos con la concepción clásica : ella proclama la autonomía de la voluntad en todo su rigor, enalteciendo al máximo el valor de la libertad : el hombre es libre de contratar o no, de dar a su pacto el contenido que le plazca. Y en cuanto ha ejercido su libertad al concertar el vínculo, el contrato que ha nacido lo obliga ineluctablemente, como lo obliga la ley misma : *Pacta sunt servanda*, así como *dura lex sed lex*.

¿Y porqué lo obliga al hombre ese contrato concertado en libertad? Pues, porque el contrato es justo. Razónese que lo que se promete y cumple en el contrato es lo que se ha querido. Y lo que se ha querido con libertad, obliga en justicia, pues la libertad del individuo tiene fuerza iurígena como para crear ese vínculo tan firme. "*Volenti non fit injuria*", en el antiguo vocablo. El hombre tiene poder para limitar su libertad.

La conocida frase de Fouillé : "quien dice contractual dice justo", corresponde a esta línea de ideas, deshechando la posibilidad de que el *pacto libremente concertado pueda encerrar una injusticia*. Y coincide con la expresión del filósofo, pues decía Kant, muerto antes de la vigencia del Código Civil francés, que "cuando alguien decide algo con respecto a otro, es siempre posible que cometa cierta injusticia, pero toda injusticia es imposible cuando decide para sí mismo". Lo contractual, es justo.

No dudamos en afirmar que en esta concepción del contrato existe un real contenido de derecho natural, y aún de la regla moral que debe regir la conducta de los hombres. Pues no significa otra cosa, esto de la obligatoriedad de lo libremente pactado, que el respeto a la palabra empeñada. Compromiso de conciencia, que es el antecedente y fundamento del compromiso legal.

Desde otro punto de vista, esa concepción del contrato enaltece el valor de la persona humana, en tanto importa respetar íntegramente su libertad, su libre albedrío : el contrato es una proyección de la libertad del hombre en el seno de la sociedad. Es, así, el contrato, una muestra inequívoca de la preeminente jerarquía del hombre dentro del orden de todo lo creado, donde todos los demás seres, fuera del hombre, proceden por necesidad, carentes de libertad.

Marco Aurelio Risolía, el jurista argentino recientemente desaparecido, refiriendo a esta noción clásica de contrato ha llegado a decir que “su mantenimiento o desaparición resulta el mejor índice para establecer si subsiste o no la personalidad humana con la plenitud de su derecho a la libre actividad creadora”<sup>1</sup>.

**c) Deterioro (o “debilitamiento”) de esta concepción clásica. ¿La crisis del contrato?**

¿Pero subsiste, en la hora actual, esa concepción clásica del contrato?

No hay duda que sin perjuicio de conservarse incólume la jerarquía del instrumento jurídico como primera fuente de las obligaciones, ya no subsiste hoy, en todo su alcance, y en ningún estamento del mundo occidental, esa idea de que lo libremente pactado es lo justo, y por eso debe cumplirse inexorablemente. Muy lejos de ello, aparece ahora jaqueada la “autonomía de la voluntad” : jaqueada por la ley, jaqueada por la autoridad de los jueces, jaqueada por la costumbre, pues a fuerza de repetirse, nos vamos acostumbrando también a las decisiones de los jueces que revisan o adecúan los contratos. En definitiva, se va haciendo conciencia en el pueblo, -tan fuerte como aquella conciencia sobre la fuerza del vínculo y sobre la autonomía de la voluntad- que ya no puede pretenderse a rajatablas el cumplimiento de lo pactado, cuando a través de ese cumplimiento se lesiona la justicia “conmutativa”, o, todavía más, cuando se agravia el bien común. Y nos hemos acostumbrado a entender, por fin, superando el espíritu individualista que nos viene desde el “iluminismo” francés, que ya no podemos contratar según nuestra voluntad libérrima, sino que ha de encauzarse esa voluntad nuestra en los carriles que nos propone, en forma imperativa, el orden jurídico positivo.

¿Pero es esto la “crisis del contrato”, como se ha venido llamando a este estado de cosas desde hace unos años?

Conviene aclarar algo sobre la noción de “crisis”. Por lo pronto,

---

<sup>1</sup> Marco Aurelio Risolía.- *Soberanía y crisis del contrato*. p. 110

no tiene ella, en esta materia, el significado de “desastre”, ni de “fracaso”. Ni siquiera de “enfermedad”. Con cita de Alterini<sup>2</sup> diremos que usamos de la palabra “crisis” al encontrarnos frente a una situación que no quisiéramos, y para aludir a un período “penoso pero pasajero”; “en el concepto de crisis, además de un elemento de desaprobación hay un elemento de esperanza”, agrega Alterini. Puede tratarse de una crisis de “depuración”, de una crisis de “crecimiento”.

Y esto es, cabalmente, lo que sucede con la llamada “crisis del contrato”. La expresión crisis, aquí, quiere significar “cambio”. Y cambio para bien, para una mejor idea acerca de la función del contrato, ajustada a los tiempos que nos toca vivir.

Ciertamente, la crisis no ha hecho desaparecer el contrato, sino que lo ha remozado, y le ha comunicado una nueva fortaleza que lo habilita y lo hace más apto para anudar en justicia una relación jurídica. Se trata, ya lo dijimos, de una crisis de crecimiento, de perfección, de mejora.

De otro lado, casi parece innecesario decirlo, esta “crisis” que denunciamos de ninguna manera es una crisis cuantitativa. Puesto que no desaparece la práctica de contratar, ni se reducen (ni extinguen) las figuras contractuales, los tipos de contrato. Muy lejos de ello, el fenómeno se da hacia el extremo opuesto : se pone de manifiesto, hoy en día, una vigorosa supervivencia del contrato como fuente obligacional, pues continúa siendo, y de lejos, la principal fuente de las obligaciones. Y más todavía, surgen día a día nuevas formas o figuras contractuales desconocidas en el derecho clásico, cuya creación se reclama impostergablemente y con premura, para dar respuesta a las crecientes necesidades del individuo, acuciado por las nuevas exigencias y modalidades del comercio, de los cambios y de las transacciones en el mundo de hoy. No hay “declinación” de esta “inmensa categoría jurídica”, como la llamaba el maestro Lafaille.

Nos parece propio, para terminar este acápite, traer aquí el pensamiento del gran civilista Josserand, que recoge en su obra ya citada el profesor Marco Aurelio Risolfá cuando se refiere a la llamada “crisis del

---

2 Alterini.- *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno.* p. 12

contrato”, y que dice así : “Parecería paradójico hablar de crisis en un tiempo en que la multiplicación de los contratos es asombrosa, ya que nunca se los ha concluido en mayor número y por intereses patrimoniales tan elevados. Cada vez más se vive contractualmente, expresa Jossierand. Y no sólo es el aumento cuantitativo el que merece destacarse. La gama de las categorías contractuales se enriquece con nuevas figuras, su formación se auxilia de nuevos recursos técnicos, y la institución en sí alumbrá nuevas obligaciones, antes ignoradas. ¿Cómo hablar, pues, de la crisis del contrato cuando aumenta su número, se diversifican sus especies y se abulta su contenido obligatorio? ¿Cómo hablar de crisis cuando el viejo clave contractual, según la frase del maestro de Lyon, ofrece a quien lo pulsa nuevos sonos y nuevas armonías? ¿O será preciso referirse a una “crisis de crecimiento” (son palabras del maestro francés), de la que hablará de resultar, decía, la “desromanización” del contrato, y su adaptación al mundo económico y social del Siglo XX?

Entendemos que nada más hay que decir sobre la tan traída “crisis” del contrato. No hay crisis, ya lo vemos. Sólo hay cambio, y cambio para bien, como lo veremos de inmediato, porque el contrato de los nuevos tiempos se acerca más a la meta de la justicia, que es en definitiva el fin del derecho.

d) Los diversos caminos o sistemas a través de los cuales se concreta el cambio en la concepción del contrato : 1) la intervención del Estado por medio de las llamadas “leyes de emergencia”, y de las normas de protección al consumidor; 2) las soluciones por intervención de los jueces : la resolución y la “adecuación” de los contratos.

De la fuerza monolítica del acuerdo privado, que recoge el dogma de la autonomía de la voluntad, sin cortapisas, tal como se había estructurado en el Code Napoleón y en los que siguieron sus aguas, se pasa, en transición que comienza a manifestarse en las primeras décadas de este siglo y que se agudiza en las finales, a un nuevo régimen de la contratación, ciertamente distinto.

Este nuevo régimen del contrato, con caracteres propios, afecta a los dos pilares que definen la institución según la concepción del Código Civil francés: alcanza a la libertad contractual; y también a la fuerza obligatoria del vínculo.

En la nueva tesitura, ya no podrá el contratante privado ejercitar en forma absoluta su libertad de contratar (o de no contratar) con quien quiera, y de hacerlo en el sentido y la forma que mejor le plazca: él habrá de sujetarse a determinadas pautas o carriles que le impone el Estado (las pautas del orden público) para que su contrato cobre validez. Y, de otro lado, aún habiendo celebrado un acuerdo formalmente válido, el contratante podrá verse afectado en la etapa de la ejecución del contrato, cuando el cumplimiento del pacto pueda lesionar gravemente la justicia conmutativa.

¿Cómo se concreta esta nueva concepción del contrato? ¿De dónde resulta esta nueva estructura, menos soberana y más flexible de la institución contractual?

Por un lado, se advierte la intervención del Estado, en su carácter de gestor del bien común, en dos direcciones determinadas :

a) en un primer sentido, para evitar el abuso del contratante fuerte sobre el contratante débil. Se arguye, con razón, que la justicia contractual -esa justicia propia de la relación privada conmutativa-requiere indispensablemente una por lo menos relativa igualdad de poder (económico y social) entre los contratantes. Si no existe esta igualdad, claro está que será más fácil que el fuerte abuse del débil, pues no hay libertad sin igualdad. La "libertad" del contratante débil está viciada, y por eso requiere el auxilio de la ley. Recordemos la frase de Lacordaire : "entre el fuerte y el débil, la ley es la que libera, la libertad es la que oprime".

b) En una segunda dirección, serán situaciones de emergencia (por la aparición de fenómenos económicos imprevistos), las que determinen la intervención del legislador para paliar, con normas de carácter general, las injusticias que la emergencia económica pudiera haber comunicado al negocio bilateral.

El Estado, en esa coyuntura, por vía del legislador o por decretos del poder político, dispondrá medidas que vendrán a alterar el contenido del contrato. Y no habrá principio de la "fuerza obligatoria del vínculo" que quiera oponérsele, porque el fundamento de la intervención del Estado veré el bien común, que, como ya lo sabemos, está por encima del interés de los particulares. Ejemplificando estas soluciones, en la Repúbli-

ca Argentina se dispuso, en una primera época, una moratoria hipotecaria y una reducción de los intereses pactados en los mutuos de dinero (esto, cuando la crisis económica muy aguda había determinado un crecimiento excesivo de la carga del deudor). Luego, vinieron las leyes de locaciones urbanas y rurales, que tuvieron vigencia por prolongado lapso, y que ordenaron una rebaja en el precio del alquiler, a más de una indefinida prórroga de los contratos locativos. Pero hubo, en mi país, otros muchos ejemplos, que sería prolijo enumerar.

Pero existe otra intervención en los contratos que también altera sustancialmente el postulado de la fuerza obligatoria del vínculo. Y estamos llegando con esto a la médula de nuestra disertación, como de inmediato lo veremos.

Se trata de la intervención judicial que ordena o sentencia la resolución del contrato, liquidando el vínculo jurídico; o bien, y esto es lo que más nos interesa aquí, puede también la intervención judicial disponer la modificación de los términos contractuales, o “adecuación” del contrato.

Sabemos que, conforme la solución clásica, los actos jurídicos -y entre ellos los contratos- podían ser impugnados en su validez por defectos en la formación del acto : así, cuando la voluntad del otorgante se hallare afectada por alguno de los vicios contemplados específicamente en la ley, tales, por ejemplo, los vicios de error, dolo, fuerza o intimidación, etc., los cuales, debidamente probados, debían derivar en la declaración de nulidad del acto.

Pero claro que esta solución, que declara nulo un acto por defectos graves en su formación, liquida al contrato, el que se rescinde o pierde eficacia por entero. Ya no hay acto ni contrato, y se considera que nunca existió.

¿Pero es ésta la salida o solución deseable? ¿Es esto lo que conviene al bien común, a la economía general, y aún al interés individual de los contratantes?

Pensamos que no. Contrariamente a esta salida tan drástica, los códigos en los últimos tiempos -modernos y no tan modernos, porque en

verdad estos arbitrios son conocidos desde antiguo- han ido incorporando nuevas soluciones legislativas que apuntan a la revisión de los contratos, a su reforma o “adecuación”, y no a terminar con ellos. Se salva el pacto, se convalida el acto, por vía de liberarlo del defecto o vicio que lo tornaba injusto. Se “recompone” el contrato, en una vuelta constructiva a la justicia y a la equidad. Es verdad que aquí también -según el criterio con que se lo mire-, se ha afectado el principio de la fuerza obligatoria del vínculo : pero se ha ganado en justicia contractual. Y se ha mantenido viva la transacción, el intercambio de los bienes que las partes instrumentaron.

Las soluciones de “adecuación” del contrato que nos ofrece el derecho contemporáneo son, sin duda, numerosas. Son muchos los recursos de que echan mano los jueces -jueces valientes, inteligentes, que no se atemorizan frente a la “nueva cara” de las instituciones- para encontrar salida al conflicto individual sin liquidar necesariamente el acto jurídico. Estas soluciones se encuentran en la ley, pero en mayor número, todavía, en la jurisprudencia, que hemos llamado inteligente, constructiva, realmente pretoriana.

Me referiré concretamente a mi país, a lo que ha sucedido en la República Argentina. Conocido es el grave proceso inflacionario que asoló a la República Argentina durante más de cuatro décadas, y que, felizmente, desde hace unos tres años, o más, está siendo superado, dando paso a una constructiva y esperanzada estabilidad. Pero nos interesa destacar ahora que, por virtud de esa grave inflación, que liquidó por entero la moneda -principal factor éste en la economía de intercambio-, los contratos onerosos, salvo los de cumplimiento instantáneo, sufrieron en la Argentina un total dislo que. Celebrado un contrato de duración, a término, o de tracto continuado, a poco andar la relación bilateral de relativa equivalenci ade las prestaciones, se alteraba. Y en ese camino, quedaban des truidas “las bases del negocio”, el “alma” del contrato, que ya no podía ser tenido, en justicia, como contrato de cambio bilateral.

Frente a ese estado de cosas, y ante el reclamo de los particulares que llevaron sus quejas al pretorio, los jueces -alentados por la labor precedente de la doctrina jurídica- encararon con valentía la búsqueda de soluciones : así, pese al régimen nominalista de la moneda que estructuraba el Código Civil, los tribunales de justicia comenzaron a ponderar, a

tener en cuenta, la depreciación de la moneda, y a ajustar las prestaciones contractuales correlativamente con ella. Se argumentó para ello con la mora del deudor (cuando hubiere retardo en el cumplimiento), que lo hacía responsable, claro está, de los daños y perjuicios producidos durante ese período moratorio, y por ello debía compensar la depreciación monetaria. Pero aún no ha biendo mora, esto es, cuando el tiempo o plazo para el cumplimiento resultaren del pacto, e igualmente se producía un violento desfase en el contrato por la depreciación monetaria operada en ese lapso, no pudiendo entonces imputarse responsabilidad al deudor, los jueces echaron mano de otros institutos : así, se acudió a la teoría del abuso del derecho, calificándose como abusiva y deleznable la pretensión de pagar un bien valioso - en contrato de compraventa o de servicios, por ejemplo- con moneda devaluada a niveles extremos. También se acudió a la teoría de la imprevisión, a la que referiremos luego. Se invocó , además, por los jueces, la necesidad de mantener en el contrato conmutativo, recíproco, una relativa equivalencia de las prestaciones cambiadas, como exigencia elemental de justicia, cuyo aseguramiento en la comunidad argentina era exigido por razones constitucionales. Y, en definitiva, fue también el texto de la Constitución Nacional el que sirvió de fundamento a ese ajuste de prestaciones para compensar la depreciación monetaria, pues se entendió, con verdad, que el crédito del acreedor de dinero era un bien de él, integraba su patrimonio, y que tal carácter gozaba de la garantía constitucional de la propiedad consagrada en el Estatuto fundamental del país.

En fin, señores, soluciones diversas, variadas, provenientes del ingenio de los jueces y de la doctrina de los juristas, para llegar a una salida de justicia.

Para terminar, nos referiremos concretamente a dos soluciones legales -y decimos legales porque se hallan incorporados prácticamente a todos los códigos de la nueva ola- que previenen específicamente la “adecuación” del contrato.

Queremos aludir a los conocidos institutos de la lesión y de la imprevisión contractual. Advirtiéndolo, claro está, que para no exceder nos en la extensión de nuestro discurso, sólo mencionaremos en este estudio los Códigos civiles vigentes en el Perú y en la Argentina, así como los proyectos de reforma del Código que se han conocido recientemente en este último país, en la República Argentina.

Sabido es que el primero de estos institutos, el de la lesión, viene a sancionar las ventajas patrimoniales “evidentemente desproporcionadas y sin justificación” (son palabras del Código argentino, en su Artículo 954°), que obtuviera un contratante explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia del otro.

En el Código Civil peruano, en vuestro Código (Artículo 1447°) se acoge la misma idea rectora del instituto, esto es, la rescisión operará cuando hubiere una “desproporción entre las prestaciones al momento de la celebración del contrato” que, se agrega, debe ser “mayor de las dos quintas partes”; recordemos que el Código de la Argentina, sin poner una tasa o medida determinada, sólo exige que la desproporción sea “evidente”.

Pero al margen de estas diferencias de grado de caracteres, que no hacen por cierto a la esencia del instituto, nos interesa señalar que en ambas soluciones legislativas se prevé, además de la rescisión del acto (en el Código argentino se habla de nulidad) la salida del “reajuste equitativo del convenio” según expresión que utiliza el Código argentino. Este también menciona, en el encabezamiento del artículo a que referimos, que podrá demandarse la nulidad o la modificación del acto jurídico”, y en su último párrafo dice que la demanda de nulidad “se transformará en acción de reajuste si este fuere ofrecido por el demandado al contestar la demanda”.

En vuestro Código Civil la salida del reajuste (o adecuación) si bien no es tan expresa y literal como la del Código argentino, puede también deducirse de los artículos 1450° y 1451°, en especial éste último que autoriza al demandado por rescisión a “reconvenir el reajuste del valor” de las prestaciones, acordándose un amplio margen de operatividad a los jueces, desde que la sentencia, en ese caso, reza el artículo, “dispondrá el pago de la diferencia de valor establecido”, con el aperebimiento, claro está, “de declararse rescindido el contrato”.

¿Y qué diremos de la “teoría de la imprevisión contractual”?

También en este caso, la revisión del contrato por motivo de onerosidad sobreviniente, de los dos Códigos, el vuestro y el de la República Argentina, prevén la solución del reajuste o adecuación de las

prestaciones. Pero a la inversa de lo que sucedía con la lesión, es ahora vuestro Código el que contempla en forma más directa la recomposición del contrato, al margen de su rescisión.

Dice, en efecto, el Código peruano en su Artículo 1440°, que en caso de excesiva onerosidad sobreviniente e imprevisible, “la parte perjudicada puede solicitar al Juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad”. Y termina el precepto expresando que sólo sobrevendrá la resolución del contrato si no fuere posible el ajuste por la naturaleza de la prestación; o bien si la resolución la solicitase el demandado.

A su turno, el Código de la República Argentina, en su Artículo 1198°, luego de recibir en su texto el postulado de la buena fe en el cumplimiento de los contratos, expresa que en los contratos bilaterales conmutativos, en el supuesto de excesiva onerosidad sobreviniente, que además sea imprevisible, “la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato”. Hasta aquí, según se ve, no hay posibilidad de corregir el desface, sino sólo de decretar, por el Juez, la resolución del contrato, o de rechazar el pedido, si no se encuentran reunidos los requisitos propios de la figura. Pero la salida por la “adecuación” del contrato aparece en el último párrafo del precepto, que textualmente reza : “la otra parte (esto es, la demandada) podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar los efectos del contrato”. Y esto, en verdad, ha sido completado por una doctrina constructiva, así como por la labor de la jurisprudencia, que en más de 25 años de vigencia de esta norma que comentamos ha dicho ahora, de manera casi uniforme en los ámbitos jurídicos de la Argentina, que según el espíritu de la ley, y el esfuerzo debido hacia la conservación de los actos y contratos, debe entenderse que el precepto legal autoriza a la parte perjudicada a demandar tanto la resolución como la adecuación o ajuste del contrato.

De modo que así, en el precepto del Código del Perú, como en el de la Argentina, en esta última en base a una inteligente interpretación de la norma, la excesiva onerosidad sobreviniente encuentra solución por vía de un ajuste de las prestaciones, sin que sea forzoso liquidar el vínculo contractual.

e) La adecuación del contrato y la justicia

A lo largo de esta disertación, hemos procurado mostrar la evolución sufrida por el contrato en un largo período.

De una concepción monolítica del contrato, sin fisuras ni alternativas, asentada en dos pilares incommovibles, a saber, el de la autonomía de la voluntad, y el de la fuerza obligatoria del vínculo que tiene, su partida de nacimiento en el Code Napoléon, se pasa, en la hora presente, a este nuevo contrato de nuestros días que se ha vuelto más respetuoso del orden público y del bien común, a la par que más flexible, más fácil de acomodarse a las nuevas circunstancias, más anheloso, en fin, de realizar la justicia en el cambio que instrumenta.

¿Pero esta nueva concepción acaso ha debilitado el vínculo? ¿Ha hecho perder majestad al contrato?

Respondemos negativamente sin hesitación alguna. Este contrato que se ajusta al bien común, y que realmente instrumenta la justicia conmutativa, no es menos contrato, ni menos firme, que aquel otro incommovible del Code Napoléon.

Por lo pronto, ha de coincidirse en que el contrato, como institución del Derecho que es, ha de estar informado por la justicia. Y la justicia general exige el respeto al bien común, como la justicia particular o conmutativa exige el equilibrio razonable en el cambio. Esto así, el contrato será tanto más valioso, será instrumento jurídico de mayor valía, mientras sin lesión del bien común realice concretamente la justicia del cambio que instrumenta.

Si el contrato no cumple esas pautas, él se descalifica por entero. Y bienvenida sean entonces las soluciones que por un lado ponen marco al contrato para evitar la lesión del bien común, como aquellas otras que autorizan la revisión del pacto cuando su cumplimiento literal y a rajatablas violenta la justicia conmutativa. Añadamos que esta revisión del contrato, o su adecuación a las pautas de justicia, no va en desmedro de la firmeza o intangibilidad del vínculo. Es que cuando, por vía de la teoría de la lesión se dispone el ajuste de las prestaciones, se está consiguiendo armar un contrato auténtico donde sólo había un remedo de con-

trato resultante de un marcado desequilibrio de poderes entre uno y otro contratante. Y cuando por vía de aplicación de la teoría de la imprevisión se reajustan o adecúan las prestaciones, se está reforzando la firmeza del vínculo originario, pues se vuelve al equilibrio primitivo, genuina exigencia del contrato, que el cambio de circunstancias había descalabrado.

Bien por la adecuación, pues. Pero cabe una última recomendación o advertencia : ha de ponerse prudencia suma y cuidado extremo en el uso de estos caminos o vías de adecuación del contrato. No olvidemos el apotema de “contratar es preveer” que nos declara Ripert. Y no olvidemos tampoco, que el contrato, en el mundo jurídico, es la más excelsa expresión de la libertad del hombre. Debe respetarse esa expresión de libertad que llevó al hombre a constituir, con otra voluntad libre como la suya, un cambio de contenido patrimonial.

Y sólo cuando resulte, a veces por el desequilibrio inicial evidente de las prestaciones, o bien por el desequilibrio sobrevenido que liquide las bases del acuerdo, que el pretendido contrato no merezca tal nombre, deberá intervenir entonces la justicia, con mesura pero con valentía, para recomponer el instrumento de cambio, y hacer de él un auténtico contrato.

## REFLECTIONS ON LEGAL REFORM IN RUSSIA

by Kathryn Hendley

Russia is in the process of making an unprecedented transformation on virtually every front. In the economy, we find a transition from state socialism to the market. In the legal realm, we find a transition from a society in which law was largely marginalized to one governed by the rule of law. In the political realm, we find a transition from one-party authoritarianism to a multi-party form of democracy. All aspects of the transition are inter-dependent. No aspect of the transition is complete, but important steps have been made away from the past. At the same time, the ultimate structure of post-Soviet Russia remains in flux. Whether the goal of creating a market democracy can be attained remains to be seen. Indeed, the end result of the transition will not be apparent for many years to come.

The focus of this article is on the intersection of legal and economic reforms in the transition process. The presence of a legal infrastructure that can facilitate market transactions is critical to the success of economic reforms. But what sorts of institutions are necessary? What kinds of laws are needed in order to establish the «rules of the game» for the market? What kinds of institutions and laws are capable of taking hold in the transition period, given the lack of societal knowledge about the market and the deep distrust of the government that built up during the Soviet period? These questions are of practical importance for the success of the transition in Russia and of theoretical importance in terms of understanding the dynamics of societal change more broadly.

In order to understand the current reforms and to predict their

likely outcome, it is necessary to begin by examining the context in which they arose. Institutions do not spring into existence fully-formed. Rather, they evolve gradually, and their eventual shape depends on the underlying culture and the nature of the institutions that precede them.<sup>1</sup> This is true even in the Russian case, where the new and old institutions would seem to have little in common, given that they are grounded in completely different ideologies. Thus, my analysis begins with a brief review of the role of law in the Soviet Union. Then, I turn to the reforms of economic law initiated by Gorbachev and Yeltsin. I examine the extent to which these reforms lived up to the rhetoric, and what the consequences are for society of any shortfalls. Finally, I close with some educated speculations about what the future holds for Russia, and whether there are any lessons to be learned from the Russian experience.

### **I- The Role of Law in the Soviet Union.**

During the seventy-four years that the Soviet Union existed — from the October Revolution of 1917 until the ignominious collapse of the USSR in December 1991 — law was used in a highly instrumental fashion.<sup>2</sup> Law became simply one of a set of policy tools available to political leaders in order to force their policy choices on Soviet society. The structure of the Communist Party as an elite vanguard party that was not publicly accountable to society facilitated the ultimate marginalization of law. In theory, the Party acted in the best interests of society. Over time, however, the rhetoric departed from the reality as Party members learned to manipulate law and legal institutions to serve their narrow personal interests.

Two aspects of the instrumental view of law that prevailed during the Soviet period are worth highlighting. The first is the vision of law as a tool available exclusively to the state. The second is the use of law as an expedient tool for achieving short-term goals at the expense of maintaining the legitimacy and autonomy of law.

---

1 See David Stark, «Path Dependence and Privatization Strategies in East Central Europe,» *East European Politics and Societies*, 6:1 (1992), pp. 17-54.

2 For a comprehensive analysis of Soviet law, see Harold J. Berman, *Justice in the U.S.S.R.*, rev. ed. (Cambridge: Harvard University Press, 1963).

Soviet law was conceptualized as non-inclusive and top-down. It represented a one-way projection of authority that reflected the interests of those in power. The masses had no role to play in the law-making process. Their only contribution was to obey the law unquestioningly once promulgated. Thus, law did not reflect their needs or interests. Elections were held, and duly-elected legislators voted on legislation, but it was an elaborate charade. Multi-candidate elections were not allowed; all legislators were members of the Communist Party, and rubber-stamped any laws that came before them.

The result was a sense of alienation on the part of society towards law. Ordinary citizens did not view law as a shield that could protect them from arbitrary action by the state, nor as a sword available to them in order to enforce their rights. To be sure, they saw the sword-like nature of law, but believed it to be a weapon available only to the political leadership. Law was an outside force that acted upon them repressively. Over time, a profound sense of distrust of law and legal institutions grew up.

Moreover, Soviet society lacked the intermediary institutions that might have helped citizens access the system or that might have assumed a gadfly role, holding the government and the Party accountable to the law. The groups that typically perform that function, such as the press or the bar, were thoroughly under the thumb of the Party. Issue-oriented advocacy groups were not allowed, except within the Party structure, where criticism of state policy would not be tolerated. Civil society was effectively repressed.

On a practical level, Soviet citizens were reluctant or unwilling to use the law in an affirmative fashion to protect themselves. Even where the statutory law seemed useful, they shrank back from mobilizing their rights, fearful of possible repercussions. They used the law only when it was absolutely necessary, as in divorce or housing matters. Otherwise, they avoided law and legal institutions. This fear and distrust did not end with the collapse of the Soviet Union. Attitudes towards law live on and must be reshaped if economic and legal reforms are to succeed in the post-Soviet context.

The second aspect of the instrumental view of law that prevailed in

the Soviet Union that deserves to be highlighted is the use of law as an expedient and flexible tool to accomplish short-term policy goals and to reshape society in the Marxist-Leninist image over the long run. History shows that law could be changed at any moment in order to serve the interests of the political elite. Law was not a source of stability within Soviet society. Indeed, just the opposite was true. At every level of the legal hierarchy — from the constitution down to administrative regulations — the rules could be changed almost instantaneously. Once again, this only served to deepen the distrust of law and legal institutions among the populace.

A concrete example may bring the picture into sharper focus. What role did law play in Soviet-era contractual relations? The answer to this question depends on how we define «law.» If we define law formalistically to include only written law, *i.e.*, the Civil Code of the USSR and the interpretive decrees and regulations, then we would conclude that law was not terribly important.<sup>3</sup> In the context of the command economy, the choice of business partners and substance of the resulting contract was generally dictated from above. Thus, the negotiation of contracts took place not in the shadow of the law, but in the shadow of the Communist Party.

Similarly, when a problem arose, enterprise managers tended not to pursue the matter in court. Economic courts (*arbitrazh*) existed; they had jurisdiction over disputes between state enterprises.<sup>4</sup> Indeed, the law ostensibly required managers to submit all contractual disputes to *arbitrazh*. Notwithstanding this legal obligation, managers preferred to turn to their bureaucratic superiors in the industrial ministries or to Party officials for assistance in putting pressure on the non-performing party. The underlying assumption was that administrative remedies were preferable to legal remedies.

---

3 See Goerge Armstrong, «The Evolution of the Concept of Fault and Impossibility of Performance in the Soviet Law of Contracts Between Enterprises,» *Review of Socialist Law*, 7:4 (1981), pp. 187-205.

4 See Stanislaw Pomorski, «State Arbitrazh in the U.S.S.R.: Development, Functions, Organization,» *Rutgers-Camden Law Journal*, 9:1 (1977), pp. 61-116; Heidi Kroll, «Breach of Contract in the Soviet Economy,» *Journal of Legal Studies*, 16:1 (1987), pp. 118-47.

Over time, what developed was a system in which law was largely irrelevant to the formation or enforcement of contracts. The foundation of the system was personal and/or political connections, not universalistic rules enforced by independent tribunals. The system was highly arbitrary and particularistic. Naturally, law could not possibly serve as a source of stability in such a system. In this world in which law served as a handmaiden to politics — to the needs of the Communist Party — the general attitude towards law became one of disdain and distrust.

## II- Perestroika-Era Reforms

Just how much did the system or the underlying attitudes change as a consequence of perestroika? Gorbachev came to power in early 1985. He was the first Soviet leader since Lenin to have been trained as a lawyer. He never actually practiced law; his career was spent within the Party bureaucracy.<sup>5</sup> Notwithstanding his apparatchik background, Gorbachev had a profound influence on law. Of all his law-related actions, the most important was to open a debate on the role of law. In 1987, he spoke of the need for a law-based state (*pravovoe gosudarstvo*) in the Soviet Union. Precisely what he meant by this phrase was somewhat obscure at the time, but the rhetoric alone acted as a breath of fresh air.<sup>6</sup> For the first time, Soviet scholars felt free to write frankly about the shortcomings of their system.<sup>7</sup> No longer was it obligatory to present the Soviet system as a paragon. To be sure, most scholarly articles still accentuated its positive features, but no longer denied its less successful aspects. This may seem like a small gain, but open discussion is necessary (though certainly not sufficient) for meaningful legal reform.

---

5 See Robert G. Kaiser, *Why Gorbachev Happened: His Triumphs, His Failure, and His Fall* (New York: Simon and Schuster, 1991); Zhores A. Medvedev, *Gorbachev* (New York: W.W. Norton & Company, 1986).

6 For a discussion of the meaning of *pravovoe gosudarstvo* which places the term in historical and theoretical perspective, see Harold J. Berman, «The Rule of Law and the Law-Based State (*Rechtsstaat*)», *The Harriman Institute Forum*, 4:5 (1991).

7 E.g., V.N. Kudriavstev and I.A. Lukasheva, «Sotsialisticheskoe pravovoe gosudarstvo», *Kommunist*, no. 11 (1988), pp. 44-55.

What precisely was Gorbachev advocating with his call for a law-based state? His rhetoric was high-minded. He spoke of the need for law to bind everyone equally, without regard for Party status. At the time, this seemed revolutionary. For the past seven decades, the preferential status of Party members had been accepted without question (and without discussion). In retrospect, however, we should recognize the very limited nature of Gorbachev's vision of legal reform. What he really wanted was for the existing system to work better. At a very basic level, his goal was for people to obey the law — both the statutory law and executive decrees. He recognized the inefficiency of having two standards of conduct. Not only did Party members disregard the law, ordinary citizens felt justified in going around it because it had no legitimacy within society. The concession on universal applicability was designed to boost its legitimacy —to make the law appear more fair and just. But it was a matter of appearances. Gorbachev never seriously questioned the top-down nature of Soviet law. He did not encourage societal participation in the law-making process. Indeed, when his electoral reforms gave life to a parliament that challenged his policies (or at least refused to rubber-stamp them), his response was to go around the parliament by issuing decrees.

Gorbachev's ideas about how to increase the legitimacy of law were certainly understandable in the context. He seemed to think that if laws that were substantively better and were made universally applicable, that this would increase respect for the law and would generate higher levels of obedience to the law. This mechanistic approach to law and legal reform follows naturally from the authoritarian models of political behavior that had long held sway in the Soviet Union. Gorbachev's tactics did nothing to encourage people to think of law as something new and different — as a positive force that could be used to protect and defend their legal interests.

His lack of comprehension of the importance of legal culture becomes clear when we look at the latter years of his regime. During this period, Gorbachev increasingly ruled by decree. This was particularly evident in the economic realm. Soon major discrepancies grew up between Soviet decrees and legislation. Adding to the confusion was the emergence of the Russian parliament as a potent political force. Thus, the contradictions in the law multiplied. Merely figuring out what the

prevailing law was became a challenge. People began to pick and choose among the various Soviet and Russian legal acts, obeying those that suited their purposes and ignoring those that did not. This image of law as a smorgasbord is not the ideal foundation for a new and more legitimate legal system.

Instead, it seemed like more of the same. Despite the high hopes that the introduction of the concept of the law-based state into political discourse had engendered, the net impact on the Soviet legal system of his tenure was negative. Gorbachev's rhetoric promised so much but delivered so little that it only served to harden the attitudes of skepticism and disrespect towards law that already existed.<sup>8</sup>

During Gorbachev's tenure, we also witnessed the gradual collapse of the state's capacity for enforcement. The intertwining of the state bureaucracy and the Communist Party apparat meant that the Party's fall from power left the state weak and ineffective. In a relatively short period, the Soviet state went from being (or at least seeming) all-powerful to being discredited and impotent. Both permutations of the Soviet state had a deleterious effect on law and legal culture. When too strong, the state (in the form of Party officials) is able to manipulate law to further the interests of those in power. In contrast, in the context of a weak state, law becomes an empty threat and/or promise. The common thread in the Soviet case is the absence of society in the law-making or law-enforcement process.

### **III- Contemporary Role of Law**

With the collapse of the Soviet Union in December 1991 came the emergence of B.N. Yeltsin as the undisputed leader of Russia.<sup>9</sup> Yeltsin had, of course, been a key player in Soviet politics for many years. He was one of the first prominent politicians to break openly with the

---

8 See generally George W. Brelauer, "Evaluating Gorbachev as Leader," *Soviet Economy*, 8:3 (1992), pp. 197-238.

9 The disintegration of the Soviet Union gave rise to the creation of 15 new countries, founded on the basis of the former republics of the Soviet Union. Russia was the largest of these successor states.

Communist Party. By the early 1990s, he was the president of Russia, and he used this post as a platform from which to push for increasingly more radical economic reforms.<sup>10</sup> When Russia threw off the Soviet yoke in January 1992, Yeltsin and his advisors acted swiftly to «shock» the Russian economy into a new market era.<sup>11</sup> Virtually all prices controls were lifted. The restrictions on wages were also liberalized.<sup>12</sup> In the subsequent months, Yeltsin's regime launched an ambitious program to privatize state enterprises.<sup>13</sup>

The combination of perestroika and the new more market-oriented reforms has effectively destroyed the institutions of the administrative command system, *e.g.*, the ministries and the Party. But Yeltsin and his advisors quickly learned that constructing new institutions was far more difficult than tearing down old ones. Building a market economy in a society that had known only state socialism for over seven decades has proved to be a daunting challenge — certainly more painful than the

- 
- 10 See generally Boris Yeltsin, *Against the Grain*, trans. by Michael Glennly (New York: Summit Books, 1990).
- 11 See Boris Yeltsin, *The Struggle for Russia*, trans. by Catherine A. Fitzpatrick (New York: Times Books, 1994), ch. 6; David Lipton and Jeffrey D. Sachs, «Prospects for Russia's Economic Reforms,» *Brookings Papers on Economic Activity*, 2: 1992, pp. 213-83.
- 12 Under the Soviet administrative command system, controls on wages had been imposed through rigid restrictions on wage funds. While eliminated on a formal level, to some extent they were replaced by tax regulations, which imposed high taxes on wages above a centrally-determined norm.
- 13 Privatization had begun in a half-hearted fashion under Gorbachev. The first Soviet privatization law was passed in July 1991, but the putsch of August 1991 and the turmoil that followed left little time or energy for privatization. Pre-1992 privatization tended to be ad-hoc in nature, and is often referred to as «spontaneous» or «nomenklatura» privatization. See Simon Johnson and Heidi Kroll, «Managerial Strategies for Spontaneous Privatization,» *Soviet Economy*, 7:4 (1991), pp. 281-316; cf. Michael Burawoy and Kathryn Hendley, «Between Perestroika and Privatization: Divided Strategies and Political Crisis in a Soviet Enterprise,» *Soviet Studies*, 44:3 (1992), pp. 371-402. For an overview of Yeltsin's privatization program, see Peter Rutland, «Privatization in Russia: Two Steps Forward, One Step Back?» *Europe-Asia Studies*, 46:7 (1994), pp. 1109-31.

short-term adjustment that Yeltsin implicitly promised the Russian people.

The transition to the market requires profound changes in institutions and underlying attitudes.<sup>14</sup> Indeed, an entirely new vocabulary is needed. Competition and profit become critical. A banking system, complete with a method of securing collateral, has to be created. Hard budget constraints, backed by a real threat of bankruptcy, have to be accepted by both the state and the business community. This list of institutional prerequisites for the market is far from complete.<sup>15</sup> The framework for these institutions is set by law. Thus, the transition requires a series of new laws that will facilitate market-based economic transactions.<sup>16</sup> As with institutions, the number of new laws called for is intimidating. Included are such basic *laws as* the civil code, corporate law, securities law and bankruptcy law. When Russia embarked on the transition in 1992, none of these laws was adequate to the task.

As difficult as institutional change (whether legal or economic) is, it pales in comparison to the task of reshaping attitudes and behavior. After all, institutions mean little if not embraced by their target audience. Economic actors have to be willing to alter their basic assumptions about how the economic system works. They have to recognize the realities of the market. In particular, they have to accept the limited nature of state subsidies; bankruptcy has to be a real risk. In the legal context, people have to be willing to use the new laws to defend and promote their interests vis-a-vis the state and private actors. As we've already argued, Russians have little faith in the ability of the law to serve their interests. Their assumption is that law is a coercive tool of the state and, therefore, to be avoided whenever possible. This legacy of skepticism regarding law only makes changing behavior more difficult.

---

14 See generally Douglass C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance* (Cambridge: Cambridge University Press, 1990).

15 See generally Oliver E. Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting* (New York: The Free Press, 1985).

16 See R.H. Coase, *The Firm, the Market and the Law* (Chicago: University of Chicago Press, 1988), ch. 1.

In order to concretize the problems associated with the transition, we now turn to three aspects of the ongoing process: (1) the adoption of a new civil code; (2) privatization; and (3) development of a market-based contractual regime.

#### IV- The Adoption of the Civil Code

The Russian Duma adopted a new civil code in October 1994.<sup>17</sup> In theory, this law is critical given that civil code provides the basic framework for all economic transactions. Moreover, it sets the tone for future legislation. On a superficial level, the code is impressive. It consolidates the law and contemplates multiple forms of property and many types of market-driven economic transactions. In preparing the new civil code, the Russian legislators sought counsel from a wide variety of foreign experts in the United States and Europe. There are, of course, important differences in the common law and civil law legal traditions with respect to corporate organization and other key elements of any civil code.<sup>18</sup> The Russian law does not fully endorse either approach, but tries to weave the two together into a set of norms that is appropriate for Russia.

Notwithstanding these positive attributes, serious doubts persist as to whether the new civil code will have the sort of practical impact anticipated. There are two primary reasons for this skepticism. The first is the evident gap between this law and the present-day Russian reality. As we have previously noted, the new civil code attempts to bring together the best from many different models. While the drafters traveled the world in search of advice, they made no serious effort to investigate the needs of Russian businessmen. Russians were, in fact, doing business in the absence of the civil code. It would seem to have been prudent to find out what sorts of legal instruments and norms had come to be accepted. To be sure, these norms are much less technically sophisticated than those created under the new civil code. Passing laws

---

17 *Rossiiskaia gazeta*, No. 238-239, 8 December 1994.

18 Compare Roberta Romano, *Foundations of Corporate Law* (Oxford: Oxford University Press, 1993) with Mark J. Roe, «Some Differences in Corporate Structure in Germany, Japan, and the United States,» *Yale Law Journal*, vol. 102 (1993), pp. 1927-2003.

that are significantly more advanced than actual practice can have the effect of stimulating change in behavior. But if the gap is too great, the law will be incomprehensible and, in all likelihood, will lie dormant. Given the extraordinarily underdeveloped nature of the Russian economy, and the lack of understanding of basic market concepts, we have to question whether passing a state-of-the-art civil code is a blessing or a bane. Whether Russian businessmen and their lawyers are capable of absorbing and using this new civil code remains to be seen.

The second source of skepticism about the potential impact of the civil code are the persistent problems with implementation. The weakness of the central state is troubling in this context. The civil code is a federal law and so Moscow should be assuming primary responsibility for its enforcement. But serious doubts exist as to the capacity of Moscow to exert its influence in the far flung regions of Russia. In other countries, we might place our hope in self-enforcement. We might assume that the instability of the transition period had given rise to a pent up desire for general rules. The underlying contempt for law provides little basis for hope. Despite what legislators might think, businessmen outside Moscow were not waiting with bated breath for this new law. The past decade has convinced them to rely on their wits rather than waiting for solutions from Moscow.

## **V- The Process of Privatization**

Privatization is a second key element of the transition to the market. The architects of privatization have declared it to be a success.<sup>19</sup> In support of this claim, they point to the number of former state enterprises that have gone through privatization and to the number of shareholders that now exist. Such statistical evidence could be countered by the staggering number of enterprises that have been forced to cease production following privatization due to an inability to access new markets or new sources of financing. Such data do not trouble the supporters of Russian privatization; they dismiss them as inefficient firms that should have been closed.

---

19 E.g., Maxim Boyko, Andrei Shleifer and Robert W. Vishny, «Privatizing Russia,» *Brookings Papers on Economic Activity*, 2 (1993), pp. 371-402.

Whether the number of privatized firms accurately capture the relative success of privatization is unclear. These quantitative indicators are helpful only if we consider the goal of the privatization process to change the structure of enterprises. It is undeniable that a substantial percentage of former state enterprises have been corporatized and transformed into joint-stock companies through the privatization process. It is also undeniable that this transformation has taken place at an unprecedented speed. Indeed, the bulk of Russian enterprises were privatized between 1992 and 1994 — two short years. But changing the legal form of the enterprise is only a means to an end: it is necessary but not sufficient. The ultimate goal of privatization is to increase the efficiency of Russian firms and, ultimately, to make them capable of competing in the global marketplace. Quantitative indicators provide little insight into whether progress is being made towards changing how the Russian business is run. Merely reconstituting the managers as a board of directors, and the general director as the chairman of the board does not necessarily cause them to behave any differently. Along similar lines, merely printing and distributing stock certificates does not cause people to question management policy and otherwise to behave like shareholders.<sup>20</sup> Whether a qualitatively new relationship now exists between workers (as shareholders) and management is highly questionable.

But side-stepping the debate over the wisdom of rapid privatization as an economic policy and turning to its legal aspects, we find that it has had a pernicious effect. Like most aspects of Russian economic reform, privatization was carried out in a top-down fashion. Indeed, for the most part, the rules governing the privatization process are contained in executive decrees, rather than in legislation. Yeltsin and his advisors

---

20 The difficulty of creating shareholders in a society that had never allowed passive forms of investment or private property is further complicated by the fact that most enterprises are owned by their employees. For a comprehensive discussion of the three methods of privatization available in Russia, see Roman Frydman, Andrzej Rapadzynski, John S. Earle, et al, *The Privatization Process in Russia, Ukraine and the Baltic States* (London: Central European University Press, 1993).

were unable to convince legislators to accede to their vision. The response was not to seek compromise, but to go around the legislature.

This has troubling implications for the prospects for real democracy in Russia. But it creates more practical problems for the legal system. The end result was that the law governing privatization and the law governing the operations of privatized firms was sprinkled throughout many different decrees. Merely determining the substance of the law was almost impossible. Requiring that people wade through endless decrees in hopes of finding the relevant provisions is hardly a recipe for convincing the skeptical populace to obey and use the law. To some extent, the piecemeal nature of law has been ameliorated by the adoption of the civil code. But not entirely, for the civil code provides that privatization decrees can serve as a source of company law.<sup>21</sup> In any legal system, transparency of law is important. It is, however, particularly important in Russia where there is a tradition of non-publication of law and secrecy.<sup>22</sup>

## VI- Contracts

The third aspect of the transition process to be examined is the effort to construct a new market-based contractual regime. As with privatization, on the surface the changes over the past five years are remarkable. The national economic plan no longer exists. Thus, success is no longer judged by plan fulfillment; profitability has become the watchword among Russian businessmen. Enterprises are no longer beholden to industrial ministries; they can set their own production profiles and schedules. Each of these seemingly positive developments has its negative side. For example, the expansion of enterprise rights has been matched by an expansion of duties. The industrial ministries no longer guarantee a steady supply of needed inputs. In addition, enterprise management now answers for sales; output is not allocated by central authorities. While liberating management to sell to whomever it

---

21 Article 96-3, Civil Code, *Rossiiskaia gazeta*, No. 238-239, 8 December 1994.

22 On transparency, see Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, rev. ed. (New Haven: Yale University Press, 1969).

chooses, it also opens up the very real threat that it will be unable to sell all of its output. This, in turn, gives rise to the threat of bankruptcy.

The collapse of the administrative-command system has caused a general unravelling of the system of contractual relations. Contractual partners used to be dictated from above, and ministries used to act as contractual enforcers of last resort. Now enterprises are on their own. In theory, the breakdown of the institutional status quo combined with the absence of any single dominant group within society that is able to impose its will on society should give rise to a demand for universalistic rules that will serve as a kind of baseline. Since no single group or individual can dictate the «rules of the game», there should be a collective longing for some compromise solution. Law can act as this compromise. Though it serves no one's interests totally, it establishes a relatively neutral set of rules that serve as a framework for economic transactions (both in formulating them and in subsequent disputes). The goal is to create a relatively level playing field, both in terms of substantive law and legal institutions.<sup>23</sup> To rephrase the argument in the Russian context: the collapse of the Communist Party and the institutions of the command economy left a political vacuum that could have been «filled» by law.

This is, of course, only one possible scenario for the future of Russia. Although any final judgment would be premature, Russian legal culture seems to be developing in a different direction. As before, trading partners enter into written contracts that memorialize their agreement. But they still mean little in practice; perhaps even less than before. Thus, rather than seeking stability in generally applicable rules, economic actors continue to rely on their networks of personal relations. Efforts to adapt are focused on reconstructing these networks in the wake of the fall of the Communist Party rather than on petitioning Moscow for better substantive laws and more effective enforcement. In many cases, these new networks include organized crime elements, which have stepped into the void as private contract enforcers.

The question of why law has not become more important in con-

---

23 The argument is inspired by the work of Max Weber, *Economy and Society*, eds. Guenther Roth and Claus Wittich, vol. 1 (Berkeley: University of California Press, 1978).

tractual relations cannot be easily answered. The lack of trust in law and legal institutions plays a significant role. Pursuing legal remedies is rarely the easy way out when a dispute arises. If the rules are not clear and the institution that resolves disputes is assumed to be corrupt, then the failure to resort to the law becomes understandable. The Yeltsin government has tried to address some of these concerns. It instituted a major reform of arbitrazh. The jurisdiction of these economic courts was expanded to include disputes between all types of business organizations.<sup>24</sup> Arbitrazh was also reconstituted as arbitrazh courts, thereby raising its prestige as an institution and the status of the decision makers. But the reforms have proved inadequate. The arbitrazh courts' enforcement powers are limited. As a result, a party who prevails can never be sure that it will actually be able to recover on the judgment. Moreover, arbitrazh courts are limited to monetary damages, which is of little interest to managers who cannot go out into the marketplace and purchase replacement goods. Over time, as markets develop and competition becomes a reality, we would expect that monetary damages would become more appealing to Russian businessmen.

A second reason why law continues to be rather peripheral to contractual relations is the prevalence of monopolies within Russian industry. If an economic actor believes that there is only one possible source for a particular item, then he is unlikely to challenge that trading partner — even if that trading partner engages in patently illegal acts. Once again, we would expect this factor to become less potent over time, as monopolies dissipate under market pressure.

Finally, we should not neglect the role of organized crime. As noted above, in some cases, the stability that might have been provided by law is actually being provided by private actors. Such stability achieves the short-term objective of forcing a trading partner to comply with the terms of a contract. But the long-term implications of relying on private enforcement are troubling. There is, of course, no recourse from a decision (as there would be in court). The encroachment of organized crime into traditional state functions, such as contract

---

24 During the Soviet period, arbitrazh had been limited to resolving disputes between state enterprises.

enforcement, tends to harden the distrust of ordinary citizens for law and legal institutions. The end result is to make it increasingly difficult to build the legitimacy for law that is so essential if people are going to embrace it as a means of protecting themselves.

## VII- Conclusions

Russia provides few rays of hope for the development of a legal culture in which people respect and use the law. The question to be considered is whether Russia is unique or whether there are lessons to be taken away from its experience. Certainly, Russia's history is unique, but then so every country has its own history. Perhaps the attitudes about law were more extreme than elsewhere, and there was a greater willingness to use law in an openly instrumental fashion. But this is a pattern that is common to many countries.

When we move our focus to the present day, we find that the experience of Russia parallels that of other developing countries. The tragedy is that the same mistakes keep repeating themselves in different parts of the world. There seems to be an unwillingness to learn from the past. Each new campaign for legal development makes the same discoveries.

Three general lessons stand out from the Russian experience. All are inter-connected. The first is the limitation of top-down reforms modeled on foreign experience. In order to have a long-term effect, law cannot simply be forced on society from above. It has to answer the needs of society — it has to respond to some «demand» (whether or not this demand has been articulated). Some kind of formal feedback mechanism should be created in order to make it easier for legislators and other decision-makers to take real life into account. Second, destroying institutions before new ones exist to take their place may create chaos. Even if the old institutions function poorly, it may make more sense to build on their foundation, rather than leaving a vacuum. Finally, while stability can be assumed to be desired by society (particularly by economic actors) law is not the only source of such stability. If the law is silent or falls short of what is needed, then people will seek and find stability elsewhere.

## RELACIONES REALES EN LOS CONTRATOS DE LEASING Y FIDEICOMISO

**Jorge Avendaño Valdés**

El tema central de la presente exposición son las relaciones reales que se generan a partir de los contratos de fideicomiso y de leasing, y aunque no me voy a ocupar de los aspectos contractuales de estos dos contratos, haré una referencia simplemente superficial al contrato de fideicomiso y al contrato de leasing, sólo para ubicar el tema contractual.

La mayor parte de la explicación se centrará en la clase de relaciones reales que se generarán a partir de estos contratos, porque evidentemente hay que preguntarse en ambas figuras contractuales qué derechos reales hay en juego, hay propiedad, hay posesión, quién tiene posesión, qué efectos producen estas relaciones reales en caso de enajenaciones de los bienes por su legítimo titular o por quien no lo es, en fin, qué pasa tratándose de los bienes muebles, que pasa tratándose de los bienes registrados, que pasa tratándose de los bienes inmuebles.

También es pertinente preguntarse si con estas figuras contractuales se habrán creado nuevos derechos reales, con lo que habremos alterado o modificado lo dispuesto en el Art. 881 del Código Civil, que nos dice que solamente son derechos reales los regulados en este libro y en otras leyes, el famoso tema del numerus clausus en los derechos reales.

Tanto el fideicomiso como el leasing son contratos que no están regulados en el Código Civil, están regulados en leyes especiales. La exposición de hoy pretende dar una breve explicación de cada una de las figuras contractuales empezando por el fideicomiso y siguiendo luego por una serie de inquietudes de carácter real que se suscitan a propósito de estas figuras contractuales.

El fideicomiso está regulado en el Perú por la Ley de Instituciones Bancarias Financieras y de Seguros, Decreto Legislativo 770, de un modo detallado y con mucha prolijidad.

El fideicomiso es un negocio jurídico por el que una persona atribuye a otra una titularidad de derecho (después veremos si esa titularidad es derecho de propiedad o no) a nombre propio de esa persona, pero estableciendo esta titularidad del derecho en interés de un tercero o en interés del propio transmitente de la titularidad, de manera que hay tres personas involucradas en la relación jurídica, aunque ella es celebrada sólo por dos: un fideicomitente que es el instituyente del derecho, un fiduciario que es la persona que merece fe y al que se le llama también fideicomitente fiduciario. Finalmente hay un beneficiario de esta relación que es el fideicomisario. Como vemos esta no es la figura típica del negocio jurídico.

De este modo, si yo quiero establecer un fideicomiso acudo a un banco (porque conforme a la normatividad vigente sólo las instituciones bancarias, etc., pueden ser fiduciarios) y le encargo la realización de una actividad jurídica. Así, por ejemplo, transfiero al banco un inmueble en propiedad y establezco que dentro de diez años tiene que enajenar este inmueble a mis tres hijos mayores, estableciendo un usufructo en favor de uno de los hijos de ellos tres. Como puede verse, el fiduciario es la persona que merece mi fe y queda encargado del cumplimiento de esta actividad jurídica. Así el fiduciario tiene que realizar esta actividad jurídica en beneficio de un tercer que es el fideicomisario.

Nada impide (la doctrina lo admite universalmente y las legislaciones también) que el fideicomiso se establezca en favor del propio fideicomitente, en cuyo caso ya no hay tres partes involucradas en el asunto: fideicomitente, fiduciario y fideicomisario sino simplemente fideicomitente y fiduciario, de tal manera que el beneficiario del negocio jurídico resulta ser el propio fideicomitente, el que ha hecho el encargo al fiduciario.

En el fideicomiso hay un único negocio jurídico (esta unidad del negocio jurídico es muy destacada por la doctrina) que contiene dos relaciones: una de carácter real y otra de carácter obligatoria.

La relación de carácter real hace posible la transmisión de derechos del fideicomitente al fiduciario, que puede ser una transmisión de derechos de propiedad, de derechos de crédito, un usufructo o lo que fuere, pero hay una transmisión de derechos.

Por la relación de carácter obligatoria, el fiduciario queda obligado frente al fideicomitente a retransmitirle el bien de derecho a él o transmitirlo a un tercero.

La doctrina insiste mucho en la unidad de la relación jurídica y en los dos aspectos o las relaciones jurídicas involucradas dentro de ella: la de carácter real y la de carácter obligacional o personal. Evidentemente, en esto hay un fin; la actividad jurídica que realiza el fiduciario siguiendo las instrucciones del fideicomitente, que en el ejemplo citado consiste en enajenar el bien al cabo de diez años a tales personas, estableciendo un usufructo en favor de una cuarta persona.

El fideicomiso recae sobre toda clase de bienes. Así, puede recaer sobre bienes inmuebles, sobre bienes muebles, sobre derechos, sobre un patrimonio. De hecho, el fideicomiso va a dar lugar a la formación de un patrimonio autónomo, pues aunque se transmita la propiedad al fiduciario, (al encargado del cumplimiento de esta actividad de la cual hablamos), esa propiedad no va a integrar su patrimonio, pues la insolvencia del fiduciario no va a afectar al inmueble en cuestión, punto que se analizará más adelante.

De este modo, el fideicomiso puede consistir en un bien inmueble que se transmite con determinado encargo, puede consistir también en bien mueble o un conjunto de bienes muebles, o en derechos de cualquier naturaleza: derechos de carácter administrativo, derechos de propiedad intelectual, derechos de crédito, y puede, finalmente, consistir en un patrimonio, pues nada impide que, de acuerdo a las teorías patrimoniales nuevas que conocemos derivadas del Derecho alemán, que se afecte un patrimonio como si se tratara analógicamente del establecimiento de una fundación, así por ejemplo, el fideicomitente puede ser dueño de una farmacia constituida como empresa individual de responsabilidad limitada y tener activos y pasivos. El Fideicomiso puede versar sobre la farmacia como conjunto de derechos y obligaciones, en cuyo caso no son bienes singulares sino una universalidad jurídica, un patrimonio.

## ¿Cuál es la naturaleza jurídica del fideicomiso?

Sobre este tema hay infinidad de teorías que no es el caso analizar hoy. Simplemente, para efectos normativos, cabe señalar que algunos lo conciben como un mandato, porque hay un encargo de por medio; otros como una derivación de la doctrina del patrimonio -afectación de origen alemán de la cual se habló brevemente; otros hablan del desdoblamiento del derecho de propiedad, y otros finalmente hablan de aceptar la propiedad fiduciaria, o negarla. En fin, hay muchas teorías, pero corresponden a los aspectos contractuales de la figura, que son ajenos a la presente exposición, circunscrita a los aspectos reales.

El tema principal consiste en lo siguiente: ¿Hay una verdadera traslación de dominio al fiduciario? este es el tema. En el ejemplo citado, he encargado a un banco establecido en el Perú que reciba en propiedad una casa mía durante diez años, incluyendo los frutos, y le doy las instrucciones correspondientes de lo que debe hacer con los mismos durante esos diez años. De este modo, ese banco queda instruido para transmitir la propiedad de esa casa a mis tres hijos mayores dentro de diez años, y establecer un usufructo en favor del menor tal o cual; el banco se convierte en propietario de este inmueble durante estos diez años, ¿hay transmisión de propiedad?. La mayoría dice que sí, nuestra ley también dice que sí, el artículo 326 del Decreto Legislativo 770, de ahora en adelante Ley de Bancos, dice textualmente “el fiduciario adquiere la propiedad de los bienes y la titularidad de los derechos -pero precisa- sujeto todo eso al cargo de atender con ellos al cumplimiento de las finalidades señaladas en el instrumento constitutivo”. Sin embargo, tendríamos que hacer aquí una pequeña digresión, ¿qué clase de propiedad es ésta?

Todos sabemos que la propiedad confiere a su titular tres derechos que conocemos desde siempre: el derecho a usar, el derecho a disfrutar, el derecho a disponer, y tiene determinadas características como dice la doctrina: se trata de un derecho real, absoluto, exclusivo, perpetuo.

Claramente vamos viendo en el ejemplo citado, que este banco al que le he transferido la propiedad de un inmueble durante diez años indicándole la forma en que debe transferirlo después de ese lapso, va ha tener un derecho que no es absoluto, pues el banco no puede hacer lo que quiere, tiene que cumplir con el encargo. Tampoco tiene un derecho per-

petuo, porque su derecho de propiedad está circunscrito a diez años, de manera que podríamos decir que se están violentando de alguna manera aspectos fundamentales del derecho de propiedad, es decir los atributos y caracteres del derecho de propiedad, en particular caracteres como la perpetuidad y lo absoluto de este derecho.

Todos sabemos que el derecho de propiedad ya no es lo absoluto que se dijo en el Código Napoleónico, todos sabemos que el derecho de propiedad tiene hoy una serie de limitaciones que derivan del interés social, de su función social, pero dentro de esas limitaciones y dentro de lo relativo que son todos los derechos, el derecho de propiedad sigue siendo absoluto, ya que comparativamente con relación a los demás derechos sobre las cosas, confiere a su titular todas las facultades posibles, por lo menos comparativamente. Es así como se entiende este carácter.

Sin embargo, ese banco fiduciario del cual estamos hablando en vía de ejemplo, no tiene un derecho absoluto, no puede hacer lo que le parezca con el inmueble, tiene que cumplir con las instrucciones que el fideicomitente le ha impartido. Tampoco tiene un derecho perpetuo, es un derecho que se va a extinguir el día en que se transmita este bien, por lo tanto, no se transmitió el derecho de modo absoluto, se transmitió relativamente para el titular. Además, un derecho es perpetuo en cuanto que se extingue sólo con la desaparición del bien o con la prescripción adquisitiva ganada por otro. De todo esto se puede concluir que el derecho del banco fiduciario no es perpetuo, es eminentemente temporal.

A pesar de lo anterior, la doctrina se inclina a creer que hay una modalidad del derecho de propiedad que puede concebirse como propiedad fiduciaria. Hay infinidad de tratados y obras escritas sobre los caracteres de la propiedad fiduciaria, hoy en cada vez más la doctrina abandona el criterio de la perpetuidad, ya hoy en día un importante sector de la doctrina (que no es precisamente francesa), admite que la propiedad puede perderse por el simple no uso, con lo cual el elemento de la temporalidad va ganando partido.

Ya no es, pues, un derecho perpetuo en los términos en los que fue concibió por la doctrina francesa posterior al Código de Napoleón, y aun que no se han respetado todos los caracteres clásicos, ahora podemos hablar de una modalidad de propiedad. Lo cierto es que en virtud del fidei-

comiso se procede a una transmisión de propiedad y el fideicomitente, como consecuencia deja de ser titular de ese derecho y ese derecho es adquirido por el fiduciario con el cargo correspondiente.

¿Qué derecho tiene el fideicomitente? El fiduciario es propietario con las características que hemos señalado. En el ejemplo propuesto, el fideicomitente soy yo, que le dí instrucciones al banco y que estoy a la espera de que transcurran los diez años durante los cuales los frutos se deben utilizar de la forma en los que establecí, y al cabo de los cuales se deben cumplir las tareas jurídicas que encomendé. La Ley de Bancos peruana establece que el fideicomitente y sus causahabientes (porque el fideicomitente puede fallecer) son titulares de un derecho de crédito personal contra el banco fiduciario. ¿Qué significa esto? Que en caso de incumplimiento tiene derecho a exigirle la reparación de los daños y perjuicios correspondientes pero no tiene verdadero derecho sobre la cosa, conforme a la ley peruana (similares criterios siguen la doctrina y las legislaciones extranjeras) tiene simplemente un derecho personal contra el fiduciario, pero no así un derecho real que recaiga sobre el bien o masa de bienes objeto del fideicomiso.

Evidentemente, el fiduciario tiene una disposición limitada decíamos de los tres atributos del derecho de propiedad: usar, disfrutar y disponer. El fiduciario, no puede hacer con esa casa lo que le parezca ya que no tiene un derecho absoluto, tiene que enajenar y a esos tres hijos míos del ejemplo y establecer el usufructo en favor de ese menor.

¿Qué ocurre si el fiduciario incumple el mandato y las instrucciones? ¿ Si por ejemplo practica un acto de enajenación al cabo de cinco años en favor de otro? En este punto hay todo un problema: se pasara a discutir si los bienes son muebles, y, si hubo tradición, si hubo adquisición de buena fe, y si los bienes eran inmuebles, si el cargo estaba inscrito (por lo tanto los terceros ya no podrán alegar buena fe), igual que si los bienes son muebles inscritos (como por ejemplo sería el caso de un automóvil).

A pesar de la complejidad del problema que se suscita ante el incumplimiento del fiduciario, nuestra ley dice simplemente que “los actos de disposición que efectúe el fiduciario en contravención de lo pactado son anulables -ojo no dice nulos- si el adquirente no actuó de buena fe,

salvo el caso de que la transferencia se hubiese efectuado en una bolsa de valores” poniéndose en el caso de que la fiducia, o sea el fideicomiso, haya versado sobre acciones cotizadas en bolsa y que el fiduciario en incumplimiento de las tareas asumidas las enajene en bolsa, con lo que el adquirente está siempre protegido.

Sin embargo hay otros casos en los que también hay una protección absoluta como es el caso contemplado en el Artículo 1542° del contrato de compra venta, según el cual las compras hechas en tienda son irrevindicables. Así, qué pasa si el bien fideicometido era un bien mueble que en primera o segunda transferencia se enajena a través de una tienda. Imaginemos que le he dado en fideicomiso una joya a este banco para que al cabo de “x” tiempo cumpla determinadas tareas, y este banco irresponsable e inescrupulosamente enajena esta joya a través de una tienda, en un establecimiento abierto al público. Obviamente, el tercero va a quedar amparado por la protección genérica que merecen todas las adquisiciones hechas en tienda, de manera que nuestra Ley de Bancos que regula la materia se queda corta al mencionar como única excepción, la de los valores cotizados y enajenados en bolsa, pues hay otros casos en los que cabe hacer la salvedad.

Cuando hablamos de buena fe, tropezamos con el problema que se produce siempre a propósito de la buena fe exigida para los adquirentes de inmuebles. Como sabemos, el Código Civil a propósito de la materia registral, concretamente el Art. 2014° y otros, exigen que el tercer comprador para tener la protección correspondiente, actúe de buena fe, ¿En qué consiste esta buena fe?, ¿Es buena fe registral?, o ¿Es buena fe civil?

**Buena fe registral** es simplemente creer lo que el registro dice. **Buena fe civil** es un concepto que va más allá, es ignorar el vicio aún cuando el registro lo anuncie bien en el título. Es decir, que puede darse un caso en el que puede haber una protección registral y que sin embargo no haya una auténtica protección civil por el conocimiento extraregistral del vicio que invalida el título de aquel con el que se está contratando. Esto no ha sido aclarado por nuestra ley ni por el Código Civil, la jurisprudencia se ha inclinado por amparar la buena fe civil, que es la buena fe que va más allá que la buena fe registral.

La Ley de Bancos, al legislar, ha omitido hacer referencias a toda clase de bienes. Supongo que como en el caso de los bienes enajenados en tienda, tratándose de los bienes muebles no identificables en los que tradición vale título y tratándose de los bienes inmuebles inscritos donde se exige una determinada buena fe, todas esas otras reglas relativas a los otros bienes tienen vigencia y aplicación aún cuando la ley del fideicomiso no haga referencia a esas otras disposiciones sino únicamente a la de los valores enajenados en bolsa, como si fuese la única excepción.

Puede ocurrir que el fideicomitente sea un depositario infiel. Volviendo al ejemplo de la joya que entrego al banco en fideicomiso, si la joya no es mía, si yo he robado la joya, sin duda no hay transmisión válida porque se trata de un bien robado, si me la encontré perdida lo mismo, pero si la joya me fue prestada y yo infiel en vez de devolver la joya a quien me la prestó la doy en fideicomiso a un banco con instrucciones de asignarla de determinada manera, pues evidentemente ese tercero que es el fiduciario, el banco encargado del cumplimiento del encargo, ha adquirido bien por mandato del Art. 948° del Código Civil, ha adquirido del depositario infiel que soy yo, que en vez de devolver enajené. Y en caso que ese tercero (el banco) haya tenido buena fe (ha ignorado la situación que me vincula con quien me prestó y con el cual fui infiel), tendrá la protección correspondiente.

¿Qué sucede si afirmamos que el fiduciario es poseedor del bien y no propietario? En principio todo propietario es poseedor, ¿pero que es la posesión entre nosotros? Nosotros hemos seguido principalmente la doctrina de Ihering recogida en el Código Alemán de 1900, por consiguiente ya no hacemos la distinción entre poseedor y tenedor y al poseedor no se le exigen pues los dos elementos que reclama Savigni: el corpus y el animus domini. Simplemente, consideramos que es poseedor todo aquel que ejerce de hecho uno o más poderes inherentes a la propiedad, eso es todo, de manera que no hay duda que el fiduciario en el ejemplo tantas veces propuesto, el banco, durante estos diez años que tiene para el cumplimiento de las instrucciones es poseedor a título de propietario.

Nuestro derecho distingue entre poseedor mediato y poseedor inmediato. Ese concepto tan amplio de la posesión según el cual es poseedor todo aquel que ejerce cualquier poder inherente a la propiedad, de alguna manera tenía que limitarse y circunscribirse. Entonces, ¿quién ese el

poseedor inmediato? Es aquel que reconoce la propiedad del otro, el inmediato es el arrendatario, el depositario, el retenedor, el administrador, el acreedor prendario, esos son los inmediatos que han recibido temporalmente la posesión y en virtud de un título. ¿Y quién es el mediato? Es aquel que ha conferido ese título, en una relación jurídica normal. Si una persona da en alquiler una casa, el arrendatario es el poseedor inmediato y el propietario es el mediato.

En el ejemplo propuesto, durante los diez años en los que el banco tiene la propiedad de la casa con cargo a cumplir lo que corresponda, será poseedor sí, pero ¿poseedor pleno, completo, poseedor a título de propietario? o ¿será una suerte de poseedor mediato o inmediato? Parecería que es este último, porque es temporal por diez años y en virtud de un título cual es el fideicomiso. ¿Es esto similar a que se le hubiese dado en arrendamiento por diez años?. No es lo mismo porque en el arrendamiento no hay transmisión de propiedad y en el fideicomiso sí, pero ese fiduciario (el banco en el ejemplo) reconoce no sólo mi propiedad sino la propiedad del que tiene un título de fideicomiso, sin que por ello se niegue que tiene un derecho de propiedad con las características ya expuestas.

Pero la pregunta es si el fiduciario es poseedor inmediato, pues entonces el mediato sería el fideicomitente y ya hemos visto que el fideicomitente no es titular de derecho real alguno, es titular simplemente de un derecho personal, el exigirle al fiduciario que cumpla con el cargo. Además, llegaríamos por esta vía al contrasentido de que el propietario de un bien puede ser al mismo tiempo poseedor inmediato de ese bien, lo que es la negación de la propiedad porque el poseedor inmediato reconoce la propiedad de otro.

En conclusión, tenemos entonces que descartar esta tesis y adherirnos a la tesis de que es propietario y poseedor pleno, que no es poseedor mediato ni inmediato.

Otra pregunta es, ¿qué derecho tiene el fideicomisario o sea el tercero, que en el ejemplo tantas veces propuesto son mis tres hijos que van a ser los adquirentes del dominio y el menor aquél que va a ser el adquirente del usufructo dentro de diez años, qué derecho tiene durante estos tres años? Aparentemente tienen una expectativa, tienen un derecho

personal de exigirle al fiduciario que realice estos actos de carácter jurídico al cabo de diez años. Pero ¿qué derecho tienen sobre los bienes ahora?, ¿Tienen algún derecho real?. Ya hemos visto que el fiduciario si lo tiene: derecho de propiedad. Ya hemos visto que el fideicomitente no lo tiene, tiene un derecho personal según lo define la ley peruana y la mayoría de la doctrina.

¿Qué derecho tiene el fideicomisario, es decir el tercero beneficiario?. A eso se refiere el Art. 321° de nuestra ley que dice “si el fideicomisario interviene como parte en el contrato -que es una hipótesis- adquiere a título propio los derechos que en él se establezcan a su favor, los que no pueden ser alterados sin su consentimiento” y por otra parte “en los demás casos -dice la ley (o sea si no interviene en el contrato)- el fideicomitente puede convenir con el banco fiduciario las modificaciones que estime adecuadas y aún en la solución del fideicomiso salvo que con eso se lesionen derechos adquiridos”.

De la norma citada parece emanar la siguiente conclusión: si el tercero fideicomisario, el beneficiario con todo este negocio jurídico, no ha intervenido en el contrato, pues entonces no tiene sino una expectativa, no tiene un verdadero derecho real sobre la cosa objeto del fideicomiso, tiene simplemente un derecho personal contra el fiduciario para exigirle el cumplimiento de las instrucciones recibidas al fideicomitente.

En cambio, si hubiese participado en la relación jurídica generadora de todo esto adquiere, dice, a título propio, los derechos que de ella emanen. Ahora ¿qué es eso que adquieren a título propio?, ¿quiere decir que adquiere un derecho real? Me niego a creerlo, porque derecho real sólo puede haber cuando hay desmembraciones de la propiedad y en este caso no hay desmembración, la propiedad está consolidada en el fiduciario durante los diez años del plazo dado para el encargo. Tengo entonces la impresión que si bien la ley peruana y otras leyes (por ejemplo la mexicana), le reconocen al tercero fideicomisario un derecho que no puede ser alterado porque ha formado parte del negocio jurídico inicial y por consiguiente ya no es una mera expectativa sino un derecho adquirido, sin embargo, no tiene un verdadero derecho real sobre la cosa objeto del encargo o fideicometida. Simplemente tiene un derecho que en caso de incumplimiento no le dará derecho a reivindicación. En la hipótesis en que el fiduciario enajenara el bien de manera indebida a un ter-

cero, no tendría acción reivindicatoria, acción persecutoria contra ese tercero, a lo único que tendría derecho -creo yo a la luz de estas normas- es a exigir la indemnización de daños y perjuicios que se le haya irrogado.

Dos o tres comentarios más con relación a las responsabilidades del patrimonio fideicometido. Ese inmueble que le ha dado al banco, ¿qué suerte puede correr durante estos diez años?. En primer lugar, si yo, el fideicomitente, debo dinero, ¿es posible que se me embargue ese inmueble que está en manos del banco fiduciario? En segundo lugar, ¿puede esa posibilidad de embargo verificarse por las obligaciones del fideicomisario. En tercer lugar ¿puede darse dicho embargo por obligaciones del fiduciario? Si el banco debe dinero, si entra en una situación de falencia, si entra en liquidación, ¿el inmueble fideicometido sale de la masa o ese inmueble queda afectado por el pasivo del banco?

Esos tres puntos están resueltos en nuestra ley. El artículo 327° es muy claro al establecer que el patrimonio del fideicomiso no responde por las obligaciones del fideicomitente, con lo que queda descartado este caso. Por otra parte, el bien había salido ya de mi patrimonio, por consiguiente lo que yo adeude no puede hacerse efectivo con cargo al bien entregado en fideicomiso. Tratándose de las obligaciones del fideicomisario, sólo podrían hacerse efectivas sobre los frutos, es decir, que los acreedores de mis tres hijos, (que son los beneficiarios) sólo podrían hacer efectivos sus créditos sobre los frutos que produzca ese bien.

Con todo lo anterior se invierte un poco el sentido de la teoría de la propiedad: Si el fiduciario es propietario, pues entonces tiene derecho a los frutos y en este caso, la ley da una solución que contraría esa tesis. Adicionalmente, las responsabilidades del fideicomisario pueden hacerse valer con cargo a los frutos del objeto del fideicomiso, y finalmente, con relación al fideicomisario, las únicas responsabilidades del banco fiduciario que pueden hacerse efectivas con cargo al patrimonio fideicometido, son las de los gastos contraídos para el ejercicio del encargo y para el cumplimiento de las finalidades que le fueron encomendadas.

De manera que si este banco incurre en gastos de mantenimiento y tiene que hacer mejoras, las obligaciones nacidas de esos actos podrían hacerse efectivas con carga al bien fiduciario, pero de ninguna manera sucedería lo mismo con las obligaciones resultantes del contrato y pro-

pías del banco. El bien fideicometido resulta inafectable, porque no responde por las deudas del fideicomitente, ni tampoco por las del fiduciario.

El bien fideicometido tampoco responde por las deudas del fideicomisario o tercero beneficiario, porque sus obligaciones sólo pueden afectar a los frutos de ley. Es una suerte de patrimonio sin titular, aunque no sea así porque el verdadero propietario es el fiduciario.

## **EL LEASING**

El leasing, entre nosotros, tampoco está regulado en el Código Civil, a él se refiere el Decreto Legislativo 299, además de algunas normas complementarias. En este caso hablaremos en términos genéricos de la Ley del Leasing.

Se habla de leasing financiero, de arrendamiento financiero, o de locación financiera. El leasing financiero viene de la palabra “leasing”, “to lease”, en inglés quiere decir arrendar, de manera que este leasing financiero es exactamente un arrendamiento financiero.

El que otorga el leasing, el dador del leasing que es como se llama, no puede ser un particular, no puede ser una compañía anónima cualquiera, tiene que ser una institución bancaria o financiera sujeta al control de la Superintendencia de Banca y Seguros, según dice la ley de Leasing. Este es un tema para los contractualistas, pues cabe preguntarse hasta qué punto la libertad de contratar se ve afectada cuando la posibilidad de contratación está limitada a ciertas instituciones (como es el caso del leasing y el fideicomiso). Aunque se pueda decir que esta situación es característica cuando hay dinero del público, el leasing también se puede hacer con dinero propio, pero este es un tema a tratar en otra oportunidad.

La figura es la siguiente: una institución financiera, por ejemplo un banco, adquiere un bien mueble o inmueble de un proveedor a instancias de un interesado y luego le concede a éste, al interesado, el uso y goce de dicho bien mediante un contrato de locación especial, en el cual se determina el plazo y la renta a pagarse. Un ejemplo facilita la comprensión

de esta figura: una fábrica de zapatos requiere adquirir cinco máquinas especiales para la fabricación de las suelas y de los zapatos, adicionalmente tiene identificada su maquinaria en la importadora tal y dice al banco: “Señor, compre usted esas cinco máquinas para mi. Usted contratando con el proveedor las paga directamente, y me las da a mí en uso y explotación durante cinco años. Dentro de estos cinco años yo le voy a pagar a usted tanto por mes, con lo cual se supone que usted va a recuperar su inversión con los intereses correspondientes y al cabo de cinco años o en cualquier momento durante la vigencia del contrato (eso depende de lo que se pacte) yo tengo el derecho de ejercer una acción de compra con respecto de las cinco máquinas.

El leasing, es desde el punto de vista económico una operación de financiamiento que involucra desde luego un negocio jurídico. El verdadero contrato de leasing es celebrado por el industrial de los zapatos y el banco que se eligió; entre el banco y el proveedor de las máquinas existe otro contrato, un contrato de compraventa de maquinaria.

El contrato de leasing o financiamiento tiene como partes sólo al banco, que se denomina dador o locador, que es la compañía de leasing, y al industrial que en definitiva quiere hacerse propietario (si ejerce la acción de compra). Mientras tanto será beneficiario de cinco máquinas que resultan necesarias para su actividad industrial. A éste se le denomina tomador o locatario. El tercer elemento es el vendedor del bien que celebra un contrato de compraventa con el dador del leasing, en este caso el banco.

¿Qué elementos existen?. En primer lugar los sujetos que acabamos de mencionar. Existe además un precio del contrato: las máquinas tienen un costo al cual se agregan los intereses de la inversión realizada por el banco, ese será el precio del contrato que se dividirá entre los pagos que realice el fabricante de zapatos, y constituyen la renta del leasing. Se debe tener en cuenta, también, la duración prevista. Se debe hacer coincidir el plazo de amortización del bien con el plazo necesario para pagarle al banco su inversión más su rentabilidad. El locatario tomador en el ejemplo propuesto, asume los riesgos y los vicios de la cosa. Otro elemento indispensable es la opción de compra en favor del tomador. En otras legislaciones no es un elemento esencial, pero en el Derecho peruano si lo es y así lo establece en la ley del leasing expresamente. Final-

mente, en relación a los bienes, éstos pueden ser tanto muebles como inmuebles. La doctrina se refiere a “bienes de capital”, porque lo que se le está proporcionando al tomador es un bien que le rendirá, y que no lo adquiere en función de una operación crediticia cualquiera, sino mediante esta operación de financiamiento que tiene esta modalidad especial de leasing.

En cuanto a la naturaleza jurídica de esta figura, no la analizaremos en esta oportunidad, pero algunos se refieren a ella como locación con promesa de venta, otros de alquiler venta, otros de venta con reserva de dominio, etc. Sin embargo sí señalaremos algunos aspectos de carácter real con los cuales terminaremos:

- En el caso del arrendatario, se trata de un poseedor inmediato, porque es poseedor temporal en virtud de un título (el de arrendatario financiero), y es temporal porque sólo dura por cinco años y porque si no ejerce la opción de compra deberá devolver al banco, dador del leasing, las máquinas al término del plazo.
- El tomador o locatario tiene como derecho real la posesión, de acuerdo al artículo 5° : “El contrato de arrendamiento financiero otorga a la arrendataria el derecho al uso de los bienes, en el lugar, forma y demás condiciones estipuladas en el mismo”. Ya dijimos que en el Derecho peruano, la posesión es simplemente el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad, y el uso es uno de los poderes, de manera que en este caso el tomador del leasing, no sólo usa de hecho sino también de derecho.
- En el caso del arrendatario, se trata de un poseedor inmediato, porque es poseedor temporal en virtud de un título (el de arrendatario financiero), y es temporal porque sólo dura por cinco años y porque si no ejerce la opción de compra deberá devolver al banco, dador del leasin, las máquinas al término del plazo.

Esto plantea otros temas, que omití analizar a propósito del fideicomiso, y que ahora sólo menciono: se cuestiona si estos poseedores tienen acciones reales para defender su posesión, porque es perfectamente posible que sean despojados.

Según la ley del leasing en el Perú, las obligaciones y derechos y por lo tanto la vigencia del contrato, se inician en el momento en que la locadora efectúa el desembolso total o parcial para la adquisición, o a partir de la entrega total o parcial de dichos bienes a la arrendataria, lo que ocurra primero. En el ejemplo propuesto, serían dos momentos: el momento en que el banco paga al proveedor por las cinco máquinas, o el momento en que entrega las cinco máquinas a la fábrica productora de zapatos, beneficiaria del leasing; lo que ocurra primero. Aquí se nos presenta una complicación con la norma del Código Civil peruano que establece que la propiedad de los bienes muebles se transmite necesariamente por la tradición, que es el artículo 947°, ya que desde el momento en que la ley está haciendo posible que el leasing surta efectos desde antes, desde el momento del pago (es decir, antes de que se produzca la entrega de los bienes), está alterando lo dispuesto con carácter general en el Código Civil:

Con respecto a la opción de compra, para algunas legislaciones no es un elemento esencial en el contrato de leasing, pero en el Derecho peruano si. Se plantea entonces, como lograr que esta opción de compra tenga efectos frente a terceros, aquellos que no han intervenido en la relación producto del contrato de leasing. Podría suceder que el banco en forma indebida, y saliéndose de lo pactado, al cabo del cuarto año enajena la maquinaria. Esta sería una enajenación cuestionable, desde el punto de vista jurídico, porque no se habría producido la entrega, y este es un elemento esencial en la transmisión de la propiedad de los bienes muebles, según lo establece el Código Civil peruano (artículo 947°).

Pero imaginemos que este banco celebrara un contrato con un tercero que alega desconocer el leasing y desconocer la posibilidad de que el tomador del leasing haga ejercicio de la opción de compra. En este caso, se cuestiona en qué caso podrá hacerse valer la opción de compra, frente a esos terceros que no fueron parte del contrato de leasing. En el caso de los bienes inmuebles, si está inscrita la opción, no hay la menor duda porque forma parte de la publicidad que el registro da a los terceros. En el caso de los bienes muebles inscritos (como por ejemplo un automóvil u otros semejantes), también hay seguridad, pese a que nuestros registros como todos saben se encuentran en una situación lamentable, y no es posible ofrecer una verdadera publicidad; y, en el caso de un bien mueble no identificable (como podría ser una joya valiosa), no hay modo de hacer valer esta opción porque no hay modo de hacerla pública.

Estos son temas que no están tratados en la ley de leasing. Un comentario interesante y final, es que los bienes objetos de leasing, conforme a nuestra ley, resultan inembargables. De manera que llegamos a una suerte de patrimonio autónomo, nuevamente, parecido al caso del fideicomiso. El artículo 11° de la Ley de leasing, establece que los bienes dados en arrendamiento no son susceptibles de embargo, afectación ni gravámen, por mandato administrativo o judicial, en contra del arrendatario. En el caso de que el arrendatario fuera deudor, el acreedor de ese arrendatario de ninguna manera puede actuar en contra de esos bienes sujetos a arrendamiento, pues estos están principalmente afectos en favor del propietario de esos bienes y para el pago de la renta convenido. Hemos llegado al final y les agradezco la atención de esta tarde.

## HACIA UNA REVALORIZACION DE LA FINALIDAD CONTRACTUAL

Eduardo Benavides Torres

Tradicionalmente, el Derecho contractual ha centrado su preocupación en los llamados aspectos genéticos o estructurales de la contratación: la formación del contrato, la manifestación de voluntad, la determinación del objeto del contrato, las características de la oferta y la aceptación, el disenso, etc. Sin embargo, con el correr del tiempo, el acento ha ido desplazándose poco a poco del extremo de la formación **del contrato** hacia el otro extremo, el polo funcional, la etapa de la **ejecución de las prestaciones**; y así, el énfasis empieza a ponerse en la problemática del contrato con prestaciones recíprocas, en el caso fortuito y la fuerza mayor; en la excesiva onerosidad de la prestación, en la resolución, etcétera.

El tema del **fin del contrato** es sin duda uno de los más importantes y atractivos en el moderno Derecho de los contratos. A pesar de eso, la preocupación por este importantísimo elemento del contrato no ha marchado a tono con la evolución antes mencionada del Derecho contractual.

Consideramos que hay varias razones para ello:

- 1) En primer lugar, se le ha relegado a un papel pasivo y estático en la teoría del contrato.

**La Teoría del Negocio Jurídico** ha limitado la función del fin del contrato a la protección del individuo, en los casos de ausencia del fin, y a la defensa social, en los casos de finalidad ilícita. La función del fin parece pues relegada a la de mero elemento para la va-

lidez del negocio jurídico, estático y pasivo. Celebrado el contrato, sólo cabría preguntarse si tiene fin o no, y en caso de tenerlo, si este fin es o no lícito. Superado este examen, y declarada la validez del contrato, el fin sale de escena, y se convierte en un convidado de piedra, que no jugará ya ningún papel ulterior en el desarrollo de las obligaciones.

Creemos, e intentaremos sostener, que la función del fin va mucho más allá de este momento inicial, que su dinamismo escapa a esta camisa de fuerza en la que se le ha querido meter.

Las modernas tendencias del derecho contractual le dan al fin un carácter vivificante e iluminador, es el motor de la relación obligacional, es el que le da sentido a la ejecución de las prestaciones, es el que define el cómo, el cuándo, el cuánto, el dónde, e incluso el qué del cumplimiento.

- 2) Una segunda razón para la impopularidad del fin proviene de la confusión, todavía hoy en día generalizada, entre el fin y el **motivo**, quedando convertido el primero en sinónimo de subjetividad, relatividad, ambigüedad, incertidumbre e inseguridad.

El equivocado concepto de **causa-fin** como sinónimo del motivo, elaborado por parte de la doctrina francesa, sobrevive hoy todavía en la mente de muchos de nuestros juristas, a pesar del transcurso del tiempo y de la agudeza de los críticos.

La postura de **Capitant** sobre el tema es importante como superación del concepto clásico de causa de Domat, aquella causa abstracta, imprecisa, vacía, ambigua, ridiculizada por el anti-causalismo. Pero el concepto de **Capitant** es errado en la medida en que confunde, como lo ha puntualizado Diez Picazo, causa del contrato con causa de la Obligación, y en la medida en que, aunque **Capitant** pretendió distinguir la causa de los motivos, terminó por confundir ambos. Si no, veamos la siguiente definición de **Capitant**:

“Causa es la razón inmediata, directa, siempre la misma en cada contrato determinado, que ha impulsado al deudor a obligarse”

A pesar de los esfuerzos posteriores de Josserand y los neo-causalistas por precisar el concepto de fin, la confusión ha sobrevivido hasta nuestros días.

A qué extremos llega esta confusión en nuestro medio, que podemos apreciarla en la **Exposición de Motivos** del Libro de las Obligaciones del Código Civil de 1984. Allí, a la letra, se define la causa del contrato como “la razón, finalidad o móvil que determina a cada contratante a cumplirlo, razón que es personal, ordinariamente reservada y particularmente variable.”<sup>1</sup>

Un jurista de la talla de **Max Arias Schreiber** cae en la misma confusión cuando en la Exposición de Motivos a su Anteproyecto de Reforma de 1981 nos dice:

“El causalismo que sostenemos está constituido en base al motivo determinante, concreto, mediato y personal, esencialmente subjetivo, que puede variar de contrato en contrato, y se afirma básicamente en las teorías de 2 prominentes juristas franceses: Capitant y Josserand. Esta corriente denominada neo-causalismo, prescinde a decir de Capitant, de la distinción entre causa y motivo, e incluye dentro del concepto de causa los motivos que cuentan para el Derecho”<sup>2</sup>

Entre el fin y el motivo no existe solo una diferencia de matiz, accidental y aleatoria, sino una diferencia de esencia, absolutamente sustancial.

Detrás de cada contrato existen cálculos y expectativas, consideraciones costo-beneficio, suposiciones y previsiones. Existe una idea de ganancia y una ponderación del beneficio futuro. Están los presupuestos de los cuales parten los contratantes, lo que Windscheidt llamó alguna vez las “Voraussetzungen”, que son las utilidades que las partes esperan ob-

- 
- 1 Revoredo, Delia (compiladora) “Código Civil Peruano, Exposición de motivos y comentarios”, pag. 304.
  - 2 Pontificia Universidad Católica del Perú “Anteproyectos de Reforma del Código Civil Peruano” Tomo II, pág. 472.

tener con las contraprestaciones. Todo esto corresponde no al campo de la finalidad sino al de los motivos, siempre unilaterales, personales, y casi siempre recónditos, escondidos, psicológicos, “in mente retenta”. Lo que el comprador piensa hacer con la casa comprada, en lo que el mutuuario piensa invertir o gastar el dinero que le han prestado, lo que el comitente piensa hacer con la obra de arte, lo que el suministrado planea realizar con los bienes entregados en suministro, no es fin sino simple motivo y por tanto jurídicamente irrelevante. Como decía Larenz<sup>3</sup> en ese ejemplo clásico de la doctrina alemana, al sastre no le interesa que aquel que le encargó un vestido de novia ya no lo necesite porque su hija rompió el compromiso de matrimonio, ya que se trata de un simple motivo personal del comitente, aún cuando en confianza el comitente hubiese confesado el motivo al contratista.

En muchos casos, sin embargo, y hoy en día cada vez con más frecuencia, las partes, y subrayo, **las dos partes**, aceptan determinado **propósito práctico y empírico** como la razón determinante para contratar.

Las obligaciones tienen sólo un carácter instrumental y a las partes les interesa, cada vez más, no sólo el cumplimiento en abstracto sino que se satisfaga ese interés práctico que está detrás del contrato.

Dice Diez Picazo que “el contrato sirve dentro de la vida real a cierto propósito”. Ese “resultado empírico o práctico que en orden a los propios y peculiares intereses se pretende alcanzar es el Fin del Contrato”<sup>4</sup>

Espert afirma que se trata del “propósito práctico y básico a que la parte acreedora de una prestación más específica, menos fungible (determinada cosa o servicio) va a aplicar dicha prestación cuando el propósito es conocido y aceptado por la otra parte, siempre que aparezca como básico o esencial.”<sup>5</sup>

---

3 Larenz, Karl “Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos”

4 Diez Picazo, Luis “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial” Tomo I

5 Espert Sanz, Vicente “La frustración del Fin del Contrato”

Por eso discrepo respetuosa y cordialmente con el maestro Manuel de la Puente y Lavalle, quien en la sesión del día de ayer respondía a la pregunta “¿Para qué contratan las partes?”, afirmando “para conseguir la prestación”.

El Derecho contractual moderno considera a la obligación como vehículo para la actuación de los intereses de los particulares. El acreedor no quiere simplemente recibir un bien, una suma de dinero, un servicio. Le interesa sobre todo el “para qué”. Aquel destino al cual se pretende aplicar el bien, el dinero, el servicio, adquiere valor esencial y es en función de esa finalidad que ambas partes, y no sólo una de ellas, deciden vincularse y establecer una relación prestación-contraprestación.

A ambas partes les interesa que el dinero entregado en mutuo lo es para construir una casa, que el local arrendado será usado por el arrendatario como bodega, que los insumos suministrados lo son para fabricar alimentos, que el servicio de outplacement intentará reubicar a los trabajadores cesantes de una empresa en el mercado laboral, etc. Aquí no estamos hablando de simples motivos, sino del fin, determinante, básico, razón de ser del contrato y, sobre todo, bilateral, común a ambas partes. Es lo que los jueces ingleses llamaron en “Chandler vs. Webster”<sup>6</sup>, 1904, “the Frustration of the Contract”. Y la diferencia con el motivo no es meramente cuantitativa sino cualitativa.

A partir de este concepto de fin, tan vinculado al concepto de los intereses causalizados del acreedor, las posibilidades de aplicación que se presente son mucho más ricas que aquellas derivadas de la limitada rigidez del concepto causalista.

La posibilidad de dar relevancia al fin durante la vida de la relación obligacional, después de nacidas las obligaciones, adquiere partida de nacimiento en el Derecho anglosajón con la teoría de la “**Frustration**”.

El leading case como todos probablemente recuerdan está dado por los célebres “**Casos de la Coronación**”. Con ocasión del desfile de coronación de Eduardo VII en Londres, se celebraron una serie de contratos

---

<sup>6</sup> Kessler, Gilmore, Kronman, “Contrats: Cases and Materials”, Little, Brown and Company: Boston, Third Edition, pág. 931

de alquiler de departamentos, habitaciones, ventanas y balcones, con la finalidad de que los arrendatarios pudiesen observar el paso del imponente y esperado cortejo real. Este era no el motivo de una de las partes sino la finalidad del contrato. Las cortes inglesas establecieron que la posibilidad de esperar el desfile de coronación del muy popular Príncipe de Gales era lo que una parte vendía y la otra compraba, y no la simple entrega de una habitación en arrendamiento por un par de días. Ambas partes habían contemplado como razón determinante para contratar el que el bien tuviese la característica esencial de *permitir asistir al paso del desfile* que tantas expectativas y entusiasmo había generado. Tanto es así, que la renta fue fijada en sumas bastante por encima de lo normal. Por lo tanto, al suspenderse el desfile, el contrato resultaba frustrado por desaparecer su fundamento. (“Chandler vs Webster”, “Krell vs Henry”, 1903).

Interesante es, igualmente, el razonamiento de la Corte Inglesa en “Herne Bay Steam Company vs Hutton”, 1902, porque se precisa muy finamente la distinción entre la finalidad y los móviles. El demandado había fletado un bote de paseo para llevar unos visitantes a la bahía de Spithead, donde se celebraría una regata en honor del nuevo rey, con la participación de la Armada Real. Suspendida la coronación, el demandado se niega a utilizar la embarcación y el demandante reclama el pago. La Corte dijo que en este caso el propósito de poder ver la regata era un simple móvil y no una finalidad. “La Armada Real estaba anclada en la bahía y el simple hecho de ir y observarla valía la pena”, concluyó la Corte.

El contrato no tenía ninguna característica que permitiese suponer que su finalidad era presenciar la regata. La Corte consideró que el caso era semejante al de alguien que alquila un coche para ir a la ciudad de Epsom el día del derby. El cochero no tendría que aceptar el motivo del pasajero, que podía ser ir a espectral el derby. El cochero simplemente conducía un medio de transporte apto para ir a Epsom, como cualquier otro día, haya o no carreras de caballos, y sin ninguna otra relación particular con el evento hípico. Por lo tanto, la suspensión del derby no privaría de efectos al contrato celebrado con dicho cochero.

La doctrina de la **Frustración del “Common Venture”**, uno de los cinco supuestos de frustración en el Derecho inglés, ha tenido especial aplicación en el Derecho marítimo. Recordemos, por ejemplo, los **Casos del Canal de Suez** (ante el cierre imprevisto del canal en 1956 y 1967 muchos contratos de fletamento y de entrega de mercaderías resultaron afectados), con los cuales se sentó un criterio jurisprudencial trascendental: para la resolución o revisión del vínculo no basta el agravamiento inesperado de las prestaciones, ni siquiera una excesiva onerosidad de la prestación; tiene que haber una frustración de esa “empresa común”, una pérdida del sentido y de la utilidad del contrato (veáse por ejemplo “Tsakiroglou & Co. Ltd. vs Nobles Thorl GmbH, 1962).

Con ocasión de las guerras mundiales, los **Tribunales alemanes** dieron aplicación a la doctrina de la **Base del Negocio**, desarrollada por Larenz perfeccionando la genial teoría de Oertmann. La “Geschäftsgrundlage”, conjunto de circunstancias o estado general de cosas cuya subsistencia es objetivamente necesaria para que el negocio continúe teniendo vida y que incluye la finalidad objetivamente expresada en el contrato, permitió solucionar problemas de frustración de la finalidad, especialmente en el caso de alquileres para finalidad específica, suministros que devienen inútiles, y en contratos de obra. Con sustento en la “Treu und Glauben” (la lealtad y confianza recíprocas del artículo 242 del BGB), los jueces alemanes consideraron que en estos casos se había producido una desaparición de la base del negocio jurídico.

Las **Cortes francesas**, en cambio, no lograron resolver casos similares, especialmente tratándose de alquileres de locales comerciales, restaurantes, clubs nocturnos y centros de diversión, a pesar que algunos autores como Ripert propusieron tratar estos casos como supuestos de “imposibilidad de disfrute” o de “imposibilidad económica”, asimilándolos a la imposibilidad objetiva.

Sobre el particular, hemos sostenido<sup>7</sup> siguiendo a Espert Sanz<sup>8</sup> que sería deseable la incorporación de la figura de la **frustración del fin del**

---

7 Benavides, Eduardo “La Excesiva Onerosidad de la Prestación” Lima, Ed. Cuzco pág. 371-373

8 Espert Op. Cit. pág. 262

**contrato** a nuestra legislación, incorporación que no ha sido necesaria en países en los cuales los tribunales hacen una aplicación extensa de la buena fe objetiva, principio rector de la contratación, en particular en la etapa de ejecución de las prestaciones.

Pero el fin del contrato no debe cumplir una función ulterior sólo en supuestos extremos y excepcionales como los de la frustración. El fin debe ser la antorcha que ilumine la etapa de ejecución de las prestaciones y la regla que gobierne los casos de demora o retardo en el cumplimiento, así como el mal funcionamiento del bien entregado, la ejecución inexacta de la prestación, la ejecución insatisfactoria del servicio, etc.

Para poner un ejemplo, ¿Cómo juzgar en una locación de servicios si el servicio ha sido o no cumplido, si no es en función del fin del contrato? Porque obviamente no basta con juzgar en abstracto el esfuerzo y diligencia del locador, si éstos no están orientados a la consecución del fin. Lo mismo se aplica al hospedaje, al mandato, al contrato de obra y a muchos otros casos.

Uno de los caracteres de los contratos modernos es el énfasis en los factores de **confianza y colaboración en el contrato**, resaltados ayer por el profesor Macaulay en su ponencia. La doctrina italiana y alemana han remarcado la importancia de estos valores en la contratación, sustituyendo la antigua visión de los contratantes como enemigos o antagonistas, buscando esquilmarse el uno al otro, para reemplazarla por una visión más realista de las partes como socios, copartícipes de un vínculo de colaboración, unidos en torno a una empresa común. Es por eso que los americanos denominan “partnership” y los alemanes denominan “zusammenarbeit”, (y que traduciremos literalmente como el “trabajo conjunto”) , al contrato.

Esta colaboración se da en torno a una **finalidad común**, al “**common venture**”, que a menudo es el **éxito** en la explotación de un negocio. Así, el suministrante quiere que el suministrado tenga éxito para que los volúmenes por suministrar aumenten y los márgenes de ganancia crezcan; el productor quiere que el distribuidor tenga éxito en su zona de ventas, que la marca logre un buen posicionamiento en el mercado y que se coloquen pedidos subsiguientes cada vez mayores, el franquiciante quiere el éxito del franquiciador; el banco quiere que sus clientes tengan

éxito con sus negocios; las partes en Joint-Venture desean el éxito de la empresa común pero también el de cada uno de ellos.

Muchas empresas modernas no sólo proveen a sus clientes con la mercadería que ellos piden sino que controlan sus inventarios como una manera de cuidar a sus clientes y ayudarlos a reducir costos y mejorar sus márgenes. La multinacional Procter & Gamble está conectada vía computadora con los grandes autoservicios americanos como Wal-Mart, y cuando el stock de los pañales Pampers, por ejemplo, está por terminarse, y no antes, proceden a reponerlo automáticamente. Lo mismo, sólo que sin computadoras ni tecnología sofisticada intentan hacer en el Perú empresas como Deterperú, la dilial de P&G, y Nestlé. Los proveedores han comprendido que tendrán éxito si sus clientes lo tienen y eso significa también bajar costos, reducir stocks, y entregar “justo a tiempo”.

Es pues la finalidad común la que nos define el alcance de las prestaciones, las exoneraciones, los riesgos, el acceso a la información, la asunción de deberes no expresados directamente en el contrato, la flexibilización de las prestaciones y de las condiciones comerciales, etc.

Considero que en este, como en otros casos, el Derecho debe no sólo entablar un diálogo abierto con otras disciplinas sino que debe dejarse penetrar por las modernas tendencias de la economía y la gestión de negocios.

Las nuevas corrientes del Management han descubierto que el cumplimiento de las obligaciones de acuerdo con las instrucciones y los procedimientos pre-establecidos no es suficiente. No es suficiente fabricar y proveer productos según fórmulas, instructivas, standards o patrones. No basta construir, ensamblar, producir, envasar, empaquetar, despachar y transportar según planos, flujogramas, modelos, recetas o diseños para considerar efectivo el cumplimiento. La vieja respuesta de los proveedores “el producto es bueno porque cumple con todas las especificaciones técnicas” no es más, hoy en día, una respuesta válida. Lo que hoy interesa realmente en los negocios es la **satisfacción del cliente**. No interesa si la prestación se cumple de acuerdo a lo acostumbrado, o según las reglas de la profesión, el arte, la ciencia u oficio. Lo que cuenta es que el interés del acreedor haya sido satisfecho. Este es uno de los grandes temas de nuestro tiempo, y a él se dedican hoy en día toneladas de artículos en

las principales revistas de negocios, anaqueles llenos de libros en las grandes librerías, y miles de horas de capacitación, cursos y seminarios en todo el mundo.

Desde el éxito de Peters & Waterman con “En busca de la Excelencia”, los empresarios han cobrado consciencia que sólo aquellas empresas que logren excelencia en el servicio a sus clientes podrán sobrevivir a este siglo. La revolución de la calidad, encabezada por Demming, Juran y Crosby, también ha puesto en evidencia que otra de la megatendencia de nuestro tiempo es el culto a la calidad, definida no en función del consumidor en abstracto sino a partir de lo que espera nuestro cliente en concreto.

Otra megatendencia, la globalización de los mercados, nos obliga a levantar los ojos por encima de nuestras fronteras y a prepararnos para ser más competitivos en el mercado internacional.

Por eso, los Presidentes y los más altos Directivos de las grandes empresas se empeñan en seguir a pie juntillas la fórmula de Hammer & Champy, los autores de el bestseller “Reengineering the Corporation” o “Reingeniería de los Negocios”: “elimina todos aquellos procesos que no representan un valor agregado para tu cliente”.

Las empresas tratan a toda costa de orientar sus estructuras, su organización, sus procesos hacia sus clientes. El esfuerzo de vendedores, suministrantes, prestadores de servicios, y otros, está en tratar de determinar qué es lo que espera mi cliente de mí, y cuál es el nivel de calidad esperada. A esta tendencia se le ha llamado en los Estados Unidos “Customerization” y en Alemania “Kundenorientierung”. Entre nosotros ya se emplea hablar de “clientelización”.

Una verdadera revolución se ha producido en la manera de ver y entender a los clientes. Tomanos un ejemplo de la guerra de las aerolíneas. Algunos de los grandes han salido del mercado y algunos de los pequeños han adquirido la mayoría de edad en pocos años (Southwestern, Korean Air, Air Singapur). Los grandes creían saber que es lo que sus clientes consideraban calidad en el servicio: “es la seguridad de los aviones”, decía confiados. Los pequeños investigaron, se acercaron a sus clientes, hombres de negocios y turistas, y descubrieron que

los pasajeros no buscaban seguridad, porque ellos dan por hecho que un viaje en avión tiene un margen de riesgo que hay que asumir como normal. Lo que ellos querían, sobre todo, es puntualidad y buena atención a bordo. Los resultados están a la vista.

Muchos otros nombres son ejemplo de esta transformación en la calidad del servicio: IBM, American Express, McDonalds, el Club Mediterranee, Disney, Marriott, Federal Express, AT&T, Honda, los hoteles Camino Real de México, y entre nosotros, por supuesto las tiendas Wong.

Algunos juristas y abogados se preguntan ante estos temas, ¿qué tiene que ver esto con el Derecho? El problema esta justamente ahí. A menudo tenemos una visión del Derecho demasiada ascéptica y estilizada. Pensamos en el Derecho como una entelequia aislada, lejana y distante, a la cual metemos en una campana de cristal (para que no se contamine con el polvo de lo cotidiano). A menudo, esto significa dejar que la realidad económica y social se eche a correr mientras el Derecho, arrastrando la armadura de la prudencia, camina a paso lento.

Ciertamente, nuestro Derecho ha demostrado una creciente preocupación por el **consumidor y su defensa**, y esto es encomiable. Me pregunto si no debiéramos empezar a incorporar a nuestra legislación normas que revelen también una mayor preocupación por el **cliente y la satisfacción de su interés**.

Es el cliente el gran protagonista de la contratación moderna. Se objetará que la protección al consumidor obedece a la situación de inferioridad en la que éste se encuentra frente a la gran empresa. El cliente, por el contrario, tiene un poder enorme. En una edición especial de Noviembre pasado, la revista Fortune proclamaba que el cliente ya no es el rey, ahora es el dictador, el tirano. De la contratación en masa se ha pasado a la desmasificación del contrato. Las empresas identifican a sus clientes, los individualizan y les dan un trato personal de acuerdo a sus necesidades. En Norteamérica y Europa, se hizo costumbre hace unos años preguntarle al cliente su nombre al momento de entrar a un restaurant o registrarse en un hotel. Hoy se empieza a hacer lo mismo incluso en librerías, tiendas de zapatos y tiendas de ropa. Empresas como IBM, Hewlet-Packard, o Xerox encargan a una sola persona, una suerte de

cuentacorrentista de cada cliente, el cuidar y atender al cliente personalmente; y esto incluye atender sus preguntas, visitarlo periódicamente, ofrecerle nuevos productos o servicios complementarios. Muchos de los gigantes de la computación, de los seguros y de las finanzas han empezado a hacer trajes a la medida de sus clientes, dándoles la solución a sus necesidades específicas, aunque esto represente romper esquemas. El manejo de la información permite aquí una ventaja comparativa importante. La información que se obtiene de los pedidos y facturas se ha vuelto una fuente importante de atención personalizada. Pizza Hut, por ejemplo, procesa las facturas de sus clientes y luego los llama para hacerles ofertas de acuerdo a sus gustos, Radio Shack telefona a sus clientes para asegurarse de que el equipo de sonido que les vendió está funcionando bien, Black & Decker busca a sus clientes para ayudarlos a sacar el máximo de provecho de las herramientas que compraron.

Me pregunto si nuestro **Derecho de Obligaciones**, responsable de la búsqueda de relaciones de armonía entre los particulares y de una adecuada tutela de los intereses en juego, comparte esta preocupación por la satisfacción del interés del acreedor.

Ciertamente, algunos artículos de nuestro **Código Civil** muestran una importante consideración por el interés del acreedor y la utilidad de la prestación.

El artículo 1137, inciso 1, considera un caso de pérdida del bien cuando éste es inútil para el acreedor por daño parcial; el artículo 1138 inciso 2, permite al acreedor, en caso de deterioro del bien por culpa del deudor, elegir según su interés entre la resolución del vínculo o la aceptación del bien con reducción de la contraprestación; los artículos 1151, inciso 2 y el 1153, permiten al acreedor, en caso de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso en las prestaciones de hacer, dependiendo de su interés, elegir entre la ejecución forzosa, la resolución, considerar no ejecutada la prestación o aceptarla con reducción de la contraprestación; el artículo 1166 inciso 2 permite al acreedor, en caso de imposibilidad de alguna de las prestaciones alternativas por causa imputable al deudor, optar, según su interés, entre hacer la elección dentro de las prestaciones que quedan o resolver; el artículo 1224, trata de la eficacia del pago hecho a un tercero cuando aprovecha al acreedor; el artículo 1316 dice que la obligación se extingue cuando hay imposibilidad temporal si es que el

acreedor “justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil” y cuando hay imposibilidad parcial “si ella no fuese útil para el acreedor o si éste no tuviese justificado interés en su ejecución parcial”; el artículo 1433 permite al acreedor decidir entre la resolución o el cumplimiento parcial con reducción de la contraprestación, cuando se produce un supuesto de imposibilidad de cumplimiento parcial en un contrato con prestaciones recíprocas; el artículo 1434 permite excepcionalmente la resolución total de un contrato plurilateral de prestaciones autónomas en caso de imposibilidad sobreviniente de una de las prestaciones cuando esa prestación se considera esencial, de acuerdo con las circunstancias; el artículo 1337 se refiere a la inutilidad de la prestación como consecuencia de la mora del deudor, en cuyo caso el acreedor puede rehusar la ejecución y exigir daños y perjuicios; los artículos 1485, 1486 1505, 1509, 1510, 1513 y 1524 contienen los supuestos de saneamiento en los que el bien transferido no podrá ser destinado o utilizado para la finalidad contractual o no tiene las cualidades que lo hacían apto para esa finalidad; los artículos 1655 y 1679 tratan de la presunción de utilidad del bien mutuado y del bien arrendado; los artículos 1681 inciso 1, 1689 inciso 1 y 1697 inciso 3 versan sobre el fin del arrendamiento; el 1783 alude a la inutilidad de la obra; el artículo 1728 al fin del comodato, etc.

Creemos, sin embargo, que la orientación general del **Código Civil** no es decididamente hacia el acreedor sino que, por el contrario, a menudo se toma partido innecesariamente por el deudor y que a los artículos antes mencionados hay que contraponer otros artículos del Código Civil que desnudan una falta de consideración por el interés del acreedor.

Es el caso por ejemplo de los artículos 1143 y 1144, sobre elección e individualización en las obligaciones genéricas, en las cuales se da la preferencia al deudor; el artículo 1162 sobre elección de las obligaciones alternativas, que igualmente concede la elección al deudor; el artículo 1235, que si bien permite pactar la indexación de las deudas contiene un enunciado demasiado rígido y limitado, además de no admitir la repotenciación judicial de las mismas; el artículo 1238 señala como lugar del pago el domicilio del deudor (similar regla tiene el artículo 1681 inciso 1 para el arrendamiento); el artículo 1314 permite considerar la inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso como no imputable, probando que se ha actuado con la diligencia ordinaria requerida, respondiendo a una óptica claramente pro-deudor; el

artículo 1316 precisa que la obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor; el artículo 1321 limita la imputabilidad de los daños y perjuicios a quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o leve; es el caso, así mismo, del tratamiento general dispensado a los contratos nominados, particularmente grave en el caso del suministro o de la prestación de servicios, que son contratos claramente sesgados hacia el acreedor (véase por ejemplo la regla del artículo 1762, que limita la responsabilidad en los servicios técnicos y profesionales), pero también presente en la compra-venta (por ejemplo, en el absurdo artículo 1562 que hace al vendedor perder el derecho a la resolución cuando el comprador pagó más del 50% del precio), o en arrendamiento (por ejemplo en el artículo 1705 inciso 5 no se toma para nada en cuenta el interés del arrendador, en caso de fallecimiento del arrendatario, y en el artículo 1697 inciso 1 se recoge una regla de protección al arrendatario, heredada de las legislaciones de inquilinato).

Temas debatibles son, por ejemplo, cómo compatibilizar las cláusulas limitativas de la propiedad o aquéllas que obligan al comprador a aplicar el bien vendido a determinada finalidad, con el carácter absoluto de la propiedad y con la prohibición del pacto de no enajenar en virtud del artículo 882 del Código Civil. O cómo compatibilizar igualmente la finalidad del contrato fiduciario en virtud de la cual se imponen la obligación de devolver el bien o transferirlo a un tercero, después de haber conseguido el fin, con el carácter absoluto y definitivo de la propiedad, que le permite al propietario disponer del bien como mejor le parezca.

Como **conclusión** de esta ponencia, creemos que muchos de los perjuicios en torno al fin provienen de su linaje causalista. Las desconfianzas y temores que la doctrina moderna ha venido cultivando sobre el tema de la **causa**, y en particular la causa-fin, han oscurecido la verdadera naturaleza y la enorme riqueza de posibilidades que encierra la institución de la finalidad. La satanización de la causa arrastra una buena dosis de incompreensión, malas interpretaciones, desinformación y perjuicios.

Sostenemos que, superando la visión estática del fin del contrato, debemos revalorizar su función y revisar el tratamiento dado a esta figura y a la tutela del interés del acreedor en los Libros de Obligaciones y Fuentes de las Obligaciones del Código Civil Peruano.

Como decía Eric Danz, “al buen juez se le reconoce en su preocupación por ayudar a las partes a alcanzar el fin del contrato.” Ojalá que de nuestro Derecho Contractual podamos decir en el futuro, que es bueno porque nos ayuda a satisfacer nuestros intereses en armonía con la función económica y social del contrato.

## VIGENCIA DEL TITULO Y MODO EN LA CODIFICACION CIVIL

**Ernesto Wayar**

Queridos amigos peruanos, entre los problemas más importantes que ofrece el derecho civil patrimonial, se cuenta aquel que se estudia bajo el rótulo: "La teoría del título y el modo". El asunto se presenta con apariencia bifronte, en el sentido de que este es un problema que interesa por un lado al Derecho de los Contratos, desde que son éstos los que con frecuencia se postulan como títulos, y a su vez interesa también al campo de los Derechos Reales, porque son estos derechos los que se adquieren, en buena parte de los sistemas legislativos del mundo, con la concurrencia de un medio o modo adquisitivo idóneo.

Entre los contratos que se postulan como aptos para servir de títulos traslativos se cuentan: la compra-venta, la permuta, la donación, la cesión. Pero de entre ellos el paradigmático es sin duda la compraventa. Es por ello que esta sesión va a tener como punto de partida el contrato de compraventa, sin perjuicio de hacer específica referencia a cualquiera de las otras especies cuando así lo exija el curso de la exposición.

La cuestión podría quedar planteada en estos términos: ¿La compraventa por si sola es suficiente para trasladar el derecho real de propiedad involucrado en ese negocio jurídico? ¿Será necesario concertar otros negocios o actos jurídicos como la tradición, la inscripción en registros especialmente organizados para que opere la mutación real?

Si se examina los sistemas vigentes se pueden agrupar 3 tendencias: por un lado legislaciones que adoptan la teoría del título y el modo y que por ende responden a la interrogante en el sentido de que la com-

pra-venta por si sola no es apta para trasladar el dominio, es necesario además tradición, o en su caso, inscripción en registros especiales. Otros sistemas, que le confieren a la compraventa fuerza traslativa, son aquellos que se afilian al sistema del “solo consentimiento”; el solo consentimiento basta para trasladar el derecho real de propiedad. Y unos terceros, aceptan la teoría del título y el modo, pero añaden que debe seguirle la inscripción en el registro con fines publicitarios para que esa transmisión pueda ser oponible al sujeto pasivo universal. Naturalmente no he podido descubrir un sistema puro. Los sistemas siempre tienen matices de los tres.

El objeto, el propósito de esta disertación es analizar el Código Civil Peruano. Antes que nada, permítanme una breve referencia histórica y una ojeada al derecho comparado, para poder situar el tema dentro de los límites en los que pretendo ponerlo. Esta distinción: título y modo, hunde sus raíces en el Derecho romano y si se quiere aún en Grecia. Abreviando, si hemos de prestarle preferente atención a lo que enseñan romanistas como Mainz, Pietro Bonfante, José Arias Ramos; veremos que en la compraventa romana cuando quién vendía se obligaba sólo a transferir y a garantizar la posesión quieta y pacífica, no trasladaba el derecho de propiedad, sino que para ello era necesario la **mancipatio**, la **iure in cesio** para la res Mancipi o la **traditio** simplemente para la res nec Mancipi, allí está el origen de este desdoblamiento de título y modo.

Por cierto, esta no es la única tesis sobre la compra-venta romana: Salvatore Ricovono afirma enfáticamente que es en el período romano bizantino donde nace la idea de la compra-venta con fuerza traslativa por el sólo consenso, idea que luego pasaría al Código francés. Pero como quiera que sea aquí se trata simplemente de dejar sentado que esto tiene siglos detrás de si, esta idea del título y modo; porque permítanme adelantarlo: este es un problema fundamental, y ya que está en juego nada menos que la transacción sobre inmuebles.

Es esto algo que interesa no sólo a la academia, sino también al ciudadano, a la gente que habita estas tierras, y que negocia sobre inmuebles. Por ende, el sistema de transmisión dominial es un sistema que debe ser seguro, que debe ser cierto, que debe ser justo. En consecuencia, lo que se trata de saber es si los sistemas imperantes en esta parte de América, están o no de acuerdo con tales exigencias. Por ejemplo,

el Código Civil español tiene un serio problema a partir del artículo 1545° de ese código, porque allí se dice que por la compraventa, una de las partes se obliga a entregar una cosa determinada, y la otra a pagar por ella un precio en dinero o signo que lo represente. Y lo que tortura a los españoles es saber si esa obligación de entregar tiene finalidad traslativa, o recoge la vieja idea romana de lo que se entrega es una cosa para garantizar solamente su posesión quieta y pacífica. Pero nos parece que tiene razón aquel sector de juristas españoles, por ejemplo, Moreno Mocholí, que afirma que a pesar de la letra de ese artículo, en España, la entrega tiene que tener fuerza traslativa.

En Italia el problema es diferente. Ya desde el Código de 1865 se toma la idea de la venta traslativa, esa idea queda consagrada luego en el Código de 1942. En Italia aplauden el sistema, parece que les va bien con las ventas traslativas. En Francia ocurre otro tanto, allí se sabe que ese Código siguió el paradigma del sistema. La venta tiene fuerza traslativa también, el sólo consentimiento traslada el derecho. Los problemas a los que se refieren los Mazeaud, las advertencias que hacen, pueden ser motivo de análisis en otro marco, pero por ahora basta la mención. Italia y Francia aceptan la traslación sólo consenso.

En Argentina en cambio, se sigue la tradición del título y modo, la venta es título, esto es, causa-fuente mediata de la mutación del derecho real. La tradición es causa-fuente inmediata del cambio de titularidad en el derecho real involucrado. Y por fin, para los inmuebles, es necesario inscribir esa transferencia en el registro a fin de que pueda ser opuesta al sujeto pasivo universal. Para los automotores el título es la venta, negocio jurídico que tenga finalidad traslativa, el modo, ya no es la tradición, es la inscripción en un registro especialmente organizado al efecto. Tal es en breve síntesis el sistema imperante en Argentina.

Y ahora vamos al Código Peruano. Si nos preguntáramos cuál es el sistema y partiéramos de los textos del Código Civil, lo primero es el título referido a la compraventa. Dice el artículo 1529° que por el contrato de compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad sobre un bien al comprador, y éste se obliga a pagar su precio en dinero. De la letra se desprende que la compraventa tiene carácter meramente obligatorio, las palabras "se obliga a", no dejan en principio dudas al respecto. Pero si se quisiera indagar un poco más, basta mirar el artículo 1549°,

este artículo dice: “es obligación esencial del vendedor, perfeccionar la transferencia de propiedad sobre el objeto vendido”. Dice que la obligación es esencial, y aquí las dudas que pudieran todavía subsistir deben ser olvidadas realmente. Además, el 1567°, referido a la traslación de los riesgos señala que el riesgo de pérdida o deterioro bienes ciertos por causa no imputable a los contratantes, pasa al comprador después de su entrega. No puede quedar duda entonces de que la venta peruana es meramente obligatoria me parece que no puede haber duda.

Pero si seguimos indagando en este Código, nos encontramos con el artículo 949°. Este artículo contiene un texto riquísimo, si se tiene en cuenta que ha dado motivo a las más diversas interpretaciones, a las más diversas tesis, algunas de ellas muy valientes y por cierto todas muy inteligentes. Este título o sub-capítulo confirma aquello de que la venta es simplemente obligatoria, y lo confirma sin duda, para las cosas muebles en el artículo 947°, pero el 949° dice: “la sola obligación de enajenar un inmueble determinado, hace al acreedor propietario, salvo disposición legal en contrario o pacto en contrario” términos más o menos es lo que la letra de este artículo dice. Y entonces cabe acá una interrogante: hay o no contradicción entre el 1529° que define la venta en los términos ya descritos y este artículo que declara que la sola obligación de enajenar traslada el derecho real de propiedad: hay respuestas para todos los gustos.

Según unos no hay contradicción, no hallan ningún obstáculo para cerrar un sistema coherente, entonces dicen que la venta es meramente obligatoria en general y para las cosas muebles, pero para los inmuebles cambia el sistema y se ha convertido en traslativo, no porque la venta sea traslativa sino como consecuencia de este 949°.

Esta tesis es del Dr. Cárdenas Quirós. Es necesario hacer notar, que no se trata de criticar un sistema u otro, porque en definitiva esta es una cuestión de política legislativa, se puede aceptar uno u otro sistema, aquí de lo que se trata es de saber si las normas que conforman el Derecho positivo peruano toleran un sistema u otro, o es necesario un esfuerzo interpretativo para tratar de coordinar los textos. Y digo que esto ha dado motivo a las más diversas tesis todas inteligentes, y algunas valientes. Por ejemplo, para el Dr. Hugo Forno, este artículo en tanto menciona la sola obligación de enajenar un inmueble determinado, lleva a sostener dos cosas:

Primero, que aquí en este sistema habría contratos con efectos reales, los cuales son contratos traslativos. Es un sistema como el que impera en Argentina. Esto da materia para una sutileza mayor porque nosotros allá distinguimos los contratos según su formación en consensuales y reales. Consensuales, quedan perfeccionados por el sólo consentimiento; los reales se perfeccionan con la entrega. Pero a su vez, un contrato consensual puede tener efectos reales, como es el caso de la venta francesa o de la cesión de créditos en Argentina; y a su vez un contrato real, esto es que se perfecciona con la entrega, puede tener efectos personales o puede tener efectos reales. Un ejemplo de contrato real con efecto personal, es para nosotros el depósito o el comodato porque se perfeccionan **in re**, con la entrega pero engendran una obligación o derecho de crédito que consiste en restituir la cosa al prestamista.

En cambio en el Perú debe hablarse de contrato con efecto real, partiendo de la base de que todos los contratos son consensuales, porque se ha suprimido en este Código la categoría de los contratos reales. Contrato con efecto real sería aquél que por el solo consentimiento traslada el derecho real comprometido; esta es la primera conclusión del Dr. Forno. La segunda es que niega que el 949° pueda referirse a una verdadera obligación de enajenar, porque luego de un análisis de la estructura de la obligación llega a la conclusión que el deudor de un inmueble, no tiene en rigor, que desplegar actividad alguna. De suerte que cuando lo debido es un inmueble, allí no hay obligación: el sólo consentimiento trae como consecuencia el cumplimiento. La tesis es inteligente y valiente. Valiente porque generalizando llevaría a suprimir en rigor la categoría de las obligaciones de dar, porque la circunstancia de que el objeto debido sea un inmueble no significa que sea distinta de una obligación de dar cualquier otro objeto. Así el que paga dinero tiene que cumplir un **dare**, y esto consiste en meter la mano en el bolsillo y pagar, y ese comportamiento puede constituir una prestación para quienes siguen esa terminología clásica.

Otra tesis que también trata de explicar esta aparente contradicción entre el 949° y el resto de los artículos que se refieren a los contratos consensuales apunta, como lo dice el Dr. Gastón Fernández, a sostener que no es posible que a tenor de este artículo nazca una obligación ya cumplida, es como si hubiera nacido muerta, porque si la sola obligación de enajenar hace propietario al comprador, quiere decir que la obligación

no ha existido nunca, nació muerta. Esta también es una tesis inteligente. Pero nosotros leemos el Código y le damos una interpretación objetiva. Tengan presente que las leyes se independizan de sus autores concretos, y entonces ya no se puede interpretar la ley conforme al pensamiento de su autor, sino que se nos ofrece como un producto distinto de la voluntad de su creador. Digo esto porque es bueno independizar el debate de las fuentes, y porque yo no he tenido oportunidad de participar en los precedentes y no los conozco, pero tomo la ley como producto acabado, independizado de sus autores concretos, y entonces las dudas son verdaderamente grandes.

Por empezar, cuando se vincula el artículo 949° a la definición de compraventa, parece limitar o cercarse el debate con el contrato de compraventa. Se dirá que la venta es meramente obligatoria, salvo para los inmuebles, en los que allí la sola obligación de enajenar traslada el dominio. Pero sucede que obligaciones de enajenar un inmueble no nacen sólo de la venta. Comencemos a ver los contratos típicos diseminados en el Código.

En primer lugar, el artículo 1602° referido a la permuta. Aquí también estamos en presencia de un contrato meramente declarativo. Si lo que se constituye en objeto de la permuta son inmuebles, entonces fíjense que hay dos obligaciones de enajenar recíprocamente, y en ambos casos se aplicaría el 949° porque no hay porque no aplicarlo, ya que la ley no distingue.

En la permuta tendríamos una transferencia simultánea del derecho real de propiedad entre co-permutantes. Por lo tanto, si el riesgo es grande cuando sólo uno por su obligación de enajenar transfiere el dominio, ese riesgo se duplica en caso de permuta. Pero sigamos, la donación prevista en el artículo 1621° del Código Civil Peruano de 1984, también es un contrato creditorio. Por definición: “el donante se obliga a transferir la propiedad de un bien”. Ya sabemos que la donación basada en el altruismo, el acto generoso, es quizás el más civilístico de todos los contratos, porque está desprovisto de todo lucro, y por lo tanto se piensa siempre en favor del donante. Sin embargo, la sola donación desde que engendra la obligación de enajenar, lo despoja de la propiedad que pasa al donatario. Y hay una serie de artículos que tendrán que explicar los que defienden la tesis de la transmisión sólo consenso, por ejemplo aquel que dice que las condiciones económicas del donante pueden variar, y

en este caso puede ser dispensado de la entrega. Aplicando el 949, resultará que no puede desvestirse un santo para vestir otro. Una aplicación literal fría de los textos llevaría hacia soluciones quizás inicuas, injustas. Veamos ahora el tema referido a la promesa unilateral prevista también en este Código, en el artículo 1956°.

El Código dice en este artículo que: "por la promesa unilateral el promitente queda obligado por su sola declaración de voluntad, a cumplir una determinada prestación." Y esto es decir que si la declaración consiste en enajenar un inmueble, la transferencia ex artículo 949° tendría lugar por la sola declaración; y si se me dice que el segundo párrafo del mismo artículo supedita la condición de acreedor a la previa aceptación, entonces yo diría que también este texto parece dudoso, porque si en definitiva se exige aceptación del acreedor ya no estamos en presencia de una promesa unilateral. Si se quiere hacer valer la promesa unilateral o declaración unilateral como fuente autónoma de obligaciones, el problema de la transmisión sólo consenso queda también a mi juicio aquí patentizado.

El análisis del 949 nos llevó a precisar que se entiende en el lenguaje de este Código por inmueble, porque no desconozco que en los proyectos que precedieron a la sanción definitiva de este Código, la clasificación de los bienes obedecía a otro criterio distinto del que finalmente quedó consagrado: el de los bienes registrables. En la definición contenida en el artículo 885°, inciso 10, se señala: son inmuebles los derechos sobre inmuebles, inscribibles en un registro. Lo cual quiere decir que también es posible que si la enajenación tiene por objeto una hipoteca, la sola obligación de enajenarla transfiere el derecho. Y esto crea un problema de derechos registrales, que naturalmente debe ser explicado por quienes pretenden o quieren darle prevalencia al artículo 949°.

Así las cosas, queda por ver otro texto vinculado a estos porque ha sido tratado como un modo adquisitivo, es el texto que define la cesión de derechos. En la cesión de derechos en el Código Argentino no sólo se ceden créditos, sino que se puede decir que el objeto a ceder debe ser mucho más amplio y por ende no es sólo el crédito el que se cede sino que son los derechos en general las que pueden cederse. Esto que ha sido también preocupación del legislador peruano, lo ha llevado a sustraer el tema de la cesión del capítulo de los contratos y lo ha pasado al marco

de la Teoría General de la Obligación. ¿Cuál puede ser la razón del cambio metodológico?, ¿acaso la cesión no es un contrato? Por definición, y este Código así lo define, se acepta la tesis amplia del contrato. Entendemos por tesis amplia aquella que concibe al contrato como el acto que genere obligaciones, pero que también transmite, modifica o extingue derechos. Desde esta óptica, la transacción y la novación pueden ser contratos extintivos, y la cesión que transmite también lo es. Parece entonces que se le ha entendido como modo de transmisión.

En Argentina, nosotros aceptamos la teoría del título y modo como queda dicho, no obstante en materia de cesión de créditos si aceptamos la tesis traslativa, porque allí no hay como funcione la tradición como modo, no hay que entregar, simplemente el sólo consentimiento traslada el crédito. La notificación al deudor cedido aparece como un requisito que justifica los efectos respecto de terceros, pero no constituye un modo. Por ello en Argentina todos los contratos son creditorios, salvo la cesión que tiene fuerza traslativa. En ese sentido, estamos de acuerdo con la definición y redacción del Código Peruano. Pero lo que plantea un problema interpretativo y que recién he podido dilucidarlo con la información con que cuento de la doctrina peruana, es saber qué derechos pueden ser cedidos y cuáles derechos pueden ser vendidos. Ambos contratos, cesión y venta, tienen por objeto en definitiva la transmisión de ciertos derechos. Por la venta se transfiere la propiedad sobre un bien, el cambio de palabra "bien", supone que tiene un objeto amplio, pueden ser bienes incorpóreos, pueden ser derechos, propiedad sobre ciertos derechos. La cesión transmite derechos, entonces ¿qué derechos se ceden, qué derechos se venden? Se puede preguntar si el usufructo, por ejemplo, se vende o se cede; y esto crea ya un problema, porque si vamos a responder que se cede, la transmisión es también ipso facto con el sólo consentimiento, en cambio, si se vende, habrá que esperar tradición.

En suma, nos ha preocupado el tema de la transmisión dominial, como ya les dije, porque involucra un problema económico fundamental como es el referido a la propiedad de la tierra. Por lo tanto, un sistema que consagra la transmisión ipso facto, de pleno derecho, por el sólo consentimiento como surge del 949º, sin una adecuada registración (porque también ha sido dicho con motivo del debate anterior que el Perú carece de una organización registral eficiente, y que por ende no era conveniente aceptar la clasificación de bienes registrados y no registrados), entonces el problema subsiste.

El sólo consenso sin registraci3n, sumado a ello que la posesi3n de los bienes tampoco aparece como un medio publicitario adecuado, produce que el sistema se torne por lo menos riesgoso para los terceros. Es por eso que el profesor Alfredo Bullard ha dicho con acierto que este sistema crearía a lo sumo la idea de que el sólo consenso transmite la propiedad interpartes pero no frente a terceros, porque éstos desde que no tienen noticia ni por los registros ni por la posesi3n, entoncés para dejarlos a salvo, se limita la transferencia entre partes. Y esto supone aceptar que hay una propiedad limitada, relativa, que no es oponible a nadie, más que a cada parte.

El proyecto de C3digo Civil Argentino que cuenta ya con media sanción en la C3mara de Diputados, le da a la posesi3n un rango de elemento publicitario tan importante como el registral. Para nosotros el hecho posesorio se presenta como el verdadero medio publicitario, nosotros tenemos el problema ya del boleto de compraventa inmobiliario, es decir de la compraventa hecha sin forma, sin la forma prescrita por la ley que es la escritura. Pero en el caso de conflicto entre sucesivos adquirentes triunfa el que tiene la posesi3n del bien. La posesi3n se presenta como hecho que exterioriza una relaci3n real con la cosa. Entonce se exige que quien adquiere por lo menos constate qui3n posee y mediante qué título. Esa posesi3n aparece como un hecho que publicita la situaci3n jurídicade del bien que se adquiere. Digo esto porque es necesario rescatar, creo yo, la idea de que la posesi3n es el verdadero medio publicitario, más aún que la tradici3n, pues la posesi3n define la situaci3n de los bienes. Entonce en el sistema peruano se suma el hecho de que la compraventa como título no tiene la formalidad de la Escritura Púbdica que si tienen otros sistemas, entoncés resulta que una compraventa puede ser consensual, verbal. Una compraventa perfeccionada verbalmente, que traslada *per se* el derecho de propiedad sin registro, y desprovista de posesi3n, crea, según nos parece, un sistema que puede engendrar conflictos.

Quizá el mercado inmobiliario todavía no se ha movido con la intensidad necesaria para poner de manifiesto estos problemas. Cuando esto suceda, quizá se comprenda la conveniencia de suprimir el sistema o de cambiarlo, porque, vuelvo sobre mis palabras: ésta es una cuesti3n de política legislativa, y por lo tanto quienes quieren un sistema traslativo debieran proponer las reformas pertinentes para que el sistema funcione como tal, y sea verdaderamente traslativo. Bastaría modificar el conteni-

do de las definiciones, mejorar la mención del artículo 949º: o si no se quiere eso y se quiere la subsistencia de la teoría del Título y el Modo, bastaría con suprimir el artículo 949º.

En definitiva, todo quedará librado en estas horas a la interpretación judicial. Citando a Danz, uno de los exponentes más notables del realismo jurídico, de aquellos que privilegian la realidad antes que los conceptos abstractos, dogmáticos, que son pura academia y teoría, concluimos que son esos jueces los que fallan desdeñosamente contra el sentimiento jurídico del pueblo, porque así se los impone el concepto que se inventan, el que llaman lógicamente necesario, y con un profano aterrado ante una sentencia, se llevan las manos a la cabeza, lo despachan con una sonrisa de superioridad y le dicen qué sabes tú de esto. Esos jueces son precisamente los que con un sistema defectuoso y contradictorio pueden hacer temblar al ciudadano, no hablo de esta magistratura ni de ninguna en particular, porque en definitiva el problema estará dado por el sistema de selección de hombres y no por un juez concreto, quiero decir: con un sistema legal defectuoso, con aparentes contradicciones intrínsecas, la tarea judicial puede ser aún más perturbadora.

Con jueces, en cambio, que prioricen la realidad antes que los conceptos dogmáticos y la letra fría de los textos, es posible que se llegue a soluciones justas y equitativas.

## CRITERIOS PUNTUALES SOBRE LA POSESIÓN EN EL DERECHO ACTUAL

Luis Guillermo Velásquez Jaramillo

Desde épocas muy remotas, casi desde el nacimiento de la humanidad, el contacto del hombre con las cosas que lo rodean ha merecido por parte de todas las legislaciones una atención especial. La riqueza de contenido patrimonial constituye una de las bases fundamentales para que el ser humano pueda satisfacer sus necesidades elementales, de tal suerte que esta riqueza no permanezca en el espacio como una concepción abstracta y sin sentido finalista. Ese espíritu de servicio que la naturaleza brinda al sujeto de derecho para apropiarse o utilizar las cosas o bienes que lo rodean, constituye la base fundamental para que la organización social se autodetermine y formule normas imperativas que constituyen su ordenamiento superior para evitar así la aplicación de una justicia privada. Los fenómenos sociales esperan turnos muchas veces rigurosos para que el legislador los avise y los transforme en fenómenos o instituciones jurídicas. La posesión ha tenido siempre la fortuna de ser una institución permanentemente estudiada y nunca se ha esperado a que los juristas se pongan de acuerdo o no sobre si es un hecho o un derecho.

Tradicionalmente se ha entendido que no toda relación del hombre con las cosas materiales o físicas de la naturaleza significa una relación posesoria. Un simple contacto físico con ellas sin una manifestación exterior de la voluntad en dirección posesoria genera otro tipo de relaciones que también el Derecho regula pero en esferas o instituciones jurídicas diferentes. El simple contacto físico sin un poder o señorío de la voluntad, la simple precariedad o mera detentación reconociendo un dominio ajeno, la relación del heredero con los bienes relictos denominada impropia posesión legal de la herencia, la relación con un estado

civil determinado denominada posesión notoria del estado civil, la relación que se presenta sobre un derecho independientemente aislado del objeto material sobre el cual recae, la denominada posesión de créditos, etc. Con mayores o menores disquisiciones originadas en diferentes épocas y períodos de la historia de la humanidad, han tenido un espacio concreto en instituciones diferentes a la tradicional teoría posesoria. No obstante ires y venires, las influencias del antiguo Derecho Romano sobre la teoría general de la posesión, rondan campantes sobre el Derecho actual y no es impropiedad sostener que las diferentes épocas de la humanidad comparadas con la del Derecho Romano, se presentan como un par de amantes en sus fases permanentes de ofensas y reconciliaciones. Esta comparación sin embargo, ha decantado la posesión y afirmaciones inexpugnables del Derecho romano han sido totalmente descartadas en el derecho actual. El dogma romanista de considerar, por ejemplo, la posesión como una simple exteriorización del derecho real de propiedad, la sociedad actual lo ha sepultado, permitiéndose de la institución una visión autónoma que puede estar unida a derechos reales de contenido diferente al dominio. Como el pueblo romano tenía características de sociedad doméstica, era para ellos muy fácil concebir la idea de que quien figurara con la posesión coetáneamente portara el dominio. No obstante en el mundo actual (con un perfil de superpoblación y presencia de grandes concentraciones urbanas, lo que crea una noción impersonal del destinatario de las normas jurídicas), resulta difícil aún concebir una posesión sin una serie de presunciones de carácter general o totalmente abstracta sobre un derecho sin conexión física o material con su objeto. La denominada posesión de derechos aunque consagrada legalmente en la mayoría de las legislaciones, es un tema álgido lleno de impropiedades conceptuales y prácticas.

De ser inicialmente la posesión tenencia o contacto, físico o material, del hombre con las cosas de la naturaleza con ánimo de señor y dueño, ha pasado a comprender fenómenos tan antagónicos a su concepción tradicional como el de la tenencia precaria y ha afirmarse sin temores que un arrendatario, por ejemplo, también reciba la calificación de poseedor, aunque con ello la posesión no conduzca a la adquisición de un derecho real. Lo cierto del caso es que en el Derecho actual el fenómeno posesorio está férreamente unido a la teoría de las apariencias jurídicas, calificándose en la legislación universal unas veces como un hecho y otras como un derecho de contenido provisional o interino, y en muchas

de ellas como hecho y derecho a la vez. En la legislación española, por ejemplo, existen disposiciones que la consagran como poder de hecho (se tiene un poder cuando se tiene la cosa materialmente sin mirar si se tiene o no un derecho a poseerla) y como derecho por la protección jurídica que merece. De aquí se concluye, como lo afirma con sapiencia el ilustre tratadista español Manuel Albaladejo, que cuando se trata de un poder jurídico la legislación concede poder y protección, en cambio, cuando se trata de la posesión hay protección más no poder jurídico. Una protección que la hace visible como derecho se presenta en casos como el del poseedor que es despojado del objeto posesorio, el cual tiene un poder jurídico para recuperarlo dentro del año siguiente al despojo, fuera de mantenerse en ella un efecto prescriptivo. Lo anterior en términos simples y llanos no es más que la consagración legal del principio savignyano de que la posesión es un poder de hecho pero que tiene consecuencias jurídicas protegidas por el derecho. Existen legislaciones más atrevidas que le otorgan a la posesión el calificativo de derecho con un contenido provisional o interino, sólo derrumbable cuando el verdadero propietario irrumpe con la acción reivindicatoria y consecuentemente derrota en la litis la aspiración posesoria. Otras legislaciones la incluyen expresamente dentro de los derechos reales como ocurre con la legislación peruana al regularla en los arts. 896 y ss. de su estatuto civil. Sin embargo, en el particular aspecto de la protección posesoria existe un común denominador en todas las legislaciones y los interdictos del derecho romano, con mayor o menor intensidad en su aplicación, siguen trajinando en el mundo actual.

Si bien los diferentes sistemas discuten sobre si la posesión es un hecho o un derecho, todos se unifican en la protección de la posesión y tiende a ser más armónico el que la presenta como un hecho en su concepción o andamiaje sustantivo. No es muy acertado concebir la posesión como un derecho más débil que el derecho real que enfrenta. El derecho real es siempre uno y como poder jurídico de naturaleza real no puede predicarse de él grados de fortaleza o debilidad. La concepción de la posesión como hecho es igualmente fuerte que el concepto de propiedad como derecho. Cada uno en su campo tiene la fuerza inherente que lo caracteriza sin entrar en comparaciones distorsionantes.

Existe una tendencia muy marcada en el mundo actual de considerar dentro la noción posesoria la simple precariedad ya que también

constituye una relación del hombre con las cosas de la naturaleza bajo el imperio de su voluntad. En este sentido, las legislaciones derivadas de la germánica admiten la existencia de la posesión en nombre propio y de la posesión en nombre ajeno. Se **posee a nombre propio** en la denominada posesión de propietario (*civile possessio* del derecho romano) e implica siempre la presencia del *animus domini* o ánimo de señor y dueño. Es una posesión que exterioriza el derecho y como norma general tiene un efecto prescriptivo. La **posesión a nombre ajeno** es la que se ejerce sobre derechos diferentes al dominio, como ocurre con sus desmembraciones y las originadas en derechos personales. Así un arrendatario, un comodatario, un usufructuario, son poseedores a nombre ajeno. Reconocen siempre sobre su propia posesión una de rango superior. En algunas legislaciones se habla también de poseedor mediano e inmediato, en otras de poseedor directo o indirecto.

En las legislaciones de estirpe romanista la posesión, la única y verdadera posesión es la que se presenta, fuera del corpus, un ánimo de señor y dueño. Las relaciones de precariedad, como la que deriva de un contrato de arrendamiento, no constituyen una relación posesoria ya que en ellas falta el deseo de obrar como señor y dueño: todo lo contrario, el arrendatario reconoce desde un principio la temporalidad y precariedad de su estado, reconociendo el dominio del arrendador. Mientras permanezca esa precariedad en su ánimo no es permisible hablar de relación posesoria y por consiguiente de una presencia prescriptiva. Ello no obsta para que esas mismas legislaciones le permitan a ese detentador precario transformarse en poseedor a través del fenómeno conocido como la intervención del título (tenedor que se transforma en poseedor).

### **La verdadera posesión es la que no está unida a vínculos jurídicos**

Si se requiere a un propietario para demostrar la existencia de un poder jurídico de naturaleza real, seguramente responderá sobre su existencia, presentando documentos o testimonios relacionados con la expresión del consentimiento o de la entrega material o tradición simbólica según el caso. Si de inmuebles se trata, recurrirá a escrituras públicas solemnes y a certificados de inscripción. Si a ese mismo propietario se le pregunta: ¿Cómo demuestra usted la existencia de la posesión?. La respuesta tiene que ser diferente de la expresada cuando se le indaga por un

poder jurídico real. Si la posesión estuviera irradiada de un poder jurídico, seguramente quedaríamos satisfechos con la presentación de los documentos o pruebas anteriores. Pero ello no puede ser así. Ese propietario seguramente nos contestará: Yo pago los impuestos, yo reparo el bien, velo por su conservación, etc. Esta sencilla pero expresiva respuesta nos indica que si la posesión fuera un poder jurídico ninguna diferencia tendría con el derecho de propiedad como es el caso que nos ocupa. Y lo más complejo es que, para proteger nuestro bien tendríamos que caminar diariamente con la presencia de la titulación aferrada a nuestro cuerpo presentándola a las autoridades como respaldo frente a las perturbaciones o despojos de terceros. La posesión no puede entonces concebirse como lo es el cordón umbilical entre la criatura y la madre. La verdadera posesión con efecto prescriptivo es la que surge sin ataduras jurídicas. Por ello todas las legislaciones consideran elemento no esencial a la protección de la posesión la presencia probatoria de la titulación. Los títulos ilustran pero no definen. La posesión es sólo corpus y animus. Demostrados estos elementos la protección es innegable. El propietario, titular de la acción reivindicatoria, *requiere siempre para que salga adelante en la litis de la prueba del dominio*. Si en la misma calidad de propietario es perturbado en su posesión la autoridad nunca le va a solicitar los títulos como presupuesto previo para poder protegerlo de la perturbación o el despojo. La prueba de su posesión es suficiente para enervar los actos perturbadores. Cuando se trata del ejercicio de un poder jurídico de naturaleza real o del ejercicio de una facultad jurídica emanada de un derecho personal, la ley otorga a su titular acciones reales o personales. En cambio, el poder de hecho inherente a la posesión, se protege con acciones posesorias o simples querellas o quejas de tipo administrativo.

La posesión unida al derecho, como forma de exteriorización de un poder jurídico, decían los romanos, tiene obviamente una protección legal, pero en sí misma no tiene un efecto prescriptivo como si se pudiera afirmar que su titular adquiere el derecho por prescripción. Esa posesión le sirve al propietario o titular del derecho para defenderse a través de procedimientos de corto trámite o servir de vínculo jurídico en la agregación de posesiones, pero de ninguna manera para prescribir ya que el bien se encuentra en su patrimonio a través de un título o modo de adquirir. La posesión adquiere una dimensión autónoma y su verdadera forma de impacto social y jurídico, cuando no existen de por medio títulos presuntamente atributivos de derecho alguno o existiendo éstos sólo sir-

ven de instrumentos para reducir plazos de prescripción. El poseedor al colocar el sello de su corpus y animus en la posesión, tiene la oportunidad de transformar las apariencias en derechos de carne y hueso, en otros términos, lograr la adquisición del derecho a través de la prescripción. Esta es entonces la verdadera posesión, la que trata de regular la ley para evitar la generación de impactos sociales negativos. Si ello no fuera así, sólo los titulares de poderes jurídicos merecerían la protección legal y la posesión no existiría más que como una entelequia teórica sin ninguna impactación social. Si se predicara la tesis de que el titular de un poder jurídico fuera el único que pudiera ejercer la posesión, la institución sería tan frágil y de tan poco contenido que sobraría en todas las legislaciones, dejando al garete y al vacío (con las peligrosas consecuencias que ello acarrea), las más voluminosas relaciones del hombre con las cosas que lo rodean. Este fenómeno que constituye la verdadera posesión no solo se circunscribe a la oportunidad de lograr a través de la prescripción la titularidad real de un derecho. La doctrina es unánime en considerar al poseedor, como el máximo capitán de las apariencias jurídicas. La apariencia firme pero no definitiva, lo considera aunque sea provisionalmente, como un verdadero titular del derecho, hasta llegar a afirmarse como dueño mientras otra persona no justifique serlo. Si esta persona nunca se presenta, la posesión ha logrado crear una causa jurídica donde no existía. Este fenómeno únicamente lo logra la posesión.

### **Razones para proteger la posesión**

Los fundamentos legales para la protección de una posesión unida a la titularidad del derecho, como ocurre con la posesión del propietario del bien, son de claridad meridiana. Al legislador le satisface que la titularidad del derecho tenga como protagonista en su ejercicio a ese titular, es decir, que el propietario sea a la vez el poseedor. Si su posesión es perturbada o despojada, el poder jurídico de su titular es tan amplio que de él emerge la protección no sólo al derecho sino al hecho de la posesión. El ordenamiento jurídico fundamenta con creces dicha protección y su causa es la razón de ser, la existencia misma del Estado de Derecho. El problema de la razón que asiste al legislador para proteger una relación posesoria adquiere un dimensionamiento distinto cuando se trata de la tutela o protección para un poseedor no titular de un poder jurídico, o para ser más expresivos: ¿por qué se permite a un usurpador, a un la-

drón, al sujeto portador de la mala fe, a quien obra violenta y clandestinamente en ejercicio de la posesión, una protección legal?. Las más variadas posiciones se han presentado para justificar dicha protección jurídicas, basadas ellas unas veces en la posición individual del poseedor y otras en consideraciones de tipo social. Los que se basan en razones inherentes a la protección individual del poseedor, argumentan como tesis central la presunción de legitimidad de la posesión ya que ante los ojos de terceros la institución aparece pública y notoria, en cambio los derechos del respectivo titular son abstractos y no hay posibilidad de detectarlos a simple vista. Hay que presumir como legítima la situación del poseedor. En otros términos, si no existen argumentos de referencia acerca de la legitimidad de una relación posesoria, la posesión se presume legítima, mientras no se demuestre lo contrario. Esa presunción de legitimidad, sin embargo, no puede ligarse específicamente a ningún derecho como lo hacían los romanos respecto al derecho de propiedad. Los romanos tuvieron una propiedad personalizada y fácil de detectar en ella la posesión. Quien poseyera tenía la calidad de propietario. En el mundo actual, en el que prevalece una propiedad capitalista, no se puede deducir la misma apreciación de los textos romanos. En síntesis, existe una presunción de legitimidad de la relación posesoria que no significa necesariamente una unión con el respectivo derecho que puede servirle de origen.

Toda manifestación de voluntad expresada al contexto social merece una atención especial de la norma jurídica. Como la posesión significa una expresión de la voluntad necesita de protección legal.

La posición que ve en la protección de la posesión consideraciones de tipo social, basa su argumento en pautas de tranquilidad y sosiego necesarias para evitar la presencia de la violencia en las relaciones humanas. Al proteger la posesión se protege además un derecho probable de propiedad y si existe como fenómeno de hecho, para cambiarlo por otro o reafirmar un derecho, existen procedimientos o mecanismos generalmente de tipo procesal que deben respetarse por los particulares sin que se vislumbren peligrosas formas de aplicación de la justicia privada. Si a un poseedor, el verdadero propietario o un tercero le controvierten, le violentan o perturban la posesión, él no puede responder con mecanismos individuales ideados por su propia voluntad, para cambiar esa situación. Sólo el poder de imperio del Estado, bien sea a través de instru-

mentos administrativos o judiciales, siguiendo la ritualidad de un procedimiento o un juicio tienen amplitud suficiente para proteger la realidad posesoria. Lo anterior no obsta para que el poseedor pueda desarrollar estrategias de legítima defensa frente a la perturbación, nacidas del instinto natural de protección patrimonial, a lo que los alemanes denominan legítima defensa de la posesión.

El poseedor en sentido general es un actor de la productividad de la riqueza en cualquier sociedad. Si el ideal jurídico de que la titularidad sea en términos generales la que ejerza el poder de hecho que esa relación implica, no se puede cumplir, es necesario admitir que en el caso contrario el poseedor está incorporando un bien al proceso productivo de la sociedad. En otros términos, la pasividad del titular de un derecho, no puede enervar el crecimiento económico ni la movilidad de la riqueza colectiva. Si el poseedor incorpora un bien al proceso productivo de la sociedad a ella misma le corresponde protegerlo sin más consideraciones.

De las argumentaciones expuestas puede concluirse que, tanto consideraciones de tipo individual que atañen a la posesión misma y a la conducta asumida por el poseedor, como consideraciones de tipo social, sirven de fundamento a la protección posesoria. La posesión recoge todos estos argumentos y a cada uno le concede el crédito respectivo.

### **La posesión como hecho o como derecho**

Para Savigny, la posesión considerada en sí misma, como una noción estática de derecho sustantivo, es un hecho; desde el punto de vista de sus efectos, o sea en su función dinámica, es un derecho. En otros términos es un hecho con consecuencias jurídicas. Al tener una consecuencia jurídica, la ubica más bien en el campo de los derechos personales ya que los instrumentos de protección posesoria tienen un sentido teleológico de protección de tales derechos. Esta posición Savignyana, aunque los doctrinarios sostengan lo contrario, no ha perdido del todo su vigencia en el derecho contemporáneo. En principio produce aversión el observar una institución establecida como hecho y como derecho. Si se mira como un hecho, es indudable que el no estar encadenada a un poder jurídico es lo que reafirma su contenido de independencia, lo que conduce a admitir una teoría autónoma de la posesión. De allí que un poseedor

no tenga en principio acciones reales como las establecidas para los titulares del poder jurídico, aunque se reconozca en algunas legislaciones que un poseedor adquirente con justo título y buena fe tenga acceso a una variante de la acción reivindicatoria denominada desde tiempos inmemoriales acción publiciana. La protección posesoria que se impetra tiene rasgos temporarios o provisionales, de ninguna manera definitivos o per se, como ocurriría con los derechos reales frente al ejercicio de la acción reivindicatoria. Por ello la tendencia general, aún en las legislaciones que la admiten como un derecho, no permite que tenga acceso a la institución registral ya que es inherente a su contenido la publicidad, ni sea incluida en la anunciación legal, por lo general de número cerrado, de los derechos reales. Además, los términos transferencia o transmisibilidad persisten adheridos fundamentalmente a la noción de derecho real o personal e irritan el fenómeno posesorio. Nadie discute que la posesión no tenga consecuencias jurídicas, por tal razón, es más bien un hecho jurídico y no simplemente un hecho aislado sin respaldo legal. El poder jurídico predica tanto en los hechos como en el derecho, necesariamente tiene que intercomunicar voluntades no concibiéndose que las relaciones jurídicas se desarrollen entre el sujeto del derecho y un objeto, bien sea intelectual o material. La expresión vínculo jurídico, especialmente en el campo de los derechos personales, ha significado siempre atadura de derecho entre acreedor y deudor, y si bien es cierto en el campo de los derechos reales la expresión del sujeto pasivo universal no obedece a tesis de contenido romanista, al admitir dicha posición, la intercomunicación que se presenta es entre voluntades, entre su respectivo titular y todas las personas que están en la obligación de respetar su derecho. No es concebible y con el respeto que nos merecen ilustres tratadistas, que el sujeto del derecho tenga relación jurídica con los objetos de la naturaleza, siempre, en todos los casos, el sujeto del derecho se relaciona jurídicamente con sus congéneres. No es dable afirmar la existencia de una cosa deudora o una cosa acreedora. Cabría preguntar, en el caso de la posesión con efecto prescriptivo, si se concibe una relación entre el objeto poseído y el poseedor, ¿dónde está la relación jurídica generadora de la posesión?. La relación jurídica existe con el propietario del bien, con el titular del respectivo derecho. Tanto es así, que los titulares de derechos reales sobre un bien objeto de posesión y consecuente prescripción deben citarse al proceso para que defiendan sus derechos. El ladrón o el usurpador tienen una relación de hecho con el titular del derecho que violentan o perturban. La declaración de prescrip-

ción, a la hora de la verdad, no es más que el traslado de un bien de un patrimonio a otro como una forma de enajenación de contenido legal, que la comunidad ejecuta en favor del poseedor. Esa teoría de la voluntad anticipada que señala a través de la ley que estamos otorgando siempre, al reconocer que sino ejercemos nuestros derechos, a los demás se les abre la compuerta de la adquisición, es base sustancial de una relación entre sujetos del Derecho, querámoslo o no.

Una tesis menos afortunada es la de considerar la posesión como un derecho real de contenido provisional o interino. Para sus defensores, mientras la posesión no sea derrotada en juicio por el verdadero propietario, se comporta como si fuera un derecho real de contenido interino o provisional ya que al poseedor se le considera dueño mientras no se le demuestre lo contrario (presunción legal de propietario). Esa presunción de titularidad lo hace ver como un verdadero propietario con un derecho de contenido más débil que el derecho del verdadero titular. Como afirma Ennececerus: "Tenemos, pues dos derechos de señorío frente a todos, o sea la propiedad y uno relativamente más débil, la posesión". Esa calificación de derecho real provisional o interino de un carácter más débil que el derecho real de propiedad, crea exóticamente la tesis de los derechos fuertes y débiles, tesis de difícil aceptación. El derecho es sólo uno y si bien es cierto la posesión ofrece un altísimo concepto de justicia social, de protección a la parte más débil en una relación poseedor - titular del derecho, ello no quiere decir que se puedan colocar en una balanza y siempre la relación posesoria tendrá el peso más bajo. ¿Que decir entonces del poseedor que logra la adquisición del derecho por prescripción?. ¿Tuvo una situación más débil durante el lapso de tiempo exigido por la ley para prescribir?. Definitivamente no. Más aún, por el efecto retroactivo de la prescripción, adquiere el dominio desde la iniciación de la posesión ya que la sentencia que lo transforma en propietario solo tiene un efecto declarativo. Nunca su posesión fue más débil que el derecho de propiedad del titular sobre el bien. El derecho real con su contenido definitivo, marca la institución jurídica y la posesión, definitiva o no, miréle como estado temporal o no, tiene que diferenciarse del derecho que está al frente esperando el toque final. La posesión, si quiere lograr un contenido autónomo, no debe pedir prestado elementos a la propiedad. Como toda comparación es odiosa, dice el dicho popular, dejemos a la posesión tranquila como hecho o como derecho. Al fin y al cabo todas las legislaciones admiten su protección jurídica.

## Clases de posesión

En el Derecho actual predominan diferentes clases de posesión, influenciadas unas por el Derecho Germano que acepta una relación posesoria en situaciones derivadas de la mera detentación del bien o relaciones precarias, y otras que sólo admiten la posesión cuando únicamente se posee con ánimo de señor y dueño, como ocurre con las legislaciones de ascendencia latina.

### a. Posesión Regular y Posesión Irregular

**Posesión Regular** es la que está acompañada de justo título y buena fe. Se presenta en el poseedor no titular del poder jurídico de naturaleza real. Si fuera posesión del titular jurídico, implicaría la adquisición del dominio dentro de los plazos definidos en la ley, en un sujeto que ya es propietario y que ha obtenido su derecho a través del título y/o modo. El justo título así establecido se une necesariamente al concepto de posesión regular. Se deriva de un acto jurídico que implica una propiedad aparente ya que da la impresión de transferencia real de derecho. Hay capacidad y se cumplen en la mayoría de los casos los requisitos formales de ley. Sin embargo, el disponente no tiene aptitud titular o teniéndola el acto adolece de algún defecto. En el Derecho Romano se aplicaba el mismo principio cuando se transfería una *res mancipi* por un medio diferente de la *mancipatio* o se enajenaba un bien por una persona no propietaria (justa causa pro emptore). Si el ordenamiento legal respectivo exige una escritura pública para las compra-venta de un bien inmueble no sería justo el que adolece de un vicio del consentimiento, como sería el error, la fuerza o el dolo. Igualmente el falsificado, el putativo o el expedido por una persona obrando como mandataria de otra sin serlo. Ni tampoco sería justo el título que se origina en simples relaciones precarias, de tal forma que un arrendatario no tiene justo título ya que siempre reconoce dominio ajeno y por tanto su situación no conduce a la posibilidad de adquirir el dominio por prescripción.

La buena fe consiste en la conducta del poseedor que tiene la creencia de haber adquirido por medios legítimos, desprovistos de todo fraude o vicio. Obra como señor y dueño, por los mecanismos establecidos en la ley. Esta buena fe se exige al momento de la iniciación de la posesión, de tal forma que puede presentarse un poseedor regular de

mala fe, cuando esta le sobre viene en un momento posterior al de la iniciación de la posesión. Cuando la posesión está impregnada de mala fe o no existe en ella el justo título, la posesión se denomina **irregular**.

En ambas posesiones existe un efecto prescriptivo con un tiempo menos largo para prescribir en la regular (prescripción ordinaria) y uno más largo en la irregular (prescripción extraordinaria). La mala o la buena fe del poseedor tiene además excepcional importancia para efectos de la restitución de frutos en las prestaciones mutuas o recíprocas que se deben entre sí el reivindicante vencedor y el poseedor vencido.

#### **b. Posesión mediata e inmediata**

La posesión **inmediata** es la que se tiene directamente sin la presencia de un intermediario. Es **mediata** la que se ejerce a través de otro. El arrendador tiene una posesión a través del arrendatario. Este último ejerce una posesión inmediata, aquel una mediata. Como dicen los españoles, la posesión se presenta en este caso como derecho en el arrendador y como hecho en el arrendatario.

#### **c. Posesión en nombre propio y posesión en nombre ajeno**

Cuando los romanos estructuraron la posesión la concibieron inicialmente como una forma de exteriorización del derecho de propiedad. En otros términos, el derecho se expresa a través de la posesión. Esta es la denominada posesión de propietario que en términos generales no tiene un efecto prescriptivo y que se utiliza por el propietario para defenderse de ataques de terceros contra su posesión. Si un sujeto tiene la calidad de propietario es porque ha adquirido con los formalismos y condiciones sustanciales establecidas en la respectiva legislación. En otros términos, si su derecho se ha adquirido formal y sustancialmente conforme a la ley no necesita de la ayuda de la posesión para reafirmarlo. En tal caso la posesión no tiene un efecto prescriptivo. La pregunta que brota a flor de labios es la siguiente: Para que sirve entonces la posesión de propietario en el derecho actual?. La respuesta es obvia, para interponer los recursos posesorios en caso de ataque de terceros. Puede entonces un propietario con el fin de sanear vicios eventuales o reales en la titulación propia o anterior adelantar un proceso de declaración de pertenencia por medio de la posesión que ejerce? Como por medio de la prescripción

únicamente se obtiene el dominio de cosas ajenas, no es posible que un propietario pueda lograrlo ya que el bien se encuentra en su patrimonio a través de un título y modo de adquirir.

Un concepto de mucho arraigo en el Derecho alemán es el del **servidor de la posesión**. Se presenta cuando un sujeto ejerce por otro un poder físico o directo sobre la cosa, siguiendo en ello las instrucciones del poseedor. En una relación laboral el trabajador sirve a la posesión de su patrono. Este ayudante de la posesión como le dicen algunos autores, no es poseedor en el sentido técnico de la palabra y por tal razón no le corresponde ejercer acciones de protección de la posesión ya que éstas le corresponden al verdadero poseedor, o sea al sujeto que le sirve. No obstante lo anterior, puede en un determinado momento ejercitar lo que los alemanes denominan legítima defensa de la posesión contra ataques de terceros. La posesión, en tal caso, sólo la tiene su titular y existe entre ellos solo una relación de obediencia y subordinación. Como se observa claramente del concepto expuesto, el servidor de la posesión ni siquiera es un representante del titular de la posesión, y sus actuaciones sólo sirven para afianzar o incrementar la posesión existente en su titular.

### **Adquisición de la posesión**

Sobre la adquisición de la posesión no existe un criterio legal ni doctrinario uniforme. Para algunas legislaciones la posesión ni se transfiere ni se transmite. (en los hechos no hay sucesión, decían los romanos). En otras legislaciones, en cambio, se dan parámetros precisos para la transferencia y transmisión de la posesión.

Una posesión se adquiere en forma originaria cuando no existe una manifestación de voluntad precedente. Una *res nullius* o cosa que a nadie pertenece, una *res derelictae* o cosa abandonada por su dueño para que la adquiriera el primer ocupante, se obtienen originariamente a través del modo que se conoce con el nombre de ocupación. También adquiere la posesión de la misma manera un ladrón o un usurpador de tierras ajenas. En este aspecto las legislaciones son uniformes.

Una posesión se adquiere en forma derivada cuando existe una manifestación de voluntad precedente, como la que se presenta cuando el

propietario aparente transfiere al sucesor o la del causante al heredero cuando es a título universal.

Para los que argumentan que la posesión ni se transfiere ni se transmite, especialmente en las legislaciones de arraigo romanista o latino, la posesión siempre comienza en el poseedor, sólo él rubrica con el *corpus* y el *ánimus* el principio de la posesión. El artículo 778 del Código Civil colombiano preceptúa que la posesión principia en el sucesor, sea que se tenga a título universal o singular. Lo anterior no impide que el poseedor actual tenga una opción agregadora, o sea, que puede agregar posesiones anteriores en una decisión unilateral, propia o autónoma. Si este poseedor tiene esa facultad es porque su posesión es propia y totalmente diferente de la posesión anterior. Dicha facultad puede ejecutarse si existe de por medio un vínculo jurídico, y las posesiones anteriores son ininterrumpidas. Además, dicha agregación debe hacerse en estricto orden cronológico o antecedente. Como el vínculo jurídico se exige en la agregación, un ladrón o un usurpador, no tienen la posibilidad de agregar a su propia posesión la de sus antecesores. Sobre la noción de vínculo jurídico existen fuertes discrepancias doctrinarias en dichas legislaciones, ya que en muchas ocasiones para poderse presentar el fenómeno agregativo hay que recurrir, sobre todo tratándose de posesión de inmuebles, a posesiones inscritas o tabulares, con más consecuencias negativas que positivas para la respectiva legislación.

Es indudable que los sistemas derivados de la legislación germana presenta una mejor consistencia en la transferencia posesoria. Al fin y al cabo en ellos, la posesión es más bien un derecho que un hecho, y por ello la suceso es jurídica y no de hechos como se pretende en otros sistemas. Ese derecho posesorio tiene un entorno de debilidad frente al derecho real del titular que es más fuerte y poderoso. En un enfrentamiento, a no ser que se hayan cumplido los requisitos de prescripción, ese derecho débil tiene necesariamente que ceder frente al más fuerte o desarrollado. Como consecuencia de lo anterior, el titular del derecho real de dominio, transfiere al adquirente no sólo el derecho sino también la posesión, que al fin y al cabo constituye el verdadero contacto del adquirente con el bien objeto del negocio jurídico. Esta adquisición es diferente a la adquisición del derecho en la cual opera el principio general de que nadie puede transferir un derecho que no tiene o de mejor calidad al transferido. Cuando se adquiere una posesión, en cambio, la condición

del adquirente puede tener una mejor categoría que la anterior. Quien adquiere de un ladrón de absoluta buena fe, supera en creces la posesión anterior cargada de mala fe. Esa transferencia de la posesión se efectúa entregando la cosa material o físicamente al adquirente. Tratándose de bienes muebles opera mediante las formas conocidas para la tradición (*brevi manu, constitutum posesorio*, entrega entendida, simbólica *longa manu*, etc.). Para los bienes inmuebles, como la tradición es un acto simbólico o formal, la posesión se presenta cuando el inmueble se entrega materialmente al adquirente, no cuando se inscribe el título en el registro correspondiente.

En todas las legislaciones se admite también la **posesión legal de la herencia**, o en otros términos la transmisión de la posesión que tenía el causante en favor del heredero. La característica más sobresaliente de esta figura consiste en que el heredero tiene la condición de poseedor por el solo hecho de la muerte del causante, aunque no tenga conocimiento de tal suceso y no detente materialmente los bienes objeto de la posesión. Figura exótica que no obedece al verdadero concepto de posesión, o como dice algún autor, posesión donada por la ley. La finalidad de la figura es la de inculcar al heredero su papel protagónico en la sucesión y que los bienes no permanezcan expósitos o desprotegidos, presumiéndose que si un tercero extraño a los vínculos de sangre o cognación ejecuta una posesión sobre los bienes relictos, lo está haciendo a nombre del heredero que tiene en su haber la posesión legal siempre que la posesión de este tercero se presente con posterioridad a la muerte del causante y antes de la aceptación por el heredero. En la legislación alemana, el heredero puede ejercer la legítima defensa de la posesión, interponer las acciones posesorias, ya que allí la posesión tiene un poder jurídico visible en sus efectos y no se puede afirmar que el heredero reciba la posesión del causante. Lo que recibe de la ley son los efectos posesorios para tomar los bienes de la herencia y defenderlos; es, al decir de Gierke, la adquisición por el heredero de “los derechos y deberes de un poseedor”. Ello significa que la posesión como poder de hecho o señorío efectivo de la cosa que se le atribuye al heredero, aún sin conocimiento de la muerte del causante y sin tener contacto material con los bienes sucesoriales, sigue con sus tradicionales elementos de *corpus* y *ánimus*, como única y verdadera posesión. Lo que busca la ley en el heredero es que asuma una conducta activa y protagónica en la sucesión, adquiriendo *ipso iure* derechos y deberes de poseedor. A grandes rasgos el sistema francés

de la "sai sane" coincide con la posición germana. La legislación italiana, en cambio, dispone que sólo con la aceptación de la herencia por el heredero, se puede entrar en posesión de los bienes sucesorales. El mero hecho de la muerte de una persona no genera automáticamente el derecho y la posesión atribuibles al causante. El heredero puede ejercitar entonces las acciones posesorias, sin que ostente un poder material sobre los bienes y realizar sobre ellos actos de administración y conservación.

Frente a la transferencia y transmisibilidad de la posesión predomina en el derecho actual la tesis de que la posesión es una misma en el antecesor y el sucesor, operando frente a ella un simple cambio de sujeto. Así la posesión adquiere un hondo contenido patrimonial de derecho provisional similar a los poderes jurídicos de naturaleza real. Lo anterior se entiende lógico si partimos de la base de que lo adquirido por el sucesor son los poderes jurídicos derivados de la posesión más la posesión como hecho no es transferible ni transmisible.

La agregación de posesiones requiere de la existencia de un vínculo jurídico entre agregante y antecesor. El vínculo surge de un negocio jurídico intervivos o en caso de muerte del establecido en cada legislación como serían una partición o el decreto de posesión efectiva de la herencia. Si este vínculo jurídico no se presenta no hay opción agregativa. El ladrón y el usurpador no pueden agregar posesiones anteriores. Este vínculo jurídico merece, como se dice en el argot popular, ser tratado con guantes de seda. Es usual que la transferencia o transmisibilidad de un derecho se someta a estrictos formalismos ya que su carácter definitivo y estable debe gobernar tales relaciones jurídicas. Unir la adquisición de la posesión al formalismo exigido para el poder jurídico puede envolver una desnaturalización de la figura, convertirse ella misma en una entelequia teórica. El vínculo puede tener defectos en la formación del derecho patrimonial, pero no tenerlos en la constitución de la posesión. De allí que los títulos con aptitud agregadora deben tener una capacidad natural para edificar el andamiaje posesorio. En otros términos, servir de soporte a la generación del *corpus* y el *ánimus*. Ojalá algún día el mundo estuviera en condiciones de aceptar como verdadera posesión la que no está unida a títulos ni inscripciones registrales. Todavía hay legislaciones que exigen como título apto para generar una posesión regular sobre bienes inmuebles una escritura pública debidamente registrada.

Se acepta también que la agregación debe ser una decisión autónoma del poseedor actual. La decisión está en sus manos, pero una vez tomada se tienen que aplicar los principios de cada legislación para su regulación. Prima entonces el principio de la autonomía de la voluntad en el primer caso y los de orden público en el segundo. Si se toma la decisión agregativa, el poseedor actual recibe la anterior posesión con sus calidades y vicios (códigos civiles colombiano y chileno). Toda posesión, sin embargo, comienza en el adquirente y es en ese momento en que se valoran la buena o mala fe y sus condiciones objetivas. Siempre, en estos sistemas, la posesión que se inicia es totalmente diferente de la posesión anterior.

En esta materia, la legislación alemana no entra en discusiones sobre si la posesión agregada es nueva o no, simplemente y con un efecto práctico, permite sumar el tiempo del poseedor anterior. Una cosa es agregar una posesión, y otra muy distinta agregar un tiempo de prescripción.

Las anteriores doctrinas, especialmente las establecidas para la sucesión hereditaria, reaccionan en mayor o menor proporción contra el principio Pothierano de considerar la posesión siempre una, sin modificaciones de ninguna clase en su recorrido temporal. Pothier afirmaba un contenido perpetuo e inmutable en las condiciones generales de la posesión, de tal manera que una posesión violenta, fraudulenta o clandestina así lo será para siempre sin posibilidades de mutación.

---

El título de la conferencia estima que en una exposición tan corta sólo temas puntuales pueden difundirse y a ello nos hemos visto avocados. Se ha pretendido con esta breve exposición centrar algunos puntos claves de la teoría posesoria en el derecho actual, conscientes que dentro de ella quedan temas fundamentales por tratar, tales como la protección posesoria, la buena y la mala fe, los efectos de la posesión, las relaciones existentes entre la titularidad y la posesión, etc. Sólo me resta felicitar a los organizadores de este Congreso Internacional de Derecho Civil Patrimonial, especialmente al Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y congratularlos además porque el Código Civil Peruano ha sobresalido tan brillantemente en su juventud, que las legislaciones maduras como la que represento, se inclinan reverentes ante sus tesis y principios. Recuerdo ahora aquel personaje de la mitología griega que adquiría vigor y fortaleza cuando su cabello estaba en contacto con la tierra. Así nos sentimos hoy en el Perú y aconsejamos a los juristas del Derecho civil que beban de estas fuentes para refrescar con su pureza y juventud los conocimientos adquiridos.

## **SOBRE LOS DILEMAS ECONOMICOS Y ETICOS DE UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL**

**Carlos Peña González**

En las palabras que siguen, me propongo elucidar algunos de los dilemas económicos y morales que, de modo inevitable, subyacen a un sistema de responsabilidad por daños. En el curso de lo que diré, espero poner de manifiesto cómo la teoría del bienestar y la teoría de la elección social, así como algunas de las principales teorías éticas contemporáneas, obligan a considerar que los sistemas de responsabilidad, causalidad, culpa, adquieren otra denotación o pierden sentido. Lo que deseo sugerir es que el análisis económico del derecho y algunos aportes de la teoría ética, ayudan, en su conjunto, a configurar una dogmática civil orientada por las consecuencias y por los principios y no, simplemente, como aún suele ocurrir, por los conceptos. El itinerario de mi exposición será el que sigue. En primer lugar, voy a enunciar algunas de las principales características que reviste el análisis económico del derecho y, al mismo tiempo, voy a señalar algunos de los problemas éticos que ese tipo de análisis plantea.

En esta parte de mi exposición, me serviré de la obra de Coase, Posner y, en menor medida, de lo dicho por Douglas North y por Sen. Como es obvio, mis principales referencias jurídicas irán dirigidas a los sistemas de responsabilidad. Luego de ello, y esta vez en segundo lugar, voy a encarar los sistemas de responsabilidad a la luz de los conceptos vertidos en la primera parte, deteniéndome en particular en los sistemas de responsabilidad por culpa y en los fenómenos que no pueden ser cubiertos por ese sistema de reglas.

Finalmente intentaré enunciar algunas conclusiones relativas a la función que cabe adscribir a un sistema de responsabilidad.

Con todo, y antes de entrar al tema del análisis económico del derecho, me parece útil precisar con claridad el objeto de mi análisis.

Una de las diferencias más notables entre la dogmática civil y la dogmática penal, no radica tanto en la diversa complejidad de su respectivo equipo teórico -en punto a los cual los penalistas aventajan, con mucho, a los civilistas- sino en la orientación de su trabajo reflexivo. Mientras los penalistas suelen lidiar con problemas como la justificación de la pena o la estructura ontológica de la acción humana, los civilistas, en cambio, se encuentran ocupados, más bien, en describir acuciosamente los conceptos contenidos en su respectivo sistema de reglas o en clasificar deductivamente las diversas instituciones contenidas en, por ejemplo, el Código Civil. Mientras los primeros -o sea, los penalistas- explicitan hoy el conjunto de consecuencias morales de sus conceptos, llegando incluso a reclamar, como ocurre con Roxin, una dogmática orientada por la política criminal, ello no ocurre con los segundos -o sea con los civilistas- que tienden más bien al análisis escolástico, o sea, a las querellas conceptuales al interior de la disciplina sin que sea posible, entre quienes cultivan el derecho civil, advertir una preocupación sistemática por las externalidades de las reglas que tan acuciosamente estudian y los efectos de eficiencia o ineficiencia que inevitablemente provocan. Para decirlo una vez más y brevemente, mientras los penalistas parecen preocupados por sentido de la práctica institucional en su conjunto, ello no parece ocurrir con los civilistas quienes, cosa distinta, se ocupan, más bien de los conceptos de esa práctica o de los casos que caen bajo ella sin ocuparse de la práctica en sí misma.

Un buen ejemplo de lo que vengo diciendo es posible hallarlo a propósito de la pena. La dogmática penal se ocupa de un modo casi obsesivo de la justificación de la pena, es decir, del fundamento ético que, en última instancia, pueda ser esgrimido en favor de un sistema de sanciones fundado en el reproche personal: la dogmática penal se ocupa de la eficiencia de su sistema de reglas. La dogmática civil, en cambio, no ha solido ocuparse de justificar un sistema de responsabilidad extracontractual al modo de las teorías de la prevención que esgrimen los penalistas, quienes, de esa manera, ponen de manifiesto las externalidades políticas y sociales de la institución de que se ocupan.

Pues bien. Tengo para mí que el Análisis Económico y en menor

medida ética de los sistemas de responsabilidad civil, pueden contribuir, como dije antes, a que la dogmática civil se ocupe de las consecuencias de segundo orden -esto es, las externalidades- que provocan las reglas de distribución de costos como las que contiene un sistema extracontractual. La exposición que sigue, como quedó ya anunciado, tiene por objeto contribuir a esa orientación de la dogmática. Para ello, y como lo he anunciado reiteradamente, es necesario avanzar algunas consideraciones en torno al análisis económico del Derecho.

## I

El análisis económico del Derecho queda, a mi juicio, bien descrito como una aplicación de ciertos conceptos relativos a la racionalidad humana, y provenientes de la economía neoclásica a las reglas e instituciones jurídicas. La racionalidad, desde el punto de vista económico, pero incluso, también desde el punto de vista social o político, según lo han sugerido autores como Weber, Parsons, Tullock o Buchanan, puede ser concebida como la capacidad de comportarse estratégicamente en un entorno de incentivos, o sea, como la capacidad de sustentar un cierto orden de preferencias personales e intentar maximizarlas en la interacción social.<sup>1</sup> Un individuo, desde este punto de vista, actúa racionalmente cuando orienta su acción, en términos instrumentalmente coherentes, hacia la máxima satisfacción posible de un sistema de preferencias ordenado en razón de su intensidad. Cuando Rawls, por ejemplo, en Teoría de

---

1 La racionalidad supone algunos requisitos adicionales a los señalados en el texto como, vgr., transitividad, reflexividad y completitud. Para ellos puede consultarse Sen, A., *Elección Colectiva y Bienestar Social*. Madrid: Alianza, 1976. En la teoría del Derecho no suele haber estudios sobre la racionalidad individual en el sentido expuesto. En cambio de ello es posible observar estudios relativos a la racionalidad práctica como los de Aarni, Alexi o Atienza. Desde este punto de vista, la consideración de la racionalidad por parte del Derecho-está demás decirlo- se emparenta mas bien, con cuestiones como, por ejemplo, ética aristotélica. Sobre el punto puede consultarse el estudio de Bobbio "La razón en el derecho (observaciones preliminares)"? En: *Doxa* (Universidad de Alicante), n.2.

la Justicia, decide que en la posición original los hombres acordarían sus dos principios de justicia, los está concibiendo con un tipo de racionalidad como el que acabo de exponer, es decir, los está concibiendo como sujetos preocupados de maximizar sus preferencias cualesquiera ellas sean y cualesquiera sea su posición social futura. Del mismo modo, el contratante que asume concientemente una conducta de regateo procurando maximizar sus pago y sobre la base de que su co-contratante procura, en ese momento, hacer lo mismo, actúa desde este punto de vista racionalmente.

El empresario de obras públicas que luego de calcular los sistemas de seguridad de una obra decide que es mejor no invertir en prevención, sino en proveer un fondo para pagar indemnizaciones en caso de la eventual muerte de un obrero, asume, desde este punto de vista, un comportamiento racional, puesto que el empresario decidió, de acuerdo a su escala ordinal de preferencias, que su bienestar, representado en este caso por una tasa de ingresos, resultaba maximizado cuando proveía ahorros para la indemnización y no cuando gastaba recursos en perfeccionar su instrumental de seguridad.

Es decir, para el empresario del caso, y es esta una primera lección del análisis económico, causar daño constituye una elección racional y, además, eficiente. Como observan algunos autores (entre otros el citado Sen) el supuesto de racionalidad supone un cierto egoísmo desinteresado de la ética y de la consideración altruísta. Conviene advertir que este supuesto de la racionalidad -que podemos denominar "racionalidad económica"-constituye una concepción metodológica y no normativa, es decir, no se trata de afirmar ni que los hombres deben actuar de esa manera, ni, tampoco, que de hecho y en todos los casos, lo hagan así. Lo que este supuesto de racionalidad económica afirma es que podemos, en un grado relevante, formular proposiciones predictivas y explicativas de la conducta interactiva de los seres humanos si los concebimos como animados por ese tipo de racionalidad.

En otros términos, lo que afirma el postulado de la racionalidad que he venido examinando es que comprenderemos mejor, y dentro de ciertos límites lograremos predecir con mayor certeza, la conducta del empresario del ejemplo, si lo concebimos como un sujeto dotado de un comportamiento estratégico, que si lo pensamos como un sujeto preocu-

pado de conservar la vida de su prójimo a cualquier costo. Como lo sugiere Calabressi, sólo si concebimos el comportamiento de los actores sociales de esa manera, lograremos explicar por qué las sociedades humanas y los sistemas legales no prescriben complejos sistemas que, con un alto grado de probabilidad técnica, permitirían evitar los accidentes. “Nuestras sociedades -expresa el Profesor de Yale, adoptando implícitamente el punto de vista que he querido poner de manifiesto- no desean preservar la vida humana a cualquier precio”. En su sentido más amplio, la idea desagradable de que estamos dispuestos a destruir la vida nos ha de resultar evidente. Se desarrollan actividades, continúa Calabressi, que por lo menos estadísticamente tienen un coste en vidas humanas cierto. Se construye el túnel del Mont Blanc porque es esencial para el Mercado Común y, además, porque hace más corto el viaje de Roma a París, aunque sabemos de antemano que un hombre morirá por cada kilómetro de túnel construido. Quizás sea lo más ilustrativo el hecho de que en vez de emplear las herramientas más seguras imaginables, usamos aquellas que lo son menos porque -y esta es una razón que de acuerdo a lo expuesto no es nada desdeñable si queremos comprender cómo funcionan las acciones humanas- las primeras resultarían demasiado caras. “Por cierto precio -reflexiona en un punto semejante Douglas North- podemos transformar cada auto en un tanque completamente seguro para sus ocupantes, y ya que serían mucho más escasas las personas dispuestas a pagar el precio de un tanque, este tipo de vehículos ayudaría, al mismo tiempo, a resolver algunos problemas de congestión y contaminación, pero, no obstante todo eso, es poco probable que la idea provoque un entusiasmo arrollador por parte de los consumidores”. Es obvio que la experiencia empírica -susceptible de explicarse en base a ese paradigma de racionalidad- no suministra ninguna evidencia que la vida humana, según gusta decir la gente, “no tiene precio”. Parece, por el contrario, y aunque la idea resulte profundamente desagradable, que sí lo tiene, en el sentido preciso de que hay elecciones que la gente juzga de un mayor valor que la protección de la vida.

Ahora bien. A partir de ese supuesto de racionalidad -que ha sido discutido en sus detalles analíticos pero que, en lo fundamental, y para nuestro objetivo, podemos tener por suficiente- se abren dos cuestiones que interesa considerar especialmente aquí. Se trata, por una parte, de la teoría del bienestar y de la elección social -que subyace, según veremos, a los análisis como los de Calabressi, y, por otra parte, del famoso teore-

ma de Coase, el que, como se sabe, ha sido aplicado a importantes problemas relacionados con la responsabilidad civil. En ese mismo orden, deseo considerarlos en lo que sigue.

Según he expresado, la racionalidad individual -es decir, el supuesto principal del análisis económico- consiste en la capacidad de adoptar un comportamiento estratégico provisto de un sistema ordinal de preferencias (es decir un conjunto de elecciones anticipadas ordenadas en una escala de intensidad). De una manera análoga a ese concepto de racionalidad individual, es posible, ahora desde el punto de vista de sistemas interactivos más complejos, hablar de racionalidad social. La racionalidad social equivaldría, desde este punto de vista, a un sistema social, cuyos resultados fueran adecuados y coincidentes con un sistema de prioridades bien establecido. Una colectividad o unidad social cualquiera que contara con un sistema ordinal de preferencias que resultara coincidente con sus resultados, sería, desde el punto de vista que he venido analizando, una unidad dotada de racionalidad social. Ahora bien, dos problemas quedan planteados a partir del concepto de racionalidad social, a saber, cómo es posible construir un sistema de preferencias sociales a partir de preferencias individuales (problema éste del que se ha ocupado paradigmáticamente el utilitarismo) y, luego; el problema de establecer mediante qué mecanismos de coordinación es posible alcanzar el bienestar social definido por el sistema de preferencias. De ambos problemas se ocupa, como es sabido, la teoría de la elección social. En lo inmediato voy a ocuparme particularmente del primer problema, puesto que el segundo subyace y se encuentra implicado en el teorema de Coase.

El problema que acabo de enunciar -esto es, el problema de cómo es posible adoptar una decisión social partiendo de preferencias individuales- intenta ser resuelto por el conocido óptimo de Pareto (que subyace todavía en importantes teorías de relevancia jurídica y política como la de Rawls). Según Pareto una situación social cualquiera es óptima cuando no se puede aumentar la utilidad de un miembro sin empeorar, por ese hecho, la situación de otro. El principio de optimalidad de Pareto define, pues, el momento de eficiencia económica como una situación de suma cero, es decir, como una situación tal que lo que uno gana inevitablemente el otro lo pierde, o dicho de otro modo, como una situación en la que sólo caben decisiones distributivas.

Como observan Buchanan y Tullock, el óptimo de Pareto posee una justificación ética consistente en que entre dos situaciones distintas se considera superior aquella en la que todos sus miembros están mejor o en la que alguno al menos está mejor sin que ningún otro esté peor. Desde antes veíamos cómo Calabressi constata que realizamos actividades sociales provistos de la certeza estadística de que, al llevarlas a cabo, causaremos graves daños a la vida humana. Pues bien. La decisión de no adoptar todas las precauciones técnicas disponibles a fin de evitar la causación de daños, puede justificarse sobre la base del principio de optimalidad de Pareto: en una situación como la descrita no es posible mejorar la utilidad de uno, sin perjudicar a otro. Es fácil advertir -y así se ha señalado frecuentemente<sup>2</sup> que el criterio de optimalidad de Pareto no considera cuestiones distributivas y que, según observa Sen, “un estado puede ser óptimo de Pareto con algunas personas en la más grande de las miserias y con otras en el mayor de los lujos, en tanto que no se pueda mejorar la situación de los pobres sin reducir el lujo de los ricos”. Ahora bien. Al no considerar criterios distributivos, y serle indiferente cualquier distribución de utilidad que provoque una situación de suma cero, el óptimo de Pareto no contribuye, en verdad, a ninguna decisión en materia de Derecho de responsabilidad, puesto que un sistema de responsabilidad equivale, en rigor, a un sistema de distribución de utilidades. En otros términos, entre un sistema legal en el que la víctima soporte el costo del accidente y uno en el que lo soporte el victimario, el criterio de optimalidad de Pareto no proporciona ningún criterio para decidir dada su indiferencia frente a cuestiones distributivas. Cosa distinta ocurre, empero, con el criterio de superioridad de Pareto. Para este autor, una decisión social es superior con respecto a otra cuando favorece la unanimidad, es decir, cuando entre la situación x y la situación y, todo miembro de la sociedad prefiere la situación x y se escoge, entonces, esta última situación.

El criterio de superioridad de Pareto se encuentra, obviamente, implícito en el óptimo, pero conviene considerarlo por separado para comprender cómo ha dado origen a un importante principio de la economía del bienestar que subyace, en general, en los sistemas de responsabilidad.

---

2 Sen, 1989; Schäfer, 1991; Durán, 1992.

Como acabamos de decir, una decisión es superior en el sentido de Pareto cuando es capaz de concitar la unanimidad. Se trata, como se advierte, de un criterio fuerte que concede a las preferencias de cualquiera una suerte de derecho a veto en la elección social. Ello ha llevado a algunos autores a postular una versión más suave del principio. La principal versión afenuada de ese principio es la que formuló el Profesor oxfordiano Kaldor-Hicks. El sostuvo que había situaciones sociales que satisfacían el criterio de superioridad de Pareto no obstante haber perjuicio de uno de los miembros de la sociedad cuyo bienestar se juzga. Este autor sostuvo que una decisión en virtud de la cual al menos un miembro de la sociedad resulta favorecido y, como mínimo, otro resulta perjudicado, sólo debe ponerse en práctica si resulta posible indemnizar al perjudicado con el beneficio del favorecido y si, a pesar de ello, este último sigue teniendo alguna ventaja. Según insistiré más adelante, desde el punto de vista de estos criterios, debe favorecerse la realización exclusiva de acciones dañosas por parte de aquellos que les otorgan más valor y que, por lo mismo, estarían dispuestos a indemnizar. El criterio Kaldor-Hicks que acabo de recordar -con miras, no lo perdamos de vista, a juzgar luego sistemas de responsabilidad- posee varias derivaciones -como por ejemplo, la regla de la subasta de Posner que no es más que una versión procedimental del criterio que acabo de exponer- todas las cuales insisten en el planteamiento fundamental: la decisión de a quién debe permitírsele realizar una cierta acción y de quien debe abstenerse, por ese hecho, de realizar otra, depende del valor que uno y otro le asigne, puesto que, como se acaba de ver, debe realizar la acción aquel que esté dispuesto a pagar por ella, lo cual, desde el punto de vista de la racionalidad individual sólo ocurrirá cuando, pagando para ejecutarla, subsista, todavía, algún beneficio.

Es obvio, y en ello insistiré más adelante, que los sistemas de distribución de daños de los códigos modernos, sustentados en sus diversas versiones en el principio de responsabilidad (el que, a su turno, es defendido esgrimiendo una compleja estructura ontológica de la acción), no satisface ninguno de esos criterios. Los sistemas de responsabilidad con culpa, como es suficientemente sabido, reposan sobre la distinción entre víctima y victimario, determinándose este último, en la casuística, en base a complejas hipótesis de causalidad y culpa las que determinan quién ha de soportar el costo de los daños y no criterios de eficiencia como el de Kaldor-Hicks o la regla de la subasta de Posner. Los sistemas

de responsabilidad subjetiva no explicitan como directriz para su diseño los problemas de distribución.

Quien ha puesto de manifiesto los problemas de distribución subyacentes a todo sistema de responsabilidad -contractual o extracontractual, si bien en este caso, nos interesa en particular el segundo- es Ronald Coase en su conocido ensayo "El problema del costo social", analogado por Stigler, no sin cierta exageración, al descubrimiento de Arquímedes. "El enfoque tradicional -expresa en ese texto Coase, procediendo a definir los términos del problema- ha tendido a oscurecer la naturaleza de la elección que encierra. El problema se formula comúnmente como uno en el que A ocasiona daño a B y lo que tiene que decidirse es: ¿Cómo se puede restringir a A? Pero esto es erróneo. Estamos tratando un caso de naturaleza recíproca. Evitar daño a B infligiría un perjuicio a A. La cuestión real que debe decidirse es: ¿Debe permitirse que A dañe a B o que B dañe a A? La cuestión es evitar el daño mayor."<sup>3</sup>

"El problema que enfrentamos al manejar acciones que tienen efectos dañinos no es sencillamente, expresa Coase, restringir a los responsables de los mismos, o sea, en el lenguaje de los sistemas subjetivos, a los culpables. Lo que debe decidirse es si la ganancia por evitar el daño es mayor que la pérdida que se sufriría de otro modo, como resultado de detener la acción que produce el daño. En un mundo donde hay costos de reordenar los derechos establecidos por el sistema legal, la justicia, en casos relativos a molestias, está tomando decisiones económicas sobre cómo ha de emplearse los recursos. Se sostuvo que las cortes están conscientes de esto y que a menudo realizan, aunque no siempre en una forma muy explícita, una comparación entre lo que se ganaría y lo que se perdería evitando las acciones que tienen efecto dañino. Pero la delimitación de derechos es también resultado de leyes. Aquí también hallamos pruebas de la aplicación de la naturaleza recíproca del problema".<sup>4</sup>

Un ejemplo de un planteamiento como el de Coase -que se traduce, como vengo diciendo, en maximizar la eficiencia y ver los daños como un problema de bienestar- es posible hallarlo en el Código Civil de

---

3 Coase, 1992, 82.

4 Coase, 1992, 114.

Bello de mediados del siglo XIX, obviamente inspirado en propósitos utilitaristas. El Art. 945° de ese Código -que aún subsiste en el Código de Aguas chileno- discurren en torno a quién puede cavar un pozo para obtener agua (un bien evidentemente escaso) expresa que “cualquiera puede cavar en suelo propio un pozo, aunque de ello resulte menoscarse el agua de que se alimenta otro pozo; pero si de ello no se reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegararlo”. Como se ve, un Código clásico como el de Bello recoge el planteamiento de Coase en la versión del criterio de bienestar de Kaldor-Hicks.

Con todo, y antes de seguir a Coase en el análisis que acabo de transcribir y parafrasear, resulta imprescindible, según creo, recapitular lo que, hasta ahora, he intentado decir.

Como dije, el problema de la racionalidad económica plantea dos problemas, a saber: el problema de cómo estructurar una escala social de preferencias a fin de precisar un óptimo colectivo y el problema, relacionado con este pero distinto, de determinar cómo es posible coordinar acciones individuales a fin de alcanzar ese óptimo previamente definido. En torno al primer problema, recordé los conocidos criterios de Pareto, Kaldor-Hicks y Posner, estableciendo que un criterio superior -supuesto el modelo de racionalidad neoclásico- es uno que establezca que resulta socialmente preferible que ejecute acciones aquel que las valora más y que, por lo mismo, se encuentre dispuesto a indemnizar a aquellos a quienes causa perjuicio. De esa manera, según mostré, se elude el criterio fuerte de la unanimidad (o sea, la versión superior de Pareto) y se satisface el óptimo, puesto que, como es fácil comprender, se mejora a un sujeto sin que ello signifique, al mismo tiempo, perjudicar a otro. Lo que interesa desta car de este criterio es que supone, implícitamente, sistemas de imputación para pagar indemnizaciones. Un sistema de pago de indemnizaciones, como el que se sigue de los criterios de bienestar o de elección social que acabo de exponer, constituye un sistema de distribución de costos que puede ser juzgado en base a criterios de bienestar social. Quien ha puesto de manifiesto este importante aspecto de los llamados sistemas de responsabilidad, ha sido, como acabo de decir, Ronald Coase; pero el análisis de sus tesis, harto conocidas por lo demás, nos conduce, en rigor, al segundo problema que anuncié, o sea, nos conduce al problema de establecer cómo es posible coordinar acciones individua-

les que satisfagan los criterios óptimos -como el de Pareto o Kaldor-Hicks- de eficiencia.

Ese problema es uno habitual en los análisis sociales e institucionales y suele ser expuesto en la teoría de juegos recurriendo al conocido ejemplo -que yo, por cierto, no voy a reiterar en sus detalles- del dilema del prisionero. En la situación del dilema del prisionero hay dos sujetos cuya racionalidad individual los conduce a un resultado ineficiente, es decir, a un resultado que, conocidos todos los detalles, no podría concitar unanimidad<sup>5</sup>.

El análisis de las condiciones bajo las cuales se verifica el dilema, permite llevar a cabo importantes indagaciones en torno a los problemas de elección y, en particular, ayuda a esclarecer las condiciones bajo las cuales la cooperación alcanza niveles de eficiencia. En torno a un problema como este discurre el famoso teorema de Coase. Este postula que mientras los costos de transacción<sup>6</sup> tiendan a cero, siempre se producirá una reasignación de los derechos (o, lo que es lo mismo, de los recursos) hacia los agentes económicos que más valor les atribuyen (cumpliéndose, de esa manera, el criterio de eficiencia, por ejemplo, de Kaldor-Hicks). O sea, con costos inexistentes -lo que implica un sistema de precios perfecto- siempre se producirá una solución económica eficiente, con absoluta independencia de la adjudicación por vía de autoridad -legal o judicial- que se haya hecho de ese derecho. Para decirlo una vez más, con

- 
- 5 En los postulados de Coase y, en general dentro de la tesis del Law & Economics, la idea fuerte, a la que deben tender los resultados de los esfuerzos jurídicos y prácticos, es la noción de eficiencia que, por parte, subyace a los diversos criterios que revisé más arriba. La eficiencia económica entendida como “la relación entre los beneficios totales de una situación y los costos totales de la misma”, de tal manera que del manejo y explotación de los recursos su valor resulte maximizado, que el valor final de la producción sea el máximo.
- 6 Los “costos de transacción” comprenden, entre otros, los costos que demanda la individualización de los agentes con los que hay que contactarse; los costos que implican el reunirse y las negociaciones propiamente tales; y los costos en que se incurre poniendo en práctica los acuerdos alcanzados, o sea, los costos del cumplimiento de los pactos.

costos de transacción bajos o nulos, los derechos de propiedad siempre serán transferidos a la parte que más los valora -por la vía de acuerdos y transacciones entre los interesados- no importando en favor de quienes hayan sido establecidos originariamente dichos derechos. En términos de la civilística, el teorema de Coase, afirma que con costos de transacción inexistentes, los agentes siempre alcanzarán la solución óptima no importando cuál sea la atribución de responsabilidades y los criterios para establecerla, es decir, que en las condiciones planteadas por Coase, la discusión en torno a la culpa, el riesgo, la responsabilidad y las indemnizaciones, carecerían de toda relevancia porque, y he aquí lo decisivo, las partes negociarían hasta alcanzar la solución eficiente. Desde el punto de vista de Coase nada más se requiere definir los derechos de las partes a fin que, a partir de allí, puedan ellas negociar. "Es necesario conocer -expresa Coase- si la actividad perjudicial es responsable o no del daño causado, ya que sin establecer esta delimitación inicial de derechos no pueden existir transacciones de mercado para transferirlos y recombinarlos. Pero el resultado final (que maximiza el valor de la producción) es independiente de la tesis de la ley, si se supone que el sistema de precios actúa sin costos."

Lo que este autor pone de manifiesto en el teorema al que me acabo de referir, es que en un mundo donde no existan costos de transacción -es decir, un mundo donde no se requieran recursos para definir los derechos y hacer cumplir las promesas<sup>7</sup> -resulta indiferente el sistema de responsabilidad que se adopte siempre que se adopte alguno. Ahora bien. Es evidente, sin embargo, que el mundo descrito en el teorema de Coase y en la economía neoclásica no es nuestro mundo. El nuestro es un mundo con costos de negociación y de transformación al cual no le resulta indiferente el sistema de asignación de responsabilidades previsto por las reglas. Conforme aumentan los costos de transacción y las fallas de mercado, las partes cada vez más se encuentran en las condiciones definidas por el dilema del prisionero, es decir, impedidas de alcanzar resultados eficientes que puedan idealmente concitar unanimidad. Las reglas legales de responsabilidad, en consecuencia, alcanzan su máxima importancia puesto que pueden no coincidir con los resultados eficientes, o pueden

---

7 North, 1993.

obligar a las partes a incurrir en altos costos o a aceptar la solución no óptima.

Hemos seguido hasta aquí el argumento bajo el supuesto de que no existían costos para llevar a cabo las transacciones de mercado. Este es, obviamente, un supuesto muy irreal. Para llevar a cabo transacciones de mercado, es necesario, entre otras cosas, descubrir con quién deseamos transar, informar a la gente que deseamos intercambiar y en qué términos, conducir negociaciones que lleven a un convenio, redactar el contrato, llevar a cabo la inscripción necesaria para asegurarnos de que los términos del contrato se observan. Estas operaciones son, a menudo, muy costosas; suficientemente costosas para evitar muchas transacciones que se llevarían a cabo en un mundo en el que el sistema de precios funcionase sin costos.

En secciones anteriores, cuando tratamos el problema de reordenamiento de los derechos legales a través del mercado, se sostuvo que tal reordenamiento se haría a través del mercado cada vez que esto condujera a un incremento del valor de la producción. Pero esto suponía transacciones de mercado sin costo. Una vez que son tomados en cuenta los costos de llevar a cabo transacciones de mercado, es claro que tal reordenamiento de los derechos sólo se emprenderá cuando el incremento en el valor de la producción a consecuencia del reordenamiento sea mayor que los costos en que se incurriría por este hecho. Cuando es menor, la concesión de un requerimiento judicial (o el conocimiento que se concederá) o la responsabilidad de pagar daños puede hacer que se suspenda una actividad, que se llevaría a cabo si las transacciones de mercado no tuviesen costo. En estas condiciones, la delimitación inicial de los derechos legales tiene un efecto en la eficiencia con que opera el sistema económico. Un ordenamiento de los derechos puede ocasionar un mayor valor en la producción que cualquier otro. Pero si este arreglo de derechos no es establecido por el sistema legal, los costos de alcanzar el mismo resultado alterando y combinado los derechos a través del mercado pueden ser tan grandes que este arreglo óptimo de los derechos, y el mayor valor de la producción ocasionaría, puede que nunca se logre.<sup>8</sup>

---

8 Coase, 1992, 98.

El planteamiento de Coase -central en el problema que vengo examinando- posee un conjunto de características conceptuales que es necesario dilucidar para contraponerlas al lenguaje del jurista. Sin embargo, me parece más útil posponer el análisis de esos problemas -suscitados, por ejemplo, por el particular uso de la palabra !derecho!-por un momento para detenerme, nada más, en las implicancias precisas que, para un sistema de responsabilidad patrimonial, posee ese planteamiento.

Lo que ese planteamiento pone de manifiesto es que un sistema de reglas de responsabilidad debe asemejarse lo más posible a la solución que autónomamente alcanzarían las partes en un mundo sin costos de transacción, para lo cual el sistema jurídico debe definir claramente los derechos de las partes de una manera cercana al óptimo o de una manera tal que resulte conveniente negociar para alcanzar ese óptimo.

Como se ve, luego de este apresurado -y espero que no demasiado confuso- recorrido por los supuestos del análisis económico, tenemos ya un criterio que nos permite juzgar y evaluar, de una manera que, según veremos no es del todo extraña a los juristas, un sistema de responsabilidad. El criterio consiste en averiguar si acaso las reglas de asignación de responsabilidades se acercan al óptimo tal como lo define, por ejemplo, Kaldor-Hicks.

¿El sistema de distribución previsto en las reglas de responsabilidad por culpa satisface esos criterios de eficiencia?. Es decir, ¿resuelve lo que las partes resolverían si pudiesen negociar en un mundo sin costos de transacción?. Antes de intentar responder esa pregunta, conviene detenerse brevemente en la metodología que lleva implícita. Esta metodología de evaluación que sugiere el análisis económico y que supone preguntarse qué harían las partes en un mundo sin fricciones, no es, como dije recién, extraña a los juristas y aparece en el ámbito de los negocios jurídicos a propósito, por ejemplo, del análisis del Art. 1110° del Código Civil francés (el llamado error en la substancia que Jacques Floeur, por ejemplo, recomienda investigar mediante investigaciones psicológicas en el pasado condicional) o de los modelos típicos ideales, como el del buen padre de familia, que se suelen utilizar para juzgar el comportamiento negligente o el modelo del contrato perfecto como estrategia jurisprudencial para suplir los vacíos o insuficiencias del acuerdo alcanzado por las partes o, en fin, el modelo del fair play de la jurisprudencia.

dencia americana. El criterio seguido por el análisis económico del derecho para juzgar los sistemas de responsabilidad no es, pues, extraño a los juristas. Lo inédito de este criterio -que, para fines expositivos he simplificado- es la particular situación definida por el modelo hipotético: el legislador o el juez deben asignar el derecho -todo derecho de actuación- del modo en que lo habrían hecho las partes en el mercado perfecto del modelo neoclásico. Se observa a primera vista lo fascinante del planteamiento. No tenemos tiempo de explorar el conjunto de sus resonancias pero, por lo pronto, y antes de volver al tema de la responsabilidad que prioritariamente nos interesa, déjenme llamar la atención acerca del hecho que se trata de la misma metodología sugerida por autores como Rawls o Habermas a nivel de la teoría ética, verificándose aquí una de las zonas de coincidencia de la reflexión contemporánea más notable. Debemos retornar, sin embargo, al tema de la responsabilidad. ¿Son eficientes nuestros sistemas de responsabilidad y, en particular, nuestro paradigma de responsabilidad, a saber, los sistemas de responsabilidad por culpa? ¿Son eficientes, es decir, y de acuerdo a lo expuesto, facilitan la coincidencia con el óptimo que definen las hipótesis de racionalidad económica del modo en que lo hemos visto? La consideración detenida de esta pregunta supone, como es obvio, revisar someramente el sistema de responsabilidad por culpa, cuestión que, según lo anunciado al inicio, nos conduce a la segunda parte de esta ponencia y -les ruego no desespere- hacia el final de ella.

## II

Desde el punto de vista del análisis económico del derecho, y según he dicho reiteradamente, un sistema de responsabilidad por daños equivale a un conjunto de reglas que establecen un cierto patrón de distribución de los costos -primarios, secundarios y terciarios- de los accidentes. Desde este punto de vista -es decir, desde el punto de vista económico- un sistema de responsabilidad tiene como objetivo controlar la asignación de recursos para conseguir la eficiencia en su asignación y, al mismo tiempo, una ganancia de bienestar para la sociedad en su conjunto. La función principal de la responsabilidad civil -desde el punto de vista de una economía del bienestar- es, pues, y siguiendo la famosa fórmula de Calabresi, el decano de Yale, la de reducir la suma de los costos de los accidentes y de los costos de evitarlos.

Ahora bien. Atendido que los costos de los accidentes -según la famosa afirmación de Calabressi- son de tres clases, tres son, también, los fines de un sistema de responsabilidad por daños, a saber: reducción del número y gravedad de los accidentes (cuya externalidad inmediata son los costos primarios); reducción de los costos sociales derivados de los accidentes (esto es, reducción de los costos secundarios); y, en fin, reducción de los costos terciarios (esto es, la reducción del costo en que ha de incurrirse para la distribución y liquidación del daño ya producido).

El primer objetivo -esto es, la reducción de los costos primarios- puede lograrse mediante cualquiera de las dos siguientes fórmulas: mediante un sistema de prohibiciones de actividades específicas que causan daño o, en cambio, encareciendo esas actividades en razón del costo de los accidentes que provocan. Al primer método suele denominársele (desde Calabressi) "método de prevención específica"; al segundo, que supone un sistema de precios asociado a actividades dañosas, se le denomina "método de prevención general" y equivale, simplemente, a un sistema de mercado que en sistemas como el nuestro (donde la indemnización es puramente reparadora) no puede ser aplicada jurisprudencialmente. La jurisprudencia americana, en cambio, dispone de un buen ejemplo de cómo los jueces, procurando alcanzar los óptimos que anteriormente definimos, pueden aplicar un método de prevención general. En el caso de los Estados Unidos contra Carroll Towing Co, el juez federal norteamericano Learned Hand desarrolló un criterio de prevención provisto de racionalidad económica. En este pleito, se discutió si acaso podía obligarse a la Compañía a tener permanentemente a un vigilante a bordo del barco a fin de prevenir que se soltasen las amarras y se causara un accidente. La obligación del propietario, dijo el juez, es en función de tres variables, a saber, la probabilidad de que el barco se suelte; la cuantía de los daños cuando esto ocurre; y, en fin, los gastos en medidas adecuadas de prevención.

El segundo objetivo -esto es, la reducción de los costos secundarios- se traduce en la necesidad que el daño que provocan los accidentes posea el menor costo posible. Es obvio, como se comprende, que el costo derivado de los accidentes, para que este objetivo tenga sentido, no puede ser medido en términos absolutos. En términos absolutos (o, dicho de otro modo, en términos no económicos) el costo de los daños asociados a un accidente es siempre el mismo y, en consecuencia, parecería

indiferente, para el bienestar de la sociedad en su conjunto, quien pague. Desde un punto de vista económico, en cambio, el problema de los costos deber ser apreciado por relación a una variable de beneficio o de perjuicio (en el caso del costo oportunidad). Desde este último punto de vista -que económicamente equivale al principio de disminución de la utilidad marginal del dinero- el costo secundario de los accidentes es distinto, para el bienestar de la sociedad en su conjunto, según como se distribuyan.

De conformidad con el principio de utilidad marginal, cuando mayor es el número de bienes disponibles para un sujeto, menor es la utilidad o valor que a ese mismo sujeto reporta a cada unidad adicional de bienes. Así, pues, la reducción de costos secundarios asociados a los accidentes puede lograrse eficientemente mediante varios sistemas de fraccionamiento personal y temporal de daños que podrán permitir, incluso, una disminución adicional de los costos primarios, como si, por ejemplo, se distribuyesen los costos secundarios entre las personas más ricas, puesto que, en este caso, estas personas -que están en mejores condiciones para impedir que ocurran accidentes- tendrán un incentivo para evitarlos, según lo indica la conocida tesis del *cheapest cost avoider* (supuesto, claro está, que el costo de evitarlos sea menor que el de pagar fraccionada mente los costos secundarios). Los métodos más conocidos de un sistema de reducción de costos secundarios son los diversos sistemas de seguros -voluntarios u obligatorios- que suponen un fraccionamiento temporal y personal de los costos de los accidentes.

El tercer objetivo, equivale a reducir los costos de administración (costos de transacción, desde el punto de vista económico) que suponen los precedentes sistemas de tratamiento de los daños sociales. Este tercer objetivo obliga, permanentemente, a tener en cuenta, en la evaluación de los sistemas de responsabilidad, su diverso costo alternativo y la relación entre el costo de los accidentes y el costo de evitarlos.

El sistema de responsabilidad por culpa que establece el Código Civil chileno y que aparece en toda la codificación moderna, puede ser evaluado, como es obvio, preguntándonos qué funciones, de las tres que se acaban de identificar, cumple, para, luego, tal preguntarnos si lo hace eficientemente, o sea, si lo hace de una manera tal que los sujetos en condiciones ideales de mercado habrían autónomamente convenido.

Un sistema de responsabilidad por culpa es, al igual que todo sistema de responsabilidad, un sistema de distribución de costos. Se trata, pues, de un sistema de reglas en base a las cuales es posible determinar qué persona o grupo social paga el costo de los accidentes y en qué monto. Frente a esa pregunta, un sistema de responsabilidad por culpa responde diciendo que el costo de los accidentes ha de recaer sobre quien los causa culposa o dolosamente y que, en cualquier otro caso, ha de soportarlos la víctima. El monto que debe ser soportado por la víctima o el victimario, según este sistema, ha de ser uno igual al de los daños inferidos a la víctima directa y a las víctimas por repercusión.

Así descrito, un sistema de responsabilidad por culpa equivale a un sistema que, muy defectuosamente, intenta reducir los costos primarios de los accidentes según un método de mercadeo, puesto que, como se sigue de los anteriores análisis, se trata de un sistema que intenta encarecer las actividades que causan daño haciendo pagar a quienes las ejecutan culposa o dolosamente. En cuanto a costos secundarios, se trata de un sistema altamente ineficiente puesto que no considera el fraccionamiento de los daños ni personal ni temporalmente y, además, se trata de un sistema que, como es fácil advertir, no considera la totalidad de los costos de cargo del victimario. Los costos de bienestar, los costos de oportunidad y los costos terciarios se pagan por el gasto público o en pérdida de bienestar por la sociedad en su conjunto.

¿Qué razones hay, entonces, para mantener un sistema de responsabilidad por culpa? Las razones que pueden esgrimirse en favor de la mantención de un sistema como éste no son, por cierto, económicas sino morales o de justicia. Se suele pensar que lo justo o lo moralmente debido es que quien causa un accidente soporte el costo total de los daños. Sin perjuicio de que una justificación como esta sólo puede ser esgrimida en sistemas que consideran a la indemnización con funciones punitivas -cuestión que, como es sabido, no ocurre en nuestro sistema- debe señalarse aquí que ese objetivo tampoco lo logra un sistema de responsabilidad por culpa. En efecto, puede ocurrir, y de hecho ocurre, que un sistema de responsabilidad por culpa no logre evitar ni menos reducir ninguno de los costos asociados a los accidentes. Así ocurrirá cuando quien causa accidentes ha accedido, como suele ocurrir, a un sistema de fraccionamiento voluntario, vgr., median te la contratación de un seguro. En un caso como éste -de común ocurrencia en un sistema de responsabi-

lidad como el que se viene analizando los costos secundarios están pagados y fraccionados de antemano en una comunidad voluntaria de mercado; por lo mismo, no hay razón alguna para que el sujeto que ex ante fraccionó el daño evite causar accidentes puesto que su tasa de bienestar, en cualquier hipótesis es la misma; y, en fin, el gasto público asociado a los costos terciarios fueron obviamente ineficientes, puesto que el fundamento esgrimido en su favor (que quien causa los accidentes, pague) resultó ser falaz en los hechos, toda vez que el aparato estatal persiguió un objetivo que, de antemano, y en virtud de decisiones de mercado, no podía alcanzar.

Así, pues, puede concluirse que el sistema de responsabilidad por culpa es económicamente ineficiente y, además, no alcanza los objetivos morales explícitos que esgrime en su favor puesto que el mercado impide que el victimario pague. Ni reduce los costos de los accidentes, ni cumple funciones punitivas, ni se traduce en el logro de una mejor tasa de bienestar para la sociedad en su conjunto.

### III

Si el anterior análisis es correcto -es decir, si, en efecto, los sistemas de responsabilidad subjetiva son ineficientes y no reducen por modo relevante ninguno de los costos asociados a los accidentes -entonces cabe preguntarse por qué personas serias, agudas e inteligentes se esmeran en construir sofisticadas teorías de causalidad y de previsión encaminadas a determinar quién es el culpable y hacerlo pagar. Como ustedes comprenden, si el anterior análisis es correcto -y yo creo que en un grado relevante lo es- resulta a lo menos extraño que la comunidad de juristas se involucre en complejas disquisiciones referidas a la acción humana -como, por ejemplo, la vinculación entre deseos y propósitos- a fin de otorgar plausibilidad teórica a esos objetivos que, según hemos visto, los sujetos eluden mediante decisiones de mercado.

Una pista interesante relativa a por qué eso puede ocurrir, nos la proporcionan algunos análisis relativos al origen de la responsabilidad. El que tal vez sea uno de los juristas más finos y menos estridentes de la academia francesa, me refiero a Michel Villey, ha indagado en torno al

origen de nuestros actuales sistemas de responsabilidad. La hipótesis de Willey, que estimo absolutamente plausible, es que los sistemas de responsabilidad subjetiva se vinculan a una cierta valoración de voluntad que se vincula al surgimiento del nominalismo y, por esa vía, a la modernidad. Frente a un sistema comunitario, y en suma aristotélico de asignación de costos, el mundo moderno habría erigido a la voluntad no sólo en la base del sistema de derechos subjetivos (como el propio Willey lo ha sugerido) sino, también, en la base de nuestro sistema de distribución de daños. No obstante su ilustre raigambre, la idea de que podemos ser culpables es una idea que secularizada sólo llega a sus extremos con la modernidad: bien mirada, es la contrapartida de la autonomía de la voluntad que reclaman Grocio y Pufendorf al fundar la obligatoriedad de las promesas. Si, en efecto, nos podemos obligar en virtud de declaraciones de voluntad celebrando negocios jurídicos y contratos, es porque somos capaces de autodeterminar nuestras acciones y porque nuestra voluntad y nuestros deseos son el origen genuino de cambios en el mundo. Si así no fuera, no habría ninguna razón justificatoria para exigir el cumplimiento de las promesas.

Ahora bien, si somos agentes genuinos de nuestros com promisos contractuales, razona la modernidad, también lo somos de todas nuestras acciones, incluídas, por cierto, aquellas que causan daño. Así, una misma idea, la de la preeminencia de la voluntad, funda dos instituciones incompatibles en cuanto a sus efectos, una, el contrato, que permite la búsqueda de la eficiencia mediante el intercambio libre, otra, la responsabilidad por culpa, que busca un objetivo que acaba produciendo ineficiencia. No deja de ser paradójico -y es lo que me interesa sugerir- que la idea que funda la obligatoriedad del principal instrumento del mercado (el contrato) sea, al mismo tiempo, la idea que conduce a ineficiencias económicas, puesto que, como hemos visto, la idea de la responsabilidad con culpa nunca alcanza los óptimos definidos por la economía del bienestar. La responsabilidad por culpa sería, así, la consecuencia inevitable, aunque socialmente ineficiente, de nuestra concepción del ser humano como individuo autónomo, o sea, como lo ha sugerido Sen, de un individuo cuyo valor ético radica en ser agente de sus propios actos. Obligatoriedad del contrato y responsabilidad, se encontrarían de esa manera vinculados al valor del ser humano como agente, o sea, como centro genuino de intereses y de decisiones en base a esos mismos intereses.

La situación que en cuanto a la responsabilidad, que puede ser detectada en el ámbito de la responsabilidad civil, no es muy distinta a la que puede advertirse en el ámbito de la responsabilidad criminal tal como queda definida por la dogmática penal.

La responsabilidad criminal -que, en aspectos relevantes, como lo ha mostrado Hart, guarda parentesco con la responsabilidad civil- se sustenta, como es sabido, en la idea de que el ser humano es un agente, o sea, un ente capaz de introducir cambios en el mundo mediante acciones voluntarias. Esa idea -que es la misma que subyace a los sistemas de responsabilidad con culpa- es la que permite impedir que se sancione cualidades o características, como el color de la piel, por ejemplo, que no son acciones. Desde esta perspectiva y es lo que muestran análisis como los de Roxin, por ejemplo- la teoría del delito, o sea, la teoría de la responsabilidad penal, -cumple funciones que se traducen en la protección y en logro eficiente de ciertos objetivos político criminales.

Suele ocurrir con la dogmática penal, sin embargo, que sus ejecutores no justifican explícitamente el contenido normativo y político que sus teorías inevitablemente poseen, sino que los encubren con complejas disquisiciones relativas a supuestas estructuras ontológicas de la acción humana. Es notable que un autor como Welzel, por ejemplo, que endosa explícitamente las tesis centrales del cognoscitivismo ético-esgrima en contra de la penalización de cualidades adscritas la estructura finalista de la acción, presentando así bajo ropaje descriptivo una conclusión que quedaba mejor presentada como un requerimiento moral del Estado de Derecho.

Como es obvio, si la teoría dogmática tiene consecuencias normativas (una de cuyas especies está constituida por sus posibilidades rectificadoras) es porque sus premisas poseen carácter normativo y no meramente fáctico o descriptivo o, como diría un autor como Raz, la teoría dogmático-penal tiene consecuencias normativas porque se estructura según razones prácticas y no según razones puramente teóricas; las razones teóricas resultan estipuladas en razón de la argumentación práctica. Porque desde el punto de vista de la razón práctica no resulta correcto penalizar a un hombre en razón de cualidades adscritas, debe estipularse una estructura finalista para la acción y no a la inversa. Es evidente que el razonamiento inverso resulta perfectamente inútil: de la constatación

meramente fáctica que la acción es finalista, no se sigue que no deba penalizarse una cualidad adscrita. Dadas ciertas características ontológicas de la acción humana, resulta indiferente a su respecto cualquier decisión normativa. Si eso fuera la teoría penal, ella sería perfectamente inútil como instrumento político criminal.

A ese tradicional planteamiento de la dogmática penal -centrado en los problemas de la acción y la responsabilidad- lo sucede, cada vez con mayor fuerza, un tipo de dogmática penal que explicita con franqueza sus objetivos político criminales proclamando, como lo haría Roxin, una dogmática penal atenta a las consecuencias y a la eficiencia político criminal del sistema.

Lo que deseo sugerir -y que anuncié al comenzar estas palabras- es que la dogmática civil ha razonado preeminentemente en torno a conceptos -al modo intenso y exclusivo en que, alguna vez, lo hizo la dogmática penal- olvidando la función de bienestar que inevitablemente posee. En mi opinión, la dogmática civil debe recorrer un camino semejante al de la dogmática penal: debe transformarse progresivamente en una dogmática atenta a sus propias consecuencias y preocupada de la eficiencia del sistema de reglas que describe. Como lo espero lo haya mostrado el análisis precedente, los sistemas de responsabilidad civil y las reglas de los contratos poseen un sentido económico tan profundo como inevitable, motivo por el cual la dogmática civil debe enderezarse, a partir de teorías como el análisis económico del derecho, hacia una revisión de su equipo conceptual. Esa, tal vez, sea una buena manera de construir una dogmática atenta a las consecuencias -que no es lo mismo que una dogmática consecuencia lista<sup>9</sup> - preocupada del bienestar y de la eficiencia.

Lo precedentemente dicho, no se me escapa, no puede ser sugerido, y yo no he pretendido hacerlo, respecto de todo el Derecho civil sino, nada más, del derecho civil que en este Congreso nos ocupa, o sea, del Derecho civil patrimonial. Es evidente, y espero que así lo haya mostrado el análisis que han debido soportar, que los conceptos del Derecho civil patrimonial quedan bien expuestos en el lenguaje del análisis econó-

---

9 Sen, 1989.

mico. No tiene sentido en el ámbito del Derecho civil patrimonial, hablar de “derechos” en un sentido fuerte, tendiendo a hipostasiar los derechos subjetivos como si se tratase de entidades metafísicas. Resulta más ajustado a la función del derecho patrimonial hablar de “derechos” en un sentido más débil, esto es, como títulos de exclusividad para ejecutar ciertas acciones, o sea, en algún sentido, como monopolios respecto de cierta esfera de asuntos. Eso -ser un simple título de exclusividad para ejecutar ciertas acciones- es lo único que tienen en común, por ejemplo, derechos como el de propiedad o dominio, por un lado, y el derecho patrimonial de autor, por el otro, los cuales, desde el punto de vista clásico, o sea, bajo la forma de derecho real y derecho personal son incommensurables. La idea, pues, de generalizar el análisis económico -sea en la forma pura, sea bajo la forma de análisis institucional- la he intentado hacer plausible nada más respecto del derecho civil patrimonial, o sea, respecto del Derecho de daños y del Derecho de contratos (los que, poseyendo funciones distintas, se fundan en la misma idea de preeminencia de la voluntad).

Al lado del derecho patrimonial hay toda otra inmensa zona -la de la esfera de la personalidad- que debe mantenerse dogmáticamente independiente y donde la idea del ser humano como ente autónomo, como agente genuino de un cierto plan de vida, adquiere una dimensión distinta. En el ámbito de la personalidad, en efecto, la idea de autonomía funda la idea de dignidad y de inviolabilidad de la persona, de la cual también ha de ocuparse el Derecho civil. En la medida que el Derecho civil concibe a los seres humanos como capaces de autodeterminación, supone, entonces, que los seres humanos son responsables por sus actos voluntarios, y que, en consecuencia, no se les puede hacer reproche ni maltratar por eventos o cualidades adscritas sobre los cuales carecen de toda posibilidad de control.

Esta dimensión del Derecho civil, que supone valorización de la autonomía y de la capacidad de decidir responsabilidad por los propios actos y nada más que por los propios actos y proscripción del uso de seres humanos como meros medios para cualesquier fin, posee una particular relevancia en el derecho de la persona pero no cabe generalizarla irreflexivamente hacia la esfera de la responsabilidad, salvo, quizá, para conceptualizar ciertas formas de daño imperfectamente descritas hasta ahora, como por ejemplo, el daño moral. En la esfera de la responsa-

bilidad, en cambio, debemos aceptar lo que, en "Tragic Choices", sugiere Calabressi: "no podemos conocer por qué el mundo sufre; pero podemos saber cómo el mundo decide que sufrirán unas personas y no otras".

## RESPONSABILIDAD CIVIL Y SUBDESARROLLO

Alfredo Bullard Gonzáles

### 1. INTRODUCCION

¿Qué tiene que hacer la responsabilidad civil con el subdesarrollo de un país? Esta es la pregunta que motiva el presente trabajo.

El subdesarrollo tiene muchas expresiones. Todos nosotros, los peruanos, lo vivimos a diario: una tremenda escasez de recursos, que se traduce en pobreza, en falta de infraestructura, en una mala distribución de la poca riqueza que existe en nuestro país. Como consecuencia de esta escasez de recursos, sufrimos la existencia de aparatos estatales normalmente ineficientes, que carecen de recursos suficientes como para poder afrontar los problemas que están llamados a resolver.

En particular, solemos tener grandes problemas con nuestro Poder Judicial porque sufre de una escasez de recursos impresionante: los magistrados trabajan en circunstancias de gran limitación; cuentan con poco personal, pocos recursos técnicos, pocas posibilidades de actuar pruebas, poca tecnología, etc. El juez peruano desarrolla una labor muy distinta a la que puede desarrollar un juez en otro país donde sí cuenta con todos estos medios.

Pero también el subdesarrollo de un país se manifiesta en el sistema jurídico. Los países subdesarrollados solemos tener sistemas jurídicos subdesarrollados. Esto nos lleva a plantear y a analizar dos aspectos distintos pero estrechamente vinculados: el primero, tratar de describir cómo es el sistema jurídico en un país subdesarrollado, en particular cómo es el sistema de responsabilidad civil. El segundo, tratar de reflexionar sobre

cómo debería ser el sistema para poder ayudarnos a resolver nuestros problemas.

Analicemos dos casos:

- Un menor llamado Juan José Nuño vera, que tenía apenas diez años, iba acompañado de su hermana Bina, cuando son atropellados por el auto conducido por Marcelino Huanca. El primero de ellos falleció. Luego de un largo proceso, que tardó prácticamente cinco años, su familia recibió por toda indemnización la cantidad de dos dólares y sesentidos centavos.
- Fermín Rivas Quiroz de veintinueve años de edad, conducía su triciclo y fue embestido por un camión volquete, luego de agonizar una semana, falleció. En junio de 1984 su padre plantea una demanda por cuarenta millones de soles (de los soles antiguos) que equivalían en ese momento a doce mil cincuentidos dólares. La sentencia de primera instancia, cuando se había cambiado ya la moneda a intis, le dió veinte mil intis, esta sentencia fue confirmada en las tres instancias. Cuando finalmente la Corte Suprema resolvió el caso, el monto equivalía a cinco dólares ochentidos centavos.

Los casos son extremos, pero no son anecdóticos. Se dieron en una época en la que había una tremenda inflación y eso explica cómo fue que sucedió lo que sucedió, es decir, cómo es posible que esas indemnizaciones se hayan visto reducidas a esos niveles. Esto nos muestra también que teníamos un sistema jurídico que era incapaz de responder al problema. Un sistema cuyo propio subdesarrollo lo llevó a una solución no sólo ineficiente, sino totalmente absurda.

Hay un estudio elaborado por el Dr. Alejandro Falla que nos dice que en el período 1986 - 1989, la indemnización promedio por pérdida de vida humana dada en la Corte Suprema de la República del Perú era de trescientos sesentiocho dólares y que la mediana, es decir el 50% de las indemnizaciones, se encontraba por debajo de ciento sesentaitrés dólares. Estas cifras nos muestran que el sistema no funcionaba. Nuevamente, ¿cómo se vincula ésto con el subdesarrollo del país?

En general todo es más difícil en un país subdesarrollado. Desde tomar un taxi hasta organizar un congreso es siempre más difícil. Hay menos recursos para hacer las cosas. Pongamos un ejemplo: un muchacho va a una cristalería con el deseo de comprarle un regalo a su madre. Este muchacho gana (como no es extraño en este país) cincuenta dólares al mes. Descubre con desazón que todo cuesta mucho más de lo que él puede pagar. Luego de recorrer la tienda y darse cuenta de que no puede comprar nada, decide salir, y tiene tan mala suerte que tropieza con un escaparate y se caen doce floreros al suelo. No sólo no pudo comprar nada, si no que no podrá pagar la indemnización por los daños causados.

Algo similar sucede en el Perú con el sistema jurídico. El Perú tiene problemas para desarrollar mercados, tiene problemas para que, por ejemplo, entrando los peruanos a una cristalería podamos comprarle un regalo a nuestra madre. Pero también tiene problemas para cubrir los daños y perjuicios que se ocasionan en la sociedad. Los recursos existentes en el Perú podrían no cubrir todos los daños que se ocasionan por las actividades que se desarrollan en el país, con un añadido adicional: que para evitar que se produzcan daños hay que incurrir en costos, es decir, para que no se de un accidente tengo que arreglar los frenos de mi automovil, y tengo que revisar periódicamente la dirección. Pero como se tienen menos recursos, los automóviles en el Perú, como muchos de ustedes. habrán advertido, están peor mantenidos que en otros lugares. Basta ver los taxis que a veces pasan por las esquinas y descubrir que en seguridad dejan mucho que desear. Y las cifras son terribles.

Entre el año 1980 y 1981, murieron en el Perú por accidentes de tránsito 28,000 personas. La cifra es elevada sobre todo si consideramos que en el mismo período murieron por terrorismo (que en ese momento era un problema sumamente grave) sólo 22,000 personas; es decir, murieron 6,000 personas más por accidentes de tránsito que por actos de terrorismo. Sin embargo, el terrorismo llenaba las primeras planas de los periódicos y los accidentes de tránsito llenaban las páginas policiales.

Pero, ¿qué pasaría si cambiáramos las cosas y decidiéramos irnos a un sistema como el norteamericano? Vamos a hablar de indemnizaciones de millones de dólares, o, por lo menos, de cientos de miles de dólares; ¿qué pasaría si en el Perú a alguien se le ocurriera, por ejemplo a uno de los Vocales de la Corte Suprema, dar indemnizaciones de un millón de

dólares por la pérdida de una vida humana? En los últimos diez años se hubiera tenido que pagar por concepto de indemnizaciones, por cada vida humana pérdida sólo en el caso de un accidente de tránsito, y suponiendo de que todos ellos fueron causados por alguien distinto de la propia víctima, veintiocho millones de dólares. Esta cifra está por encima de los veintidos millones de dólares que hemos generado de deuda externa. Para que tengan una idea de la magnitud de esta cifra, el circulante existente en el Perú, sólo llega a cuatro mil millones de dólares y en soles hay más o menos tres mil quinientos millones de soles (es decir más o menos la mitad de la cifra de dólares).

¿Quién pagaría en este país indemnizaciones como las que se pueden pagar en otros países distintos? ¿Cuántos pueden pagar un millón de dólares en este país? ¿Cuántos pueden pagar cien mil dólares? ¿Cuántos pueden pagar diez mil? ¿Cuántos pueden pagar mil dólares en este país, por una indemnización? Si ustedes se ponen a pensar, en este país con los ingresos que tenemos no mucha gente puede pagar mil dólares por una indemnización ¿Cuántos autos circularían en Lima si decidiéramos dar indemnizaciones de un millón de dólares o de cien mil dólares por cada accidente de tránsito? No podemos por tanto usar los mismos estándares ni tampoco podemos usar sistemas de responsabilidad idénticos a los que tienen países más desarrollados como Estados Unidos, Inglaterra, Alemania, Italia. Debemos aspirar, al menos por ahora, a algo distinto.

## **2. LAS FUNCIONES DE UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL**

Siguiendo a Guido Calabresi, al interior de un sistema de responsabilidad civil podemos identificar las siguientes funciones:

- Desincentivar accidentes, o reducción de costos primarios en términos de Calabresi. Ello es internalizar externalidades para generar incentivos, a fin de que hayan menos accidentes. Así, si yo tengo que pagar por los daños que causo, entonces probablemente tendré mucho más cuidado respecto de las cosas que hago para evitar los accidentes. En el Perú, por ejemplo, esto funciona muy mal. Para que tengan una idea, en el año 1984 existían en el Perú trescientos

noventa mil cuatrocientos ochentaisiete vehículos automotores, y en ese mismo año murieron mil quinientas dos personas por accidentes de tránsito. Eso quiere decir que había 260 vehículos por cada persona que falleció en el año 1984. No creo que la situación haya mejorado mucho, por que en esa época no existían las combis, así que en principio la situación actual debe ser mucho más trágica ahora. La simple cifra no nos dice nada. Pero cuando la comparamos con las estadísticas en otros países, entonces esta comparación comienza a decirnos algunas cosas: en Alemania, en ese mismo año, habían veinticinco millones trescientos mil vehículos automotores, y murieron once mil seiscientos personas. Hubo un muerto por cada dos mil ciento ochentitrés automóviles; en Inglaterra, donde hay dieciocho millones de vehículos, murieron cuatro mil ochocientas personas, es decir, tres mil setecientos veintinueve vehículos por cada persona que fallecía en un accidente de tránsito. Estas cifras nos dicen que algo sucede en el Perú, que hace que las personas mueran más frecuentemente por accidentes de tránsito. Gran parte de la responsabilidad puede estar justamente en el sistema de responsabilidad.

- La segunda función es compensar a la víctima. Pero no se trata de compensar un daño y crear una nueva víctima. Se trata de compensar precisamente trasladando el daño a alguien que sufra menos, sea porque tiene más recursos (la famosa teoría del Deep Pocket o bolsillo profundo) o porque esta persona puede distribuir mejor el costo del accidente entre todas las personas, por ejemplo, utilizando el sistema de seguros, o el sistema de precios.
- Y la tercera función enunciada por Calabressi consiste en la reducción de los costos administrativos del sistema de responsabilidad civil, es decir, lo que se conoce como costos terciarios. Los aparatos de administración de justicia tienen que ser eficientes para que el sistema funcione. Pero tener aparatos de justicia eficientes cuesta dinero, ya que es necesario dotarlos de recursos suficientes para colocarlos en situación de resolver correctamente los casos que se presentan. Por ejemplo, un sistema de culpa finalmente implica una mayor inversión en el aparato judicial, porque probar la culpa es más difícil que probar simplemente la causalidad. Si tengo un sistema de responsabilidad subjetiva, tendré que demostrar no solamente

te que hubo un accidente y quién lo causó, sino también cómo se comportó la persona en el momento en que ocasionó el accidente (esto significa analizar si la persona podía o no prever las consecuencias de sus acciones). Tendré que ver además si ese es el standard del “buen padre de familia”; todo ésto implica una carga probatoria adicional a la que tendríamos en un sistema objetivo, en donde bastaría probar quién causó el accidente. Nos cuesta más mantener un aparato judicial que tenga que aplicar un sistema de culpa que mantener un aparato judicial que tenga que aplicar un sistema de responsabilidad objetiva, y este último punto es muy importante, porque si los recursos son escasos en nuestra sociedad, porque somos pobres y porque somos subdesarrollados, tenemos que tener mucho cuidado con las reglas de responsabilidad que adoptemos para hacerle más fácil el trabajo al Poder Judicial.

Estas funciones, y basta ver los ejemplos que hemos mencionado, se van por los suelos en un sistema de responsabilidad civil de un país subdesarrollado como el nuestro. Pagando dos dólares por indemnización por vida humana no estamos desincentivando ningún accidente, no estamos compensando a ninguna víctima, y tampoco quizás estemos resolviendo el problema de los costos administrativos que enfrenta el Poder Judicial. Los magistrados no me dejarán mentir. Tienen que ver veinte o treinta causas por día. No por mes. ¡Treinta en un día para poder estar al día en su trabajo! Y eso sin duda, demuestra la escasez abrumadora de recursos que enfrenta un Poder Judicial en un país subdesarrollado. Y todas las discusiones sobre el sistema de responsabilidad civil se centran en cuál es el sistema más adecuado: el sistema objetivo, el sistema subjetivo, la culpa, la difusión social del riesgo, otros discuten sobre la conveniencia de poner un impuesto a la gasolina para sacar de ahí dinero y pagar las indemnizaciones, otros piensan en tener un sistema de seguro social o imponer un sistema de seguro obligatorio.

Pero toda esta temática nos aleja un poco del problema real. Estas discusiones dogmáticas son como dos calvos peleándose por un peine. Es como tres amigos que entran a un restaurant, piden la cuenta y se pelean por pagar. La cuenta es de cien soles y ninguno de ellos no tiene ni un sol en el bolsillo. De la misma forma, aquí estamos discutiendo sobre quién va a pagar, qué sistema vamos a adoptar y no nos damos cuenta de que ninguno de los sistemas nos resuelve el problema más importante.

No estamos poniendo el énfasis en un problema real que es: ¿cómo utilizar los escasísimos recursos para diseñar un sistema de responsabilidad civil que se adapte a nuestras circunstancias?

Si el sistema fuera subjetivo paga el culpable. ¿Y si el culpable no tiene dinero? ( lo que es muy común en el Perú). Entonces sólo tenemos responsabilidad civil en teoría, pero no en la realidad. Si el sistema es objetivo paga el causante. Pero se presenta el mismo problema: si no tiene dinero ¿quién paga? Si es un sistema de seguro obligatorio lo tiene que pagar el asegurado. Se fracciona el pago, y por lo tanto parece que será más fácil pagar. Pero nuestros potenciales asegurados tampoco tienen dinero para pagar primas que reflejen el costo real de los accidentes. Si por ejemplo obligamos a alguien a tener un seguro que cubra una indemnización de un millón de dólares, la prima no podría ser pagada por la mayoría de los peruanos. Si tenemos un impuesto a la gasolina para cubrir daños subimos el precio del combustible con todas las consecuencias que ya nosotros conocemos. Si es que queremos poner un impuesto a la gasolina cuya finalidad sea pagar a las víctimas, si tenemos un sistema como el Neozelandés, es decir, un sistema de seguro social donde los daños se sacan de un gran fondo que se recoge a través del sistema tributario, sólo conseguiremos o elevar los impuestos, y la presión tributaria generará inflación. Ninguno de los sistemas parecer solucionar el problema satisfactoriamente. Los recursos siguen siendo escasos y pocas veces discutimos el problema principal: ¿cómo invertir esos pocos recursos en el sistema de responsabilidad civil? ¿Cómo diseñar el sistema de responsabilidad civil para que responda a esa escasez?.

Quiero centrarme en tres elementos básicos de la responsabilidad civil: el daño, el factor de atribución y la causalidad.

### 3. EL DAÑO

La valorización del daño es diferente en un país subdesarrollado que en un país desarrollado, de la misma manera como los precios son diferentes.

Para que se tenga una idea de lo importante que es el nivel de ingreso para determinar cómo se valoriza el daño pongamos un ejemplo

clásico. No es lo mismo que a mi me pregunten: ¿Cuánto aceptarías para que te maten?, a que me pregunten: ¿Cuánto me pagarías para dejarte matar? Demos la respuesta a la primera pregunta.

¿Cuánto aceptarías para que te maten? La inmensa mayoría diría que no aceptaría nada. El precio de ello es infinito. Jamás aceptaríamos que nadie nos de nada porque ese dinero no lo vamos a disfrutar. Si me hacen la pregunta al revés y me dicen: ¿Cuánto pagarías para dejarte de matar?, la respuesta no es la misma. Mi respuesta es todo lo que tengo en el bolsillo, y nada más que eso. Sino piensen los que han tenido la pésima experiencia de ser asaltados y les dicen: “la cartera o la vida”. Y lo que dan en tal circunstancia es todo lo que tienen en la cartera. No pueden dar un centavo más. Esto nos demuestra que cuando uno tiene pocos recursos valora las cosas de manera distinta. De hecho quienes tienen más recursos valorarán su vida más. Cuando les digan “la cartera o la vida”, unos entregarán un millón de dólares y otros entregarán cinco soles. La valorización es distinta cuando depende del nivel de ingreso de la persona.

Es interesante ver que en nuestro sistema, viendo las estadísticas, hay cosas que valen más que la vida humana. Si ustedes chocan con un Mercedes Benz probablemente para arreglarlo tengan que utilizar el sueldo de varios meses. Puede ser una cuenta de tres mil, cuatro mil, cinco mil dólares o diez mil dólares; en cambio, si ustedes atropellan a una persona probablemente tengan más suerte. Esta situación se parece al ejemplo de aquel señor y la carroza. El caballo se desbocó y la carroza empezó a correr sin control a través de las calles y, mientras el cochero trataba de controlarla, por la ventana salía el propietario de la carroza y le gritaba: ¡Golpea algo barato, golpea algo barato!. En el Perú esta contingencia se verá reflejada en alguien al que se le vacían los frenos y viendo un Mercedes parado adelante y un paradero lleno de personas, decide tirarse el paradero porque le resulta más barato.

Los niveles de ingreso de un país cambian el sentido de las valorizaciones, y si bien se critica mucho al Poder Judicial por dar valorizaciones bajas, no sé cómo se les puede pedir que den valorizaciones altas cuando tenemos una situación que probablemente no las soporte. Ustedes recordarán que cuando se condenó a Abimael Guzman, se le ordenó pagar una indemnización de veintidos mil millones de dólares. Evidente-

mente, todos sabíamos que no la iba a pagar. Pero además, así hubiera querido pagarla, no le alcanzaba todo el circulante existente en el Perú para realizar dicho pago. Es más, no le alcanzaba ni siquiera cinco veces el circulante existente. Hay, una razón para que las indemnizaciones sean distintas en el Perú, porque nos guste o no nos guste, las cosas en el Perú valen distinto, valen menos. La vida humana en el Perú, nos guste o no nos guste, termina valiendo menos, porque nuestros niveles de ingresos son distintos. Si pensamos en indemnizaciones de millones de dólares podemos llegar a la sobrecompensación, que hará, por ejemplo, que haya muy pocos automóviles, para que el país desarrolle; por el contrario las subcompensaciones pueden hacer que hayan demasiados automóviles en muy malas condiciones. Ver como se valorizan las cosas y ver como se deben valorizar los daños y perjuicios en el país implica un esfuerzo muy distinto y, probablemente, mucho más complicado que el que se tiene que hacer en un país desarrollado.

Si tenemos un Poder Judicial que tiene una gran escasez de recursos para poder resolver los casos, deberíamos tener reglas que faciliten el trabajo. Por ejemplo, en el caso de la vida humana, si es que pensamos que hay que indemnizarla justamente para desincentivar actividades contrarias a ella sería mejor tener un sistema de daños tarifados que permitiría a los jueces no utilizar los pocos recursos que tienen en estar tratando de demostrar cuál fue el daño real.

Si queremos desincentivar accidentes nos bastará que se calcule un daño promedio, es decir, un daño que refleje realmente cuanto de la externalidad queremos internalizar para poder efectivamente lograr un sistema eficiente. Probar el daño cuesta y ese costo debe ser asumido de alguna manera a pesar de que tenemos pocos recursos para hacerlo. Sé que desde un punto de vista dogmático, un sistema de Daños Tarifados puede ser irracional, pero desde un punto de vista real, en un país como el Perú, puede ser necesario porque alivia el trabajo de los jueces (y de las partes que también son pobres) y les permite ser más eficientes en sus decisiones. Tratar de demostrar cuál fue el monto real de los daños desperdicia recursos inútilmente.

#### 4. FACTOR DE ATRIBUCION

Analicemos dos casos: uno sucedió en Estados Unidos. El otro sucedió en el Perú.

- El que sucedió en Estados Unidos es Adams Vs. Bullock.

Existía un puente. Por debajo de dicho puente pasaba un tranvía que se alimentaba de una línea eléctrica con cables eléctricos suspendidos. En esas circunstancias un menor de edad pasa sujetando un cable de manera que, sin darse cuenta, hace contacto con los cables eléctricos que alimentaban al tranvía y sufre una descarga, con ella sufre una serie de daños. La Corte consideró que no había responsabilidad de los propietarios del tranvía porque las precauciones que hubiera tenido que tomar el sistema de tranvías de la ciudad para evitar ese accidente eran irracionales. No sólo habría que pensar en que un niño pase por un puente llevando un cable, habría que preveer también que alguien se suba en el techo de un carro y agarre un cable, que alguien desde una ventana alcance y lance otro cable, etc. Es decir, se tendría que poner vigilantes cada dos metros o cada tres metros para poder verificar que nadie tocara los cables incluso en circunstancias tan excepcionales y curiosas como la del caso.

—El caso peruano es Quispe Vs. Electrolima.

Quispe, en fiestas patrias, decidió subir al techo de su casa a poner la bandera. En el mismo momento en el que instala la bandera, el mástil hizo contacto con un cable de alta tensión que pasaba por encima. Quispe sufrió una descarga eléctrica que le costó la amputación de un brazo. El caso es muy parecido. Sin embargo aquí se declaró que la demanda era fundada (al menos en términos teóricos, porque la indemnización que se pagó fue muy baja).

El estándar que nosotros adoptemos va determinar el incremento o no de ciertos bienes o servicios. Existe una teoría según la cual los sistemas subjetivos de culpa son utilizados como una palanca para el desarrollo, es decir, se busca utilizarlos como una forma de hacer menos responsables a las empresas que normalmente ocasionan daños para permitirles desarrollarse económicamente.

Pero también los estándares de conducta están determinados por los niveles de ingresos, porque la gente en el país no puede tomar las mismas precauciones que en otros lugares. El “buen padre de familia” en el Perú, es un buen padre de familia pobre. Su capacidad para comportarse depende también de sus ingresos. El padre de familia que tiene un vehículo, que tiene que salir a hacer taxi en la mañana para mantener a su familia sabiendo que su carro está con los frenos mal, pero sin tener dinero en el bolsillo para repararlo, enfrenta una decisión trágica. Sabe que si no sale sus hijos no comen. Se encuentra ante un dilema que quizás haga muy razonable salir a conducir, lo que puede no ser razonable en el mismo taxista pero ubicado en los Estados Unidos, con un nivel de vida distinto. Tomar precauciones cuesta y cuando uno tiene menos dinero cuesta más porque no tenemos recursos para permitir cubrir esas precauciones que, en principio, parecen razonables. Los estándares exigentes reducen la producción, encarecen los bienes, afectan a los consumidores y además son absolutamente inviables en cuanto los consumidores no pueden pagar los costos derivados de ellos.

En mi experiencia como miembro de la Comisión de Protección al Consumidor, puede apreciar continuamente este tipo de dilemas. Gente que decía que un cierto tipo de medicamento se estaba vendiendo en las farmacias en Estados Unidos están prohibidos, ya no se venden. “Estamos haciendo de conejillos de indias de los laboratorios internacionales”, se dice. En realidad quizás el problema es distinto en Estados Unidos -y me animo a plantear una hipótesis-. Existen sustitutos de ese medicamento. Sustitutos que probablemente como consecuencia de la prohibición de este medicamento, son ahora más caros. Pero en Estados Unidos, finalmente, se pueden dar el lujo de asumir ese sobre costo porque el nivel de consumidor que tienen es distinto. Pero acá en el Perú la diferencia va ha estar entre tomar ese medicamento que en uno de cien mil casos genera un efecto secundario o no tomar nada y morirme.

Tuvimos en la Comisión un caso, que no es de responsabilidad extracontractual, pero que nos grafica lo mismo. Una persona llegó y nos contó que compró un par de zapatos en un vendedor ambulante. Se colocó los zapato en la noche para ir a una fiesta. El par de zapatos le costaron exactamente cinco soles, es decir, dos dólares cincuenta más ó menos. Salió a la calle, y en Lima, que nunca llueve, llovió. Mientras iba caminando hacia su fiesta los zapatos se comenzaron a ablandar. Cuando

llegó, estaba totalmente descalzo. Los zapatos estaban hechos de cartón. Uno dirá: ¿Qué país es este donde se permite que fabriquen zapatos de cartón y además que se vendan en las calles?. Esa apreciación es, sin embargo incompleta.

Primero, el consumidor que compra un zapato de cinco soles y quiere esperar que ese zapato le dure como un par de zapatos de buena calidad está siendo irracional. Segundo, en un país como el Perú es razonable pensar que la gente use zapatos de cartón, porque puede ser que los zapatos de cartón sean su única alternativa. Tenemos menos recursos para tomar precauciones, pero también tenemos menos posibilidades de causar daños porque hay menos recursos en nuestro país que afectar. Hay menos Mercedes Benz contra qué chocar. Hay menos ingresos que se pierden cuando uno mata o atropella a una persona, porque su ingreso promedio será de cincuenta dólares al mes y al año será de seiscientos dólares.

Pero además tenemos el problema de que el aparato judicial tiene escasez de recursos para afrontar el problema y es entonces que tenemos que diseñar el sistema con factores de atribución que sean más razonables, que estén más de acuerdo a nuestra realidad judicial.

El Código Civil de 1936 era netamente subjetivista en el área de la responsabilidad civil extracontractual. Era un código subjetivo que se basaba exclusivamente en la culpa. Sin embargo, los tribunales peruanos fueron objetivistas a pesar de que tenían un código subjetivo. Utilizaban estándares de culpa muy estrictos, muy difíciles de satisfacer o, simplemente, aplicaban la teoría objetiva agarrándose de la palabra "hechos" colocada en el artículo 1136. Pregunto si esa no fue una sabia decisión de los jueces, teniendo en cuenta los bajos niveles de recursos que tenían.

Cuando uno va a los exámenes de grados de un expediente judicial de daños y perjuicios (normalmente un accidente de tránsito) la prueba es pobrísima, es paupérrima; la única prueba relevante parece ser un atestado policial con conclusiones ambiguas. Ello por que la policía también es pobre en este país. Para poder hacer una investigación bien hecha requiere recursos, tecnología y capacitación que no tienen al alcance. Entonces los atestados policiales son pobres adicionalmente. Las partes no tienen recursos para hacer sus propios peritajes, y saber cómo fue el accidente.

Como probar cuesta, la culpa nunca se demostraría nunca, habría responsabilidad. El juez soluciona el problema aplicando una teoría objetiva sin mucho fundamento legal, pero con mucho fundamento real.

## 5. CAUSALIDAD

Nuestro código, de acuerdo al artículo 1985 se acoge al sistema de causalidad adecuada. ¿Cómo explicar la causalidad adecuada?. La mejor manera es a través de un ejemplo de la jurisprudencia norteamericana: el famoso caso del tranvía y del árbol.

Un tranvía venía circulando a exceso de velocidad y en esas circunstancias pasa al lado de una casa, con tan mala suerte que un árbol cae encima del tranvía y ocasiona una serie de daños. El dueño del tranvía demanda al dueño del árbol porque no tomo las precauciones necesarias para que la vejez del mismo no hiciera que éste se cayera. ¿Cómo se defendió el dueño del árbol? Señaló que el tranvía venía a exceso de velocidad. Si no hubiera venido a esa velocidad hubiera llegado al lugar en donde estaba el árbol antes de que éste se haya caído. Habría encontrado el árbol en la vía, habría frenado y no habría ocurrido el accidente.

Se declaró infundada la pretensión del demandado (dueño del árbol) de exonerarse de responsabilidad alegando que el daño había sido causado por el exceso de velocidad del tranvía. Ello por que no había causalidad adecuada, la causa adecuada es la idónea para causar determinado tipo de daños, de tal manera que los daños sean la consecuencia normal y esperada de la conducta. Ello puede puede derivarse de una observación empírica. El exceso de velocidad del tranvía no incrementa las posibilidades de que ocurra un accidente de ese tipo. No es la consecuencia normal la del exceso de velocidad que se caigan los árboles. Será consecuencia normal del exceso de velocidad el atropello o el descarrilamiento, pero no de caída de árboles sobre los tranvías.

La causalidad adecuada busca que se identifique como causa de un daño aquella que normalmente hubiera ocasionado ese tipo de daños en particular. Se busca identificar comportamientos que incrementa las posibilidades de un tipo de un accidente. ¿Qué tiene que hacer la causalidad adecuada con el nivel de subdesarrollo del país? La causalidad adecuada

puede ayudarnos a manejar mejor el sistema de responsabilidad. En la mayoría de casos de responsabilidad civil nunca se llega a demostrar la causa en concreto, es decir la causa sine qua non. Es muy difícil demostrar en un accidente de tránsito, en el que un automóvil atropella a un peatón, si el conductor estaba ebrio, si efectivamente la ebriedad fue la causa del accidente. Sólo se infirió que había un estado de ebriedad que muy probablemente causó el accidente. Se utiliza la causalidad adecuada de una manera distinta: se hace un "salto". Estamos en un extremo y cuando ya no nos alcanza la prueba saltamos y entonces establecemos un vínculo causal que no podemos demostrar plenamente.

Les pongo otro caso. Se encuentran una persona muerta con el cuello roto al pie de la escalera. La luz de la escalera estaba malograda. Entonces demandan al propietario del edificio, porque si hubiera habido luz no se habría caído la persona. Pero, ¿cómo se sabe que no lo empujaron o que no se tropezó o que existe otra causa distinta?. Sin embargo la corte lo hizo responsable porque normalmente dejar las luces malogradas produce un incremento de posibilidades de que se de ese tipo de daño, ello aunque no estemos totalmente seguros de si fue en última instancia la causa. El Juez se encuentra que ya no puede ir más allá en su esfuerzo probatorio, pero su intuición le indica que es muy probable que esa haya sido la causa del accidente. Cuando estamos con un Poder Judicial que tiene pocos recursos, quizás es mejor flexibilizar aún más este concepto de causalidad adecuada y hacer saltos un poco más largos, porque nos cuesta mucho más acercarnos a la causa real del accidente. Si lo que buscamos con la causalidad adecuada es desincentivar accidentes, conseguiremos el mismo objetivo, porque si esa conducta es la que normalmente produce este tipo de daños, al hacer pagar al causante, aunque quizás en la realidad no lo fue, si incrementó estadísticamente las posibilidades de que el accidente ocurriera.

Hay un caso que se dió en un país desarrollado donde se demuestra como este concepto de la exageración de la causalidad adecuada hasta una idea de causalidad probabilística ya ha sido utilizado. Es el caso del medicamento D.E.S.

El D.E.S. era un antiabortivo utilizado hace unos años para evitar abortos espontáneos. Muchas madres gestantes consumieron ese medicamento. A las madres que lo consumieron no les sucedió nada. Sus hijas nacieron normalmente, pero cuando éstas llegaban a la madurez, tenían

un índice mucho mayor de sufrir algún tipo de cáncer, principalmente cáncer uterino. Se imaginan después de treinta años del nacimiento de la persona, ¿cómo demostrar qué laboratorio había producido la pastilla de D.E.S. que había tomado la madre?. La madre podría ya haber fallecido, y si aún no había fallecido sabía que había tomado D.E.S. pero no sabía cuál de los doce laboratorios que la producían había ocasionado el daño. ¿Qué hizo la jurisprudencia? Obvió la demostración de que laboratorio específico había sido. Hizo responsables a todos los laboratorios que produjeron ese medicamento en proporción a su porcentaje de participación en el mercado. De esta manera simplificó el concepto de causalidad, porque el costo de la prueba era demasiado elevado, era insuperable. Acá en el Perú tenemos que obrar de manera similar, pero con cosas más domésticas y menos complicadas, como los accidentes de tránsito. Tenemos que aliviar la prueba, a través de una flexibilización del concepto de causa adecuada.

Conclusión: con la responsabilidad civil sucede algo similar a lo que sucede con cualquier decisión de política económica. La responsabilidad civil, sobre todo en países con pocos recursos, puede tener efectos inflacionarios, tener efectos redistributivos, incentivar la producción de ciertos bienes, desincentivar la producción de otros, establecer estándares de producción, etc. La responsabilidad civil es un complemento necesario a todo el sistema del mercado y nos ayuda a resolver casos donde los costos de usar el sistema contractual son prohibitivos. Al igual como las decisiones de política económica son más difíciles en un país pobre, son también más difíciles las decisiones entorno al sistema de responsabilidad civil. Tanto a nivel legislativo (cómo diseñar el sistema) como a nivel judicial (cómo resolver cada caso). Quizas la única conclusión a la que podemos llegar es que el sistema debería tratar de ser conciente de su escasez de recursos para resolver los problemas y dar a los jueces estándares de más fácil aplicación. Nadie discutirá entre otras cosas jamás que el sistema de culpa en términos de desincentivación podría terminar siendo mejor. Sería ideal que en todas las esquinas instalaran cámaras de televisión y que dentro de los automóviles se obligara a tener cámaras de televisión que filmen continuamente para que cada vez que haya un accidente ahí esté la prueba de quien lo causó. Pero eso nos costaría mucho, y no estamos dispuestos a asumirlo. Nuestro sistema tiene que responder a esas limitaciones que le impone el subdesarrollo.

Los errores al aplicar un sistema de responsabilidad civil son un costo. Una economía próspera tiene más recursos para solventar errores. Se puede dar el lujo de cometer más errores. Un sistema de responsabilidad civil en un país subdesarrollado no se puede dar el mismo lujo, por que su nivel de recursos para cubrir esos errores es mucho menor.

Es como el pobre que va a apostar a los caballos. Perder la apuesta es mucho más trágico. Es básico que los jueces y los abogados seamos concientes de las tremendas consecuencias económicas que tienen nuestras decisiones, consecuencias que en países desarrollados son aún más evidentes.

Requerimos un sistema de responsabilidad civil que pise tierra. Que no se quede sólo a un centímetro del piso, sino que sienta cuál es la realidad de éste país en concreto. La escasez nos impone un mayor pragmatismo del que se puede exigir en cualquier otro sistema. El surrealismo jurídico puede satisfacer nuestro hambre conceptual, pero sólo el pragmatismo puede solucionar el hambre real que existe en un país como el Perú. Ser conciente es el primer paso para salir del subdesarrollo. El segundo es confiar en las personas como dueños de su propio destino.

Quiero traer a colación el sueño de Ihering. Ihering soñó que había muerto y que era conducido a un paraíso especial reservado para los teóricos del Derecho. En él se encontraba uno, frente a frente, con los numerosos conceptos de la teoría jurídica en su absoluta pureza, libres de contaminación de la vida humana. Ahí, deambulando, estaban los espíritus incorpóreos de la buena fe, de la propiedad, de los contratos, de la responsabilidad civil. Estaban asimismo todos los instrumentos lógicos para manipular y transformar estos conceptos, pudiéndose así resolver los más apasionantes problemas jurídicos. Había una prensa hidráulica dialéctica creada para la interpretación que nos permitía extraer a presión un limitado número de interpretaciones de cualquier norma jurídica. Había también un aparato para construir ficciones y una máquina para partir un cabello en 999,999 partes iguales que en manos de los juristas más expertos podía dividir cada una de estas partes a su vez en 999,999. Las posibilidades de este paraíso eran ilimitadas para los juristas más calificados, siempre que bebieran un líquido mágico que provoca el olvido de las cosas terrenales de los hombres. Para los juristas más expertos este líquido era innecesario, pues ellos ya no tenían nada que olvidar.

El subdesarrollo es la más terrenal de las realidades en este país. Dejarnos atrapar en el paraíso de Ihering no sólo es ponernos de espaldas a lo real, es condenarnos a seguir siendo subdesarrollados para siempre.

## LOS SUPUESTOS DOGMATICOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL: LA DIVISION DE SISTEMAS Y LA PREVISIBILIDAD.

GASTON FERNANDEZ CRUZ

Profesor Ordinario de Derecho Civil en las Universidades Católica del Perú y de Lima.

### SUMARIO:

1. La alegoría de la caverna de Platón: vigencia del mito en el Perú. 2. Los dogmas de la responsabilidad contractual. 3. El dogma de la división «sine qua non» de la responsabilidad civil en dos sistemas diferenciados: el contractual y el extracontractual; fundamentos dogmáticos. 4. Sigue: El dogma de la división «sine qua non»... Crítica. 5. La patrimonialidad de la prestación indemnizatoria como fundamento de unificación. 6. La función satisfactoria de la responsabilidad civil como fundamento de unificación. 7. El dogma de la previsibilidad contractual. 8. Sigue: El dogma de la previsibilidad contractual: Los criterios clásicos versus las nuevas tendencias. 9. Conclusiones.

1.- SCOTT FITZGERALD, Premio Nóbel de Literatura, afirmaba que «la prueba de una inteligencia de primera consistía en la aptitud de retener en la cabeza - y al mismo tiempo - dos ideas opuestas, conservando, sin embargo, la capacidad de funcionar». Lo que en el fondo indicaba el ilustre literato norteamericano, no era otra cosa que la negación del **DOGMA**, como norma de vida.

El Derecho, como una de las tantas manifestaciones de la actividad

humana, ha estado y está permanentemente asediado por dogmas y dogmáticos; por juristas o pseudo-juristas que se creen «dueños de la verdad absoluta» y que cierran o evaden toda iniciativa de diálogo y polémica, señal de progreso humano. No gustan de la dialéctica jurídica; y no gustan, por egoísmo, soberbia, ignorancia o mezquindad.

El Perú, como tantos otros países latinoamericanos, ha estado sumido - genéricamente hablando - en una vivencia jurídica alegóricamente platónica: la del mito de la caverna. Varios ciegos, múltiples ciegos, guiándonos en la oscuridad, cogidos de las manos, andando en círculos. En este contexto, los dogmas y los dogmáticos han encontrado un rico «caldo de cultivo». En el Perú, hemos sido ignorantes que en el campo jurídico, el derecho civil y, particularmente la responsabilidad civil, ha sido uno de los tantos campos en donde se ha librado aguda lucha contra los «dogmas jurídicos». Lamentablemente, no siempre los resultados beneficiosos de dicha lucha han llegado al conocimiento de la comunidad jurídica nacional, privando a los alumnos de derecho, abogados y jueces de hoy, del necesario manantial en donde saciar la sed de conocimiento que les permita estudiar, interpretar y aplicar las leyes, sustentadas en bases doctrinarias sólidas, nacidas o fortalecidas de la polémica alturada y el confrontamiento de ideas. Las razones han sido y son muchas: escasez de juristas, altos costos de la producción literaria que ha determinado la casi inexistencia de casas editoriales jurídicas, pero, sobretudo, la falta de un mercado con demanda conveniente. A nadie le es ajena la verdad que, en el Perú, el alumno promedio, el abogado promedio y el juez promedio, lee poco o nada. Digámoslo sin ambages, pues no hay peor ciego que aquél que no quiere ver.

Sin embargo, esta situación, ha entrado en un proceso de cambio. De la ceguera o, de la oscuridad que nos impide ver, se ha percibido ahora, por algunos, a lo lejos, una tenue luz que, llamando su atención, les ha permitido constatar que hay un vasto campo de conocimiento por conquistar y que hoy, nuevamente como remi niscencia de la alegoría de la caverna de Platón, nos llama a conquistarlo.

Particularmente, creemos en la generación a la que pertenecemos: una generación contestataria, deseosa de ver la luz, crítica, pero al mismo tiempo respetuosa de los hombres y de sus ideas que hace suyas las enseñanzas de **BETTI**, quien rechazaba por «inmoral toda forma de intole-

rancia, que niegue a los demás la libertad de manifestar una idea diferente o acaso opuesta (...)»<sup>1</sup>.

Bajo esta perspectiva y dentro de esta mística, pretendemos abordar la temática de la responsabilidad contractual y su regulación civil en el Perú, con la pretensión de demostrar que, la regulación de este sistema en el código civil peruano, está sustentado en sofismas y supuestos dogmáticos, que lo transforman en un reino mitológico, bajo una aparente vigencia absoluta del factor atributivo subjetivo: la culpa; todo ello, no sin cierto rubor de estar tratando como novedad en el Perú, a los albores del siglo veintiuno, un tema cuya problemática en ciertos países europeos, como en Italia, se planteó bajo la vigencia de su código abrogado de 1865.

2.- Semánticamente hablando, un dogma es definido en su primera acepción como «una proposición que se asienta por firme y cierta y como principio innegable de una ciencia»<sup>2</sup>; esto es, una aparente verdad aceptada como tal, sin discusión.

Diversas áreas del conocimiento humano se han visto siempre impregnadas de conceptos dogmáticos. Tal vez, campos como el de la física, en las ciencias naturales, sean el mejor ejemplo de esta afirmación. Pero tal y como nos lo recuerda **HEREDERO**, «las ciencias físicas han tenido como postulados principios que hoy están abandonados. Y esto no quiere decir que la ciencia física esté en crisis, sino que, estos principios que aparecieron desde Newton como incommovibles, han sido conmovidos. Este abatimiento de los principios concebidos con valor absoluto e inderogable es para el pensamiento contemporáneo, «la naturaleza de la cosas» ...<sup>3</sup>.

- 
- 1 **BETTI, Emilio.** «Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos». Traducción de la segunda edición (revisada y ampliada) italiana por DE LOS MOZOS, José Luis. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. España. 1975. Pág.24.
  - 2 **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA.** «Diccionario de la Lengua Española». Vigésima Primera Edición. Editorial Espasa. Calpe S.A. Madrid. España. 1992. Pág. 545.
  - 3 **HEREDERO, José Luis.** «La Responsabilidad sin Culpa (Responsabilidad Objetiva)». Ediciones Nauta S.A. Barcelona. España. 1964. Pág. 10.

La responsabilidad civil y, concretamente la responsabilidad contractual, han sido objeto de aplicación de esas aparentes verdades «per sé», aceptadas sin discusión y con valor absoluto, que han dado nacimiento a la concepción tradicional de la responsabilidad contractual. Dichos supuestos dogmáticos, presentados como basamento de esta responsabilidad, son esencialmente los siguientes:

- a) El dogma de la división «sine qua non» de la responsabilidad civil en dos sistemas diferenciados: el contractual y el extracontractual.
- b) El dogma de la previsión contractual.
- c) El dogma de la consideración del deudor como la «parte débil» de la relación obligatoria, corregida con el principio «favor debitoris».
- d) El dogma de la culpa como único factor atributivo de responsabilidad aplicable en materia contractual.

3.- El primero de los dogmas mencionados se sustentaría en la aparente diferenciación en la naturaleza de la violación cometida: en materia contractual, se trataría de la violación de una obligación pre-existente, entendida en su sentido técnico; mientras que en materia extracontractual, se trataría de la violación de un deber jurídico general de no causar daño a nadie («al terum non laedere»). Esta diferenciación sustentaría a su vez la oposición conceptual entre las nociones de Incumplimiento y Hecho Ilícito<sup>4</sup>.

---

4 Sobre la materia conviene consultar, por todos: **JORDANO FRAGA, Francisco**. «La Responsabilidad Contractual». Editorial Civitas S.A. Madrid. España. 1987. Págs. 28 a 30; **SCOGNAMIGLIO, Renato**. Voce: «Responsabilità Contrattuale ed Extracontrattuale». En: *Novissimo Digesto Italiano*. Tomo XV. Unione Tipografico- Editrice Torinese - UTET. Torino. Italia. 1968. Págs. 670 y sgtes.; **BIANCA, Massimo**. «In adempimento delle Obbligazioni». En: *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca* a cura di Francesco Galgano. Libro Quarto: Obbligazioni. Art. 1218o.-1229o. Seconda edizione aggiornata. Zanichelli Editore. Bologna e Soc. Ed. del Foro Italiano. Roma. Italia. 1991. Pág 4; **SALVI, Cesare**. «Il Danno Extracontrattuale. Modelli e Funzioni». Jovene Editore. Napoli. Italia. 1985. Págs. 14 y 15; **FERRARI, Franco**. «Atipicità dell'Illecito Civile. Una Comparazione». Dott. A. Giuffrè Editore.

Sin embargo, en la actualidad, este dogma se encuentra en total revisión, oscilando la doctrina contemporánea entre considerarlo ampliamente superado propugnando criterios unificadores de la responsabilidad civil o, considerar todavía vigente la diferenciación de ambos sistemas de responsabilidad, pero basada en razones de mayor peso. Así, por ejemplo, **GIARDINA** nos recuerda que «no puede más resultar satisfactorio insistir exclusivamente sobre la diversidad de fuentes de las dos responsabilidades para justificar las diversidades de régimen...»<sup>5</sup>; o, inclusive, afirmar a veces las diferencias de disciplina para justificar una distinción en orden a la fuente. Para la citada autora, estas singulares características distintivas en que fundamenta la doctrina tradicional ambos sistemas de responsabilidad son, desde la perspectiva continental europea y particularmente italiana, las siguientes:

- a) En primer lugar, el hecho ilícito podría violar sólo un derecho absoluto, mientras el incumplimiento sería lesivo de un derecho de crédito.
- b) En las dos figuras de responsabilidad existiría una diversa configuración de la carga de la prueba, que viene normal e impropriamente identificada con una inversión en el área contractual.
- c) Las cláusulas de exoneración de responsabilidad serían lícitas, dentro de ciertos límites, sólo para la responsabilidad contractual y no para la responsabilidad extracontractual, donde constituirían la inadmisibles derogación convencional de reglas de orden público.
- d) En cuanto a los daños, la diversidad entre los dos regímenes de responsabilidad parecería particularmente clara: la responsabilidad extracontractual comporta el resarcimiento de todos los daños previsibles e imprevisibles, con tal que sean consecuencia

---

Milano. Italia. 1992. Págs. 18 y sgtes; **FRANZONI, Massimo**. «Fatti Illeciti». En: Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca a cura di Francesco Galgano. Libro Quarto: Obbligazioni. Art. 2043o.-2059o. Zanichelli Editore. Bologna e Soc. Ed. del Foro Italiano. Roma. Italia. 1993 Pág 14 y 17; y la amplísima bibliografía indicada en estos textos.

5 **GIARDINA, Francesca**. «Responsabilità Contrattuale e Responsabilità Extracontrattuale». Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1993. Pág. 2.

inmediata y directa del hecho ilícito; la responsabilidad contractual obliga al deudor a resarcir sólo los daños previsibles al tiempo en que es contraída la obligación, a menos que el incumplimiento derive de dolo (art. 1125o. C.c. italiano.)

- e) El daño moral sería configurable sólo en materia de responsabilidad extracontractual, más idónea para proteger actividades relevantes también como delitos.
- f) Se hace finalmente hincapié sobre la diversidad de los términos de prescripción para identificar una protección más amplia del interés del acreedor-damnificado en el ámbito de la responsabilidad contractual.
- g) Las singulares características distintivas de los dos órdenes de responsabilidad, son inscritas en una distinción de más amplio respiro sistemático entre las diversas fuentes de la responsabilidad. De las diferencias de disciplina se arriba a la decisiva distinción en orden a la fuente, al hecho jurídico del cual la responsabilidad depende.<sup>6</sup>

Sin embargo, pese a lo anteriormente expuesto, deberá tenerse presente que no todas estas características diferenciadoras son aplicables al sistema jurídico peruano. En efecto, nuestro Código civil, aún cuando ello represente un «monumento al clasicismo», reconocerá como presupuestos de la responsabilidad contractual:

- a) La existencia de una situación de incumplimiento, que supone la violación de una obligación pre-existente al incumplimiento, entendida aquélla en su sentido técnico-jurídico.
- b) Que dicho incumplimiento se deba a culpa de una de las partes, reconociéndose una categoría general de imputabilidad subjetiva, pues, aún cuando en algunos casos pueda afirmarse la existencia de un factor atributivo objetivo en la vía de la responsabilidad indirecta (verbigracia: artículo 1325o. c.c. sobre la responsabilidad del deudor por los hechos de terceros de quienes se vale para el cumplimiento de su obligación), siempre estará referida,

---

6 **GIARDINA, Francesca.** Ob. Cit. Págs. 4 a 18, inclusive. Sin embargo, deberá tenerse presente - como se verá más adelante - que no todas estas características diferenciadoras son aplicables al sistema jurídico peruano.

en última instancia, a la culpa en la atribución de responsabilidad directa («...responde de los hechos dolosos o culposos de éstos...»).

c) La naturaleza especial del daño contractual que, dado el particular interés lesionado y la circunstancia de que el contrato ha creado una relación que vincula intereses específicos, determinará que:

c.1) La indemnización sea concebida tanto de naturaleza resarcitoria como sancionatoria. Se persigue reparar un daño, pero se hace depender la extensión de la indemnización de la mayor o menor culpabilidad del causante, introduciéndose como regla general de responsabilidad la «teoría de la graduación de la culpa», en donde en principio la culpa leve del deudor se presume y no necesita ser probada por el acreedor (arts. 1329o. y 1330o. c.c.).

c.2) En materia de causalidad, la responsabilidad contractual persiga resarcir el daño a un interés específico creditorio, por lo que los sujetos deben haber previsto los riesgos específicos de daño a ese interés. En consecuencia, son resarcibles los daños directos, inmediatos y previsibles, excluyendo como regla general en materia contractual el resarcimiento de los daños mediatos. Esta limitación de responsabilidad se deduce - vía interpretación sistemática - de las diferencias de regulación previstas en materia causal para la responsabilidad contractual: art. 1321o. c.c., y para la responsabilidad extracontractual: art. 1985o. c.c., así como la regulación específica y excluyente de ciertos daños mediatos resarcibles en materia contractual. Verbigracia: resarcimiento del daño ulterior (art. 1324o., segundo párrafo, c.c.).

d) La necesidad de la constitución en mora del deudor para exigir la ejecución forzada de la obligación incumplida por aquél, lo que en el fondo representa que, en términos generales, se distinga retraso objetivo de incumplimiento subjetivo.

e) Un plazo de prescripción particular, más extenso que aquel previsto para la responsabilidad extracontractual. Así, el artículo 2001o., inciso 10), c.c., prevé la prescripción de la acción perso-

nal a los diez años, mientras que el inciso 4) del mismo artículo prevé la prescripción de la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual a los dos años.

De otro lado, autores como **BRECCIA**<sup>7</sup> reconocen a la obligación resarcitoria originada en un hecho ilícito extracontractual, características peculiares que justifican una distinción general respecto a las relaciones obligatorias que derivan de otras fuentes, como la contractual, tales como su naturaleza de deuda de valor y su particular forma de devengo de los intereses. Empero, quizás el principal argumento utilizado aún para justificar la existencia de ambos sistemas diferenciados radica en reconocerles funciones diversas a cada tipo de responsabilidad. Se indica, por ejemplo, que función de la responsabilidad contractual es proteger a las partes frente a un riesgo específico de daño, creado por la particular relación instaurada entre dos sujetos<sup>8</sup>, que en el fondo se sustenta en la diferenciación que atribuyera **BETTI** al ilícito contractual del extracontractual: la distinta naturaleza del interés lesionado. La expectativa crediticia fallida e insatisfecha en materia contractual versus la lesión del interés de convivencia pacífica que se concreta en el «daño injusto» en materia extracontractual<sup>9</sup>.

Como se aprecia, la propia diversidad de opiniones existentes en torno al justificativo idóneo para sostener una división - de origen o de régimen - entre los sistemas de responsabilidad contractual y extracontractual, demuestra, a nuestro parecer, la propia crisis de la división. Nunca hemos encontrado justificativo que explique el por qué, de un mismo hecho dañoso, que puede generar un mismo tipo de daño, puedan aplicarse regímenes de responsabilidad distintos, con cobertura de daños distintos. Si de un accidente automovilístico - el choque de un ómnibus de transporte urbano con uno de sus paraderos, en donde transeúntes es-

---

7 **BRECCIA, Umberto.** «Le Obligazioni». En: *Tratatto di Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti.* Dott. A. Giuffrè Editore. S.p.A. Milano. Italia. 1991. Pág. 105.

8 **SALVI, Cesare.** Ob. Cit. Pág. 16.

9 **BETTI, Emilio.** «Teoría General de las Obligaciones». Tomo I. Traducción de la edición italiana por DE LOS MOZOS, José Luis. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. España. 1969. Págs. 121 y 122.

peran para abordarlo, por ejemplo - sale expelido un pasajero del vehículo que lo transporta y otro sujeto, que espera el vehículo para abordarlo, es arrollado por el mismo, sufriendo ambos, tipos de lesiones iguales, no vemos razón alguna que justifique en un caso limitar el resarcimiento a los daños directos, inmediatos y previsibles (por el solo hecho de tener un «boleto» que probaría la suscripción de un contrato de transporte), mientras que en el otro, al considerar lesionado su interés de paz social y convivencia pacífica, le permitiríamos un resarcimiento integral (que cubra no sólo los daños directos, inmediatos y previsibles, sino también los mediatos y los imprevisibles); división finalmente explicable sólo en el hecho que este transeúnte que esperaba en su respectivo paradero abordar el ómnibus, no tenía un boleto que probara la suscripción del contrato que aparentemente pensaba realizar.

4.- Creemos por ello que este primer dogma de la responsabilidad contractual, representado en la afirmación «per sè» de un sistema diferenciado de otro, sobre la base de una aparente división de origen o de régimen, no se justifica. Ya en un anterior trabajo<sup>10</sup> hemos sustentado nuestra posición sobre la unificación de los sistemas de responsabilidad civil, sobre la base de reconocerle a la responsabilidad civil toda, funciones comunes. Pero estas funciones, comunes por encima de cualquier diferenciación de sistemas, reposarían siempre en un argumento sostenido hoy en la doctrina contemporánea como fundamental para negar la existencia «per sè» de sistemas de responsabilidad: la concepción de la responsabilidad como noción complementaria de una mayor denominada obligación, entendida ésta como estructura compleja, caracterizada por la existencia de una serie de deberes accesorios, coordinados al deber central en «un nexo funcional unitario»<sup>11</sup>.

---

10 **FERNANDEZ CRUZ, Gastón.** «Responsabilidad Civil y Derecho de Daños». En: El Jurista. Revista Peruana de Derecho. Año I. Número 4. Lima. Perú. Diciembre 1991. Pág. 88 a 102.

11 Por todos: **SALVI, Cesare.** Ob. Cit. Pág. 14; **ALPA, Guido.** «Responsabilità Civile e Danno. Lineamenti e Questioni». Società Editrice Il Mulino. Bologna. Italia. 1991. Pág. 17; **GIARDINA, Francesca.** Ob. Cit. Pág. 17; **DIEZ-PICAZO, Luis.** «Estudios de Derecho Privado». Capítulo VII: El Contenido de la Relación Obligatoria». Editorial Civitas S.A. Madrid. España. 1980. Págs. 125 y sgtes.

Esta afirmación, recurrente en la actualidad, no sólo resultará fundamental para atacar viejos dogmas pre-concebidos como el de la división «sine qua non» de la responsabilidad civil en dos sistemas diferenciados: el contractual y el extracontractual, sino que también demostrará, en su momento, la inconsistencia de otro dogma pre-concebido como el de la culpa como único factor atributivo de responsabilidad aplicable en materia contractual.

Repárese que, para algunos, puede resultar difícil de entender, partiendo de la diferenciación de las nociones de Deber Jurídico y Obligación, cómo puede hablarse siempre de responsabilidad como noción vinculada a este último concepto. Al respecto, sin embargo, bien ha señalado **JORDANO FRAGA** que mientras la responsabilidad contractual aparece «estructuralmente ligada a la idea de obligación», en materia extracontractual «sólo a través de la afirmación de la responsabilidad nace una verdadera obligación, que consiste, precisamente, en el resarcimiento del daño injustamente causado...»<sup>12</sup>.

Y es que si compartimos la idea de que la diferenciación fundamental entre las nociones de Deber Jurídico y Obligación está dado por la patrimonialidad de la última, debemos compartir también la necesidad de afirmar una única función que explique la afectación patrimonial que sufre el llamado a responder por el daño injusto irrogado. Esta función no es sino aquélla que nosotros hemos llamado «de equivalencia», que explica el porqué siempre la responsabilidad civil comporta una afectación patrimonial o posibilidad de afectación, vista siempre desde la óptica del deudor (el llamado a responder): tratándose del incumplimiento de una obligación pre-existente, como quiera que el deudor «ab initio» había comprometido su responsabilidad patrimonial en la satisfacción del interés del acreedor, en el supuesto de mutación del interés originario del acreedor producto del daño, continuará el deudor obligado (por su deber central de satisfacer el interés ajeno) a responder por la satisfacción de este interés conculcado. Por ello, en caso que el interés conculcado del acreedor se vea solamente satisfecho mediante el pago de una indemnización compensatoria, en realidad se produce una transformación de la re-

---

12 **JORDANO FRAGA**, Francisco. Ob. Cit. Págs. 28 y 29.

lación jurídico-obligatoria, en donde el deudor, obligado en virtud del vínculo jurídico a realizar su deber central consistente en la satisfacción del interés del acreedor, debe realizar una conducta distinta a la inicialmente debida (prestación resarcitoria) que afecta su patrimonio en un valor estrictamente equivalente al valor o estimación del daño sufrido por el acreedor.

Si, en cambio, inicialmente se debía realizar una «conducta no patrimonial» (cumplimiento del deber jurídico general de «no causar daño a nadie»), el incumplimiento de este deber por un sujeto específico, determina que éste deba realizar «una conducta esta vez de contenido patrimonial», determinado por el costo económico del daño que debe indemnizar. Así, «se produce una sustitución de conductas, en atención a la naturaleza distinta del interés del acreedor llamado a satisfacer: la conducta no patrimonial que satisfacía el interés originario del acreedor (no hacer), es reemplazada por una conducta patrimonial - prestación indemnizatoria - que satisface el interés conculcado de dicho acreedor. Visto pues, desde la óptica del deudor, lo anteriormente dicho significa que su inicial Deber Jurídico General No Patrimonial, se transforma en una Obligación, dada precisamente la patrimonialidad que representa para el deudor la prestación indemnizatoria que está llamado a realizar para satisfacer el interés lesionado del acreedor...»<sup>13</sup>.

5.- En lo que respecta a la «patrimonialidad» de la prestación indemnizatoria, la afirmación primaria de que la misma está representada por el «costo económico del daño que se debe resarcir», debe ser sometida a revisión con el propósito de brindarle mayor consistencia. En un trabajo también anterior, hemos afirmado que si bien el Código civil peruano parece no exigir como requisito de configuración de la obligación la «patrimonialidad de la prestación», creemos nosotros que el mismo constituye un requisito doctrinario insustituible de la relación jurídico-obligatoria, aún cuando no creamos que la patrimonialidad sea de la prestación en sí, sino del objeto de la obligación, constituido por el bien o la utilidad deseada por el acreedor. Dicho contenido patrimonial, «de carácter abstracto y objetivo», estaría representado por la «negociabilidad del bien

---

13 FERNANDEZ CRUZ, Gastón. «Responsabilidad...». Ob. Cit. Pág. 94.

o utilidad que se persigue obtener por la vía de la cooperación expresada a través del despliegue de energías de trabajo»; todo ello, sin perjuicio de que se produzca una «asignación de valor» a la obligación, que le da su contenido patrimonial (y que difiere de la «patrimonialidad del objeto»)<sup>14</sup>.

En este sentido, la «obligación de indemnizar», para ser tal, debe tener - en nuestro concepto - tanto patrimonialidad del objeto como asignación de valor, entendido este último concepto como «la valoración objetiva ínsita a los bienes, por estar catalogados como susceptibles de intercambio económico, que no es sino su valor de mercado; o el mayor o menor valor que las partes le hayan asignado, en atención a sus intereses patrimoniales o extrapatrimoniales»<sup>15</sup>.

Repárese que, como bien ha sido señalado por algunos autores, la «patrimonialidad del objeto» (o «patrimonialidad de la prestación», para algunos), «no corresponde al daño en sí considerado, sino a las consecuencias de la lesión»<sup>16</sup>, por lo que el carácter patrimonial del daño «deriva no de la verificación contable de un saldo negativo en el «estado patrimonial» de la víctima; sino de la idoneidad del hecho lesivo, según la valuación social típica, a determinar en concreto una disminución de los valores y de las utilidades económicas de las cuales el damnificado puede disponer»<sup>17</sup>. En consecuencia, «la economicidad del daño, en la perspectiva indicada, no implica necesariamente disminuciones de precio o de rédito, ni mucho menos desembolso monetario de parte de la víctima. Es en cambio, suficiente, la pérdida o lo que se deja de percibir, de utilidades o valores, susceptibles - según una valuación social típi-

---

14 **FERNANDEZ CRUZ, Gastón.** «La Obligación: Apuntes para una Dogmática Jurídica del Concepto». En: *The mis*, Revista de Derecho. Publicación editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segundo Epoca. Número 27-28. Lima. Perú. 1994. Págs. 55 y 56.

15 *Ibidem.* La problemática de la «asignación de valor» a la obligación es lo que nosotros hemos llamado «contenido patrimonial de la obligación».

16 **CECCHERINI, Grazia.** «Risarcimento del Danno e Riparazione in Forma Specifica» Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1989. Pág. 47.

17 **SALVI, Cesare.** *Ob. Cit.* Pág. 106.

ca, que se refleje además sobre el «quantum» - de ser medidos en dinero»<sup>18</sup>.

La obligación de indemnizar, es obligación siempre, por cuanto en principio existe en todos los casos «patrimonialidad del objeto», representado por la negociabilidad de la utilidad: las consecuencias de la lesión. Además, tiene siempre también una asignación de valor que, en la generalidad de los casos es objetiva: como mayormente la prestación indemnizatoria es dineraria (materializable en dinero), el bien o utilidad aquí involucrado - el dinero - tiene valor económico «per se», al ser reputado como «el común denominador del valor de todos los bienes y servicios»<sup>19</sup>.

**6.-** Consolidada la unidad del concepto de responsabilidad sobre la base de la denominada función de equivalencia de la responsabilidad civil, debe demostrarse a continuación la unidad toda del concepto, en relación a las demás funciones reconocidas a la misma.

Resulta, sin embargo, difícil enfocar este tema, desde que no existe unidad en la doctrina en torno al reconocimiento de las funciones que cumple la responsabilidad civil; máxime, si como ya hemos anotado, todavía un vasto sector de la doctrina propugna funciones diferenciadas de la responsabilidad, según se trate de materia contractual o extracontractual; o, peor aún, según se admita o niegue que pueda hablarse de responsabilidad civil en el cumplimiento de obligaciones, además de responsabilidad en el incumplimiento de obligaciones y deberes. Pese a ello, en un esfuerzo de síntesis, podemos señalar que se ha hablado que la responsabilidad civil cumple - entre otras - las funciones principales y diversas de «penar, prevenir, restaurar, restituir, atribuir justicia, vengar, diluir el costo de los daños, repartir las pérdidas y los riesgos, colocar los recursos en el modo más eficiente, controlar las actividades productivas y los servicios públicos, garantizar el funcionamiento óptimo del mercado y el valor primario de la persona humana»<sup>20</sup> y muchas más. En palabras

---

18 Ibidem. Pág. 107.

19 **HIRSCHBERG, Eliyahu.** «El Principio Nominalista». Traducción del inglés por ROIMISER, Jorge Manuel y COHEN, Mónica. Ediciones Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1976. Pág. 3.

20 **FRANZONI, Massimo.** Ob. Cit. Pág. 51. Así también, **ALPA**, por ejem-

de **FRANZONI**, de esta manera, «la idea de la reparación de la víctima del daño permanece así sumergida en una sobreabundancia «esquizofrénica» de fines y de objetivos, que impiden conectar la explosión de la responsabilidad civil a una motivación unitaria y, por lo tanto, a unitarios principios operativos»<sup>21</sup>.

No representa el presente trabajo ni el momento ni la oportunidad para discutir la afirmación antedicha, merecedora de una indagación más profunda. Sin embargo, por nuestro lado, ya hemos señalado con anterioridad<sup>22</sup> que creemos en la noción de responsabilidad civil como fenómeno aplicable tanto en el cumplimiento de obligaciones, como en el incumplimiento de obligaciones y deberes, por lo que la noción de responsabilidad está, en nuestro concepto, estructuralmente unida a la noción de obligación, cumpliendo siempre, cuando menos, las funciones satisfactoria y de equivalencia en el cumplimiento obligacional, a la que se le añade la función punitiva o penal en el incumplimiento de deberes u obligaciones (que explica exclusivamente el fenómeno del traspaso del peso económico del daño).

La función satisfactoria representa la función esencial de la responsabilidad civil y se explica en la estructura compleja de la obligación. Esta última noción - en nuestro concepto - constituye una relación jurídica compleja o supraestructural que representa una vinculación intersubjetiva concreta de cooperación de contenido patrimonial, en virtud de la cual dos o más sujetos quedan vinculados entre sí para la realización de una determinada función económica o social dirigida a la satisfacción de intereses que han merecido juridicidad por el Orden Jurídico<sup>23</sup>. En tal sentido, reconocemos como elementos de la relación jurídica

---

plo, señala cuatro funciones básicas atribuidas tradicionalmente a la responsabilidad civil: a.- la función de oponerse al acto ilícito dañoso, con la finalidad de resarcir a los sujetos damnificados; b.- La función de restituir el «status quo» anterior a la producción del daño; c.- La función de reafirmar el poder sancionador (o «punitivo») del estado; y d.- La función de prevención del daño. **ALPA, Guido**. Ob. Cit. Págs 53 y 54.

21 Ibidem.

22 **FERNANDEZ CRUZ, Gastón**. «Responsabilidad...» Ob. Cit. Págs. 88 y sgtes.

23 Ver: **FERNANDEZ CRUZ, Gastón**. «La Obligación ...». Ob. Cit. Págs. 41 a 56.

co-obligatoria a: los sujetos; el vínculo (s) jurídico (s); la prestación; el objeto; y el interés.

Es en el estudio del vínculo jurídico como elemento de la relación jurídico-obligatoria, que se analiza el contenido de la obligación y se explica su naturaleza jurídica. **DIEZ-PICAZO**, en un excelente estudio sobre la materia, ha definido al vínculo jurídico como la parte o elemento de la relación obligatoria que correlaciona dos situaciones jurídicas coincidentes pero, a la vez, contrarias, llamadas Crédito y Deuda<sup>24</sup>. Coincidentes, porque la existencia de una no se explica sin la otra y, contrarias, porque precisamente se trata de situaciones absolutamente antitéticas. Empero, lo más importante en el significativo estudio del profesor español, es la demostración que realiza sobre el hecho que el Crédito y la Deuda serían un buen ejemplo de situaciones jurídicas complejas, en donde en uno, no existen exclusivamente facultades y en el otro, no se dan sólo deberes.

Nosotros compartimos esta visión «compleja» del vínculo jurídico como elemento de la relación obligatoria. Es más, si entendemos a la Deuda como la situación jurídica de «deber» que el ordenamiento jurídico impone a un sujeto en cuanto voluntaria o legalmente ha constreñido su libertad de actuar, comprenderemos en forma inmediata que esta situación reviste para el Derecho necesariamente una exigencia de temporalidad que debe cesar cuando el deudor recobre su plena libertad de actuación. Es decir, como quiera que la deuda representa siempre una limitación a uno de los derechos fundamentales de las sociedades occidentales, cual es el de la libertad, el Derecho debe proveer al deudor los mecanismos legales para su liberación. En términos ordinarios y normales, ello se obtiene a través del pago; pero también se le provee al deudor de los mecanismos legales que le permitan su liberación forzosa cuando falta la colaboración del acreedor: solicitar que se declare judicialmente la extinción de su deuda o el pago por consignación.

---

24 **DIEZ-PICAZO, Luis**. Ob. Cit. Pág. 126. Para una visión crítica a los argumentos esgrimidos por el profesor español en este trabajo, consultar: **CRISTOBAL MONTES, Angel**. «La Estructura y los Sujetos de la Obligación». Editorial Civitas S.A. Madrid. España. 1990. Págs. 85 y sgtes.

Ello significa reconocer que sobre el titular de una situación jurídica de deuda, no pesan exclusivamente deberes, sino que también goza de ciertas facultades (la de enervar toda pretensión abusiva del acreedor es otra facultad de la que también goza)<sup>25</sup>, por lo que no se trata de una situación jurídica de «puro deber». Pero, además, sobre el deudor no pesa un único y solitario deber, sino que sobre él recaen una variedad de deberes accesorios cuya misión es coadyuvar a la realización del «deber central» del deudor, el cual es, que duda cabe, el de satisfacer el interés del acreedor.

No creemos justificado reducir el espectro del deber central a cargo del deudor al deber de realizar la prestación. Ello significa devaluar la propia concepción de la obligación como vehículo de cooperación humana e ignorar la función que cumple la responsabilidad en la estructura misma del concepto. Para nosotros, no existe duda en torno al hecho de que la obligación - modernamente hablando - no es sino otro de los mecanismos de los que se vale el Derecho para asegurar la circulación de la riqueza y, por ello, dentro de este contexto, la tutela del crédito se transforma en eje central del concepto. Es por ello que, el interés del acreedor, dentro de la estructura de la obligación, ocupa un lugar privilegiado pero que necesariamente está conectado con la responsabilidad del deudor de garantizar, precisamente, la satisfacción de ese interés: Habiendo el deudor, en la génesis de la obligación, asumido el deber central de satisfacer un interés ajeno tutelado: el del acreedor, como correlato de ese deber ha asumido la responsabilidad de garantizar, con todos sus bienes presentes y futuros la satisfacción de dicho interés. En consecuencia, la función satisfactoria de la responsabilidad civil no consiste sino en la garantía dada a la satisfacción del interés del acreedor.

No hay duda, sin embargo, que en la etapa del cumplimiento obligacional, dicha garantía apunta a la satisfacción del interés «puro» u «originario» del acreedor, el cual, constituyendo una valoración personal y concreta sobre la utilidad procurada por medio de la prestación, no puede gravitar en el contenido de la relación obligatoria.

Por ello, salvo que el interés «puro» hubiere sido «causalizado»

---

25 Ibidem. Pág. 140.

(esto es, transformado en causa subjetiva, entendida como presupuesto de la relación obligatoria), el interés que debe ser satisfecho por el deudor en la etapa del cumplimiento obligacional no es sino el «interés típico» que subordina al interés «puro» o «subjetivo»; es decir, el interés que normalmente se ve satisfecho por medio de determinada prestación<sup>26</sup>.

En consecuencia, se puede concluir que, en términos normales, la función satisfactoria de la responsabilidad civil en la etapa del cumplimiento obligacional consiste en la garantía de satisfacción del interés típico del acreedor o en la realización de la causa subjetiva (entendida como interés subjetivo causalizado).

En la etapa del incumplimiento obligacional, en cambio, repárese que se introduce un fenómeno mutatorio no presente en la etapa del cumplimiento obligacional: el daño.

La verificación de este fenómeno en el plano fáctico y jurídico, trae como consecuencia la transformación de la relación obligatoria, pero no

---

26 Comparten la tesis: **BARASSI, Lodovico**. «Teoria Generale delle obbligazioni». Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1964. Volume I. Pág. 56; también: **BIANCA, Massimo**. «Diritto Civile. Volume 4: L'obbligazione». Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1991. Pág. 41. En contra: **DI MAJO, Adolfo**. «Obbligazioni in Generale». En: «Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca a cura di Francesco Galgano. Libro quarto: Obbligazioni. Art. 1173o. - 1176o. Zanichelli Editore. Bologna e Soc. Ed. del Foro Italiano. Roma. Italia. 1988. Pág. 267. Al respecto, **BIANCA** opina que la referencia al interés normal o típico no implica referirse a un interés «abstracto». Para él, «el interés creditorio es siempre un interés individual y concreto, que puede inclusive depender de las circunstancias personales del acreedor. Pero si se trata de un interés normal, éste entra de por sí en el contenido de la relación.» (Llamada a pie de página número 3). Nosotros en cambio opinamos que, salvo que el interés subjetivo haya sido transformado en causa del negocio (que se produce cuando el propósito empírico perseguido es común a las partes en el negocio o «aún siendo individual en el negocio de una sola parte, ha sido dada a conocer a los destinatarios del negocio»). Ver: **DIEZ-PICAZO, Luis**. «Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial». Volumen I. Editorial Tecnos S.A. Madrid. España. 1983. Pág. 175), aquél es irrelevante a efectos de su valoración en el cumplimiento.

su extinción: el daño irrogado al interés creditorio produce la mutación de este interés (originariamente identificado con el interés típico), que se transforma en un interés conculcado. Al producirse esta mutación, resulta lógico entender también que el objeto o utilidad que lo satisface no sea necesariamente el mismo<sup>27</sup>. por lo que también varía o muta el objeto «inicialmente debido». Si varía el objeto, que constituye el resultado debido, varía también el medio empleado para lograrlo (de aquí que a la indemnización compensatoria se le denomine también «prestación sustituta»).

¿Cómo, entonces, si el daño puede producir una variación en los elementos interés, objeto y prestación de la relación obligatoria, podemos sostener que estamos ante una misma obligación? Simplemente es así, porque el elemento que explica la naturaleza jurídica de la obligación y constituye su contenido - el vínculo jurídico - no ha variado.

En virtud del vínculo jurídico, el deudor se comprometió (asumiéndolo como deber central) a satisfacer el interés del acreedor, por lo que en la hipótesis de daño al interés creditorio, que transforma al interés originalmente debido en un interés conculcado por el daño, el deudor continúa obligado - en virtud del mismo vínculo jurídico existente -<sup>28</sup> a satisfacer el interés del acreedor. Esto es que, el deudor, en virtud del deber central asumido inicialmente al contraerse la obligación, debe satisfacer el interés del acreedor, sea a través de la prestación originalmente debida (que materialice el objeto que satisface el interés típico creditorio), o sea a través de una prestación sustituta indemnizatoria (que materialice el ob-

---

27 Pero pudiera serlo, cuando, por ejemplo, la afectación del daño al interés creditorio no es estructural. En este caso, el acreedor probablemente exigirá, pese a la situación de incumplimiento, la satisfacción del interés originario, por medio de la prestación originalmente debida, más el pago de una indemnización moratoria que, en este caso, tendrá el valor de prestación complementaria (Artículo 1219o., incisos 1o. y 3o. del Código civil peruano).

28 Lo que no significa que exista en toda relación obligatoria necesariamente un solo vínculo jurídico. Así, por ejemplo, en los mal llamados «contratos sinalagmáticos» o «de prestaciones recíprocas», tenemos la existencia de dos vínculos jurídicos funcionalmente unidos entre sí.

jeto que satisfaga el interés lesionado por el daño). En ambos casos, estaremos ante una única función satisfactoria de la responsabilidad civil, estructuralmente unida a la noción de obligación, que comprometió el patrimonio del deudor en la satisfacción de un interés ajeno. Es en mérito a la argumentación antes vertida que se explican las palabras de **JORDANO FRAGA** cuando afirma: «...A la luz de las consideraciones hasta aquí desarrolladas, que ponen de manifiesto la conexión estructural de la idea de responsabilidad con la de obligación, resulta natural que al hablar de la función de la responsabilidad contractual se ponga de manifiesto, como contenido primario de la misma, el de garantizar la posición del acreedor, de tal forma que cuando la realización coactiva de su pretensión no sea posible, se le resarza de las pérdidas sufridas por el incumplimiento (función compensatoria)<sup>29</sup>. En este caso, la función satisfactoria de la responsabilidad civil actuará con la finalidad de reparar el daño irrogado dado el carácter tuitivo de la función (o compensar, o resarcir, como también se le ha llamado), aún cuando, en la constatación fáctica de daños de naturaleza irreparable, la función satisfactoria se enfrente a límites de imposible superación, materializándose en la finalidad de «consolación» de los efectos del daño<sup>30</sup>.

En lo que respecta al incumplimiento de deberes, entre los cuales destaca el «alterum non laedere», se podrá apreciar que en nada difiere la situación respecto a aquella ya presentada en el incumplimiento de obligaciones.

El denominado «daño injusto» en materia extracontractual, lesiona - en términos clásicos - un interés genérico de convivencia pacífica pero

---

29 **JORDANO FRAGA, Francisco.** Ob. Cit. Pág. 34.

30 Limitación que es ontológicamente igual a aquella impuesta por la imposibilidad de ejercer violencia en la persona del deudor en la ejecución forzosa de las obligaciones de hacer (artículo 1150o., inciso 1) del Código civil peruano). Sobre la función «consolatoria» de la responsabilidad civil y su aplicación preferente en el resarcimiento del daño extrapatrimonial, conviene consultar: **FRANZONI, Massimo.** «La liquidazione del Danno alla Persona». En: Trattato di Diritto Commerciale e Diritto Pubblico dell'«economia» diretto da Francesco Galgano. Vol. XIV. Casa Editrice Dott. Antonio Milani - CEDAM. Padova. Italia. 1990. Págs. 278 y sgtes.

que, a la vez, es específico respecto a cada integrante de la sociedad. El daño a este interés determina su mutación a uno específicamente creditorio, en donde ya el individuo concretamente dañado en su interés de convivencia pacífica, reclama esta vez la satisfacción de su interés conculcado, el cual consistirá en la apreciación individual y concreta que el sujeto damnificado realice respecto al valor que el bien lesionado revestía en particular para él; se trata pues de una valoración subjetiva que se realiza sobre las consecuencias del daño. SALVI, al respecto, en posición discordante indica que «es indudable que tal valoración se refiere a un sujeto-tipo, que se encuentra en la misma situación concreta del damnificado, y no a los criterios o necesidades propios de éste como individuo», por lo que se trataría siempre de «un interés socialmente y económicamente típico»<sup>31</sup>. En la codificación civil peruana, creemos nosotros que dicho patrón objetivo no existe, por lo que la asignación de valor que se realiza a las consecuencias del daño debe ser esencialmente subjetiva, pues se trata de valorar la repercusión del daño en determinado sujeto.

De esta manera, en la hipótesis del incumplimiento obligacional imputable al deudor, creemos que el artículo 1219o. del Código civil peruano otorga un derecho potestativo al acreedor para que éste decida, sobre la base de la posibilidad de la prestación y su interés subjetivo, la acción a tomar en cautela de su interés lesionado. Dicho en otros términos, ese interés subjetivo, intrascendente en el plano del cumplimiento obligacional, por estar subordinado al interés típico creditorio, se torna relevante en la etapa del incumplimiento obligacional por la imputabilidad del incumplimiento del deudor. La ley no exige al acreedor que pruebe la lesión de su interés subjetivo para el ejercicio del derecho potestativo; debe probar solamente el hecho objetivo del incumplimiento. El ejercicio del derecho potestativo concedido al acreedor no se condiciona a la prueba de la lesión al interés subjetivo: la ley lo presume lesionado por el hecho objetivo del incumplimiento (lo que se ve corroborado con el texto del artículo 1428o. del Código civil peruano, que contiene una redacción claramente potestativa).

Distintos son, obviamente, los requisitos de procedencia del resar-

---

31 SALVI, Cesare. Ob. Cit. Págs. 105 y 106.

cimiento contractual: En este aspecto, la ley peruana exigirá al acreedor damnificado que pruebe ya no solamente el hecho objetivo del incumplimiento. Si bien dicho incumplimiento se presumirá imputable al deudor, por lo que el acreedor estará dispensado de probar la atribución de responsabilidad (esto es, que se presume - *juris tantum* - responsable al deudor por «culpa» del incumplimiento obligacional: art. 1329o. c.c.; presunción que será largamente discutida posteriormente en este trabajo), deberá probar también la existencia de los daños y perjuicios que afirma haber sufrido, así como su cuantía (art. 1331o. c.c.), aún cuando en lo que atañe a este último problema del «quantum» indemnizatorio, se faculta al juez a fijar por excepción - en la medida que esté probado el «quid» indemnizatorio y en ausencia de prueba de la cuantía en su monto preciso - una indemnización de «valoración equitativa» (art. 1332o. c.c.).

En la hipótesis del incumplimiento del deber general de no causar daño a nadie, sucede básicamente lo mismo en lo que atañe, pues, a los requisitos de procedencia del resarcimiento extracontractual: el acreedor debe probar el hecho objetivo de la comisión del daño y el nexo causal (el que había resultado evidente en el anterior caso por la existencia del contrato), así como la existencia y cuantía de los daños y perjuicios. Asimismo, en lo que atañe a la imputabilidad subjetiva, se presumirá - con carácter «*juris tantum*» - que el daño ocasionado a la víctima lo ha sido por «culpa» de su autor (art. 1969o. c.c.). En los supuestos de imputabilidad objetiva, en cambio (riesgo, garantía y equidad), la víctima, conjuntamente a la probanza del hecho objetivo de la comisión del daño, deberá aportar la prueba concreta del factor objetivo atributivo de responsabilidad (verbigracia: la naturaleza riesgosa de la actividad que ocasiona el daño en el art. 1970o. del c.c. peruano; la relación de subordinación del art. 1981o. del mismo cuerpo legal, etc.).

En la asignación de valor a las consecuencias del daño debe primar, en nuestro concepto - tanto en materia contractual como extracontractual - criterios que sopesen el grado de afectación que la lesión a determinado bien produce en particular respecto a la víctima<sup>32</sup>.

---

32 Y que explican coherentemente fenómenos como el de las modificaciones intrínsecas del daño.

En consecuencia, el marco unitario de las funciones básicas de la responsabilidad civil, cuales son la función satisfactoria y la función de equivalencia, quedan configuradas, demostrando que el concepto de responsabilidad civil, entendido como el conjunto de consecuencias jurídico-patrimoniales a las que quedan sometidos los sujetos, en tanto hayan contraído una obligación, es una noción que se sobrepone a cualquier problemática de existencia de sistemas de responsabilidad.

Como quiera que la problemática de la responsabilidad civil se subsume en aquella concerniente a la obligación, no hay duda que en esta última noción se explican los conceptos de patrimonialidad y asignación de valor.

Existirá patrimonialidad, en la medida que el objeto de la obligación (el bien o la utilidad) sea susceptible de intercambio económico. Tratándose de la «prestación indemnizatoria», dicha patrimonialidad está representada por la negociabilidad de las consecuencias del daño.

En cuanto a la problemática de asignación de valor, en la «prestación indemnizatoria» creemos que prima la valoración subjetiva que el damnificado realiza en la demostración de la magnitud del daño que para él ha causado la pérdida o menoscabo de determinado bien o utilidad.

7.- De otro lado, se ha indicado ya que otro de los grandes dogmas sobre los cuales reposa la responsabilidad contractual es el de la previsibilidad contractual. En palabras ya citadas de SALVI<sup>33</sup>, hemos señalado cómo para algunos, la función básica de la responsabilidad contractual radicaría en proteger a las partes del contrato frente «a un riesgo específico de daño, creado por la particular relación instaurada entre dos sujetos». Se afirma entonces que, como el contrato crea una relación jurídica intersubjetiva de contenido patrimonial entre - cuando menos - dos sujetos, vincula intereses específicos. En consecuencia, la responsabilidad contractual perseguiría resarcir el daño a ese interés específico creditorio, por lo que los sujetos deberían haber PREVISTO los riesgos específicos de daño a ese interés.

---

33 Ver supra, numeral 3). Nota a pie de página No. 8.

De esta afirmación surge una de las consecuencias más comúnmente aceptadas por la doctrina y legislación contemporánea: en principio, son resarcibles en materia contractual, los daños directos, inmediatos y previsibles.

La abundante consagración legislativa del alcance de la responsabilidad contractual antes mencionada, podría para muchos ser argumento suficiente para aceptar como verdad incuestionada la previsibilidad contractual, sin reparar que, en el fondo, se parte siempre de legislaciones promulgadas en los siglos XIX y en la primera mitad del siglo XX, en donde el avance industrial y tecnológico no había desarrollado, por ejemplo, toda la problemática de la contratación en masa y la protección del consumidor, regulando por lo general una realidad de contratación paritaria, en donde la previsibilidad es concebida como una derivación del principio de autonomía de la voluntad - libertad de contratar y libertad contractual -, donde las partes deben haber previsto en el contrato los límites a su libertad de actuación (obligaciones), por lo que el incumplimiento del contrato determinaría el resarcimiento de un daño directo, inmediato y previsible a un interés específico.

Así, por ejemplo, el código francés de 1804 consagra en su artículo 1150o. la responsabilidad del deudor en el sentido que «sólo está obligado por los daños y perjuicios que hayan sido previstos o que se hayan podido prever al hacerse el contrato, cuando no se deba a su dolo el incumplimiento de la obligación», agregando en su artículo 1151o. que «aún en el caso en que el incumplimiento de la convención resulte del dolo del deudor, los daños y perjuicios no deben comprender, respecto a la pérdida sufrida por el acreedor y la ganancia de que éste ha sido privado, sino aquello que sea consecuencia inmediata y directa del incumplimiento de la convención»<sup>34</sup>.

---

34 «Art. 1150o. Code civil: Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée».

«Art. 1151o. Code civil: Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention».

Aún cuando no pueda afirmarse que el Código civil francés recogió la teoría de la graduación de la culpa<sup>35</sup>, resulta evidente que en materia de responsabilidad contractual se establece una diferenciación en el alcance de esta responsabilidad, según se haya actuado con dolo o sin él, lo que lleva con posterioridad a las legislaciones de inspiración napoleónica a consagrar la limitación de la responsabilidad contractual, cuando no se ha actuado con dolo, a los daños directos, inmediatos y previsibles, extendiendo la responsabilidad del deudor a los daños de naturaleza imprevisible, cuando haya mediado dolo en su actuación.

De esta manera, el código italiano de 1942 señaló en su artículo 1223o., bajo la intitulación «resarcimiento del daño», lo siguiente: «El resarcimiento del daño por el incumplimiento o por el retardo debe comprender tanto el daño emergente del acreedor como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa», agregando en su artículo 1225o., bajo el título «previsibilidad del daño», que «si el incumplimiento o el retardo no dependen de dolo del deudor, el resarcimiento es limitado al daño que podía preverse en el tiempo en que fue contraída la obligación»<sup>36</sup>.

Repárese entonces cómo en la tradición latina de inspiración francesa, el dogma de la previsibilidad contractual va unida siempre a la inmediatez de los daños resarcibles, mientras que otras legislaciones latinas, como la germana, prefiere no referirse a las «consecuencias inmedia-

---

35 Es aceptado, en términos generales, que ninguna de las grandes codificaciones europeas como la francesa, la alemana o la italiana recogieron la artificiosa teoría de la graduación de la culpa introducida por los glosadores, aun cuando existen diseminados en cada una de ellas, diversos artículos - no unidos orgánicamente - que hablan de «culpa leve», «culpa grave», o de «dolo». Consultar al respecto: **JORDANO FRAGA, Francisco**. Ob. Cit. Págs. 128 a 130, inclusive.

36 «**1223. Risarcimento del danno.**- Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta».

«**1225. Prevedibilità del danno.**- Se l'inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione».

tas y directas» en el resarcimiento de los daños provenientes de la inexecución de obligaciones, como sucede, por ejemplo, en el artículo 252o. del B.G.B., en donde se indica que «el daño a indemnizar comprende también el lucro cesante. Vale como cesante la ganancia que podía esperarse con verosimilitud según el curso normal de las cosas o según las circunstancias especiales - del caso -, en especial según las medidas y previsiones adoptadas»<sup>37</sup>. La referencia al «curso normal de las cosas», lleva más bien a plantear que, en materia contractual, tan igual como en materia extracontractual, la única teoría de la causalidad aplicable resultaría la de la causalidad adecuada, en donde resultarían resarcibles todos los daños efectivamente irrogados en cuanto sean consecuencia lógica y necesaria del hecho dañoso que los produjo (el incumplimiento). Esto es, todo tipo de daño directo, sea mediato o inmediato, previsible o imprevisible.

Es cierto que, sobre el artículo 1223o. del código italiano, la doctrina civilística de ese país es general al interpretar que la referencia a «los daños directos e inmediatos» contenida en dicho precepto legal se basa en la teoría de la causalidad adecuada. Al respecto, escribe **ZACCARIA** que «es absolutamente pacífico que tal expresión no debe ser interpretada literalmente, siendo sin embargo muy discutido el concepto de nexo causal jurídicamente relevante (...). Parece aún prevaleciente, inclusive en nuestra juris prudencia (...), la tesis según la cual un cierto evento (dañoso) es considerado causado por otro sí, manteniéndose las otras condiciones, el primero no se habría verificado (por lo menos con aquellas modalidades, inclusive temporales) en ausencia del segundo (teoría de la «condicio sine qua non»); empero, al mismo tiempo, no es suficiente tal relación causal para determinar una causalidad jurídicamente relevante, debiéndose, al interior de las series causales así individualizadas, dar relevancia solamente a aquellas que, en el momento en el cual se produce el evento causante, puedan unirse verosímelmente desde el punto de vista de un experto observador (teoría de la «causalidad adecuada», la

---

37 Código Civil Alemán (BGB). Traducción directa del alemán al castellano acompañada de notas aclaratorias, con indicación de las modificaciones hechas hasta el año 1950 por **MELON INFANTE, Carlos**. Bosch, Casa Editorial. Barce lona. España. 1955. Editada como Apéndice de la edición española del «Tratado de Derecho Civil» de Ennec cerus, Kipp y Wolff.

cual, en realidad, más que una teoría causal, es una teoría de la imputación del daño) (...)»<sup>38</sup>. Igualmente, ha escrito también **VISINTINI**, refiriéndose al texto del artículo 1223o. del c.c. italiano que «la fórmula es bastante infeliz en su ambigüedad, y como tal ha sido juzgada inclusive bajo el código derogado en el comentario al artículo 1229o. que la reproducía en los mismos términos»<sup>39</sup>, pudiéndose reconstruir el sentido de la misma «recurriendo al examen del sistema jurisprudencial y doctrinal anterior al código de 1942, puesto que aquella se ha mantenido inalterada en el tránsito del código abrogado al vigente. Esto es que, estamos de frente a una hipótesis en la cual el respeto de la tradición y de la letra legislativa debería prevalecer o cuando menos constituir un freno a la autonomía del intérprete, salvo naturalmente la verificación de si el alcance de la fórmula es siempre aquélla a nivel jurisprudencial y si otros índices legislativos consienten de interpretarla en sentido evolutivo»<sup>40</sup>. La destacada profesora de la Universidad de Génova considera entonces ilustrativo recurrir, a los efectos de reconstruir el sentido de la fórmula en examen, a las afirmaciones vertidas por Pothier, que constituyen uno de los antecedentes del artículo 1151o. del Code Napoléon, quien afirmaba al respecto que «...la regla que me parece que (...) debería seguirse, es, que no se debe comprender en los daños e intereses de los cuales un deudor es responsable por razón de un dolo, aquellos que no solamente no son una consecuencia lejana, ni una consecuencia necesaria, sino que pueden tener otras causas»<sup>41</sup>, concluyendo que «los criterios limitativos elaborados por la tradición para resolver esta problemática fueron precisamente, en ese orden, el criterio de la evitabilidad de parte del acreedor, el criterio de la causalidad directa, y aquél de la previsibilidad (este últi-

---

38 **ZACCARIA, Alessio**. En: «Commentario breve al Codice Civile a cura di G. Cian e A. Trabucchi». Casa Editrice Dott. Antonio Milani-CEDAM. Padova. Italia. 1993. Págs. 953 y 954.

39 **VISINTINI, Giovanna**. En: «Trattato di Diritto Privato diretto da Pietro Rescigno». Volume 9: Obbligazioni e contratti. Tomo primo. Unione Tipografico-Editrice Torinese - UTET. Torino. Italia. 1984 (Ristampa 1992). Pág. 199.

40 Ibidem. Pág. 200.

41 **POTHIER, Robert Joseph**. «Tratado de las Obligaciones». Traducción de la edición francesa de 1824, publicada bajo la dirección de M. Dupin, corregida y revisada por M.C. de las Cuevas. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires. Argentina. 1978. Numeral 167. Pág. 98.

mo considerado no aplicable en caso de dolo). Los dos primeros fueron codificados y resumidos en la fórmula de la consecuencialidad directa e inmediata de que trata el artículo 1151o. del code civil y 1229o del código civil italiano de 1865, el tercero respectivamente en los artículos 1150o. del code civil y 1228o. del código civil italiano derogado. En la codificación italiana de 1942 figura solamente la regla, formulada en vía autónoma, que limita la resarcibilidad de los daños evitables por el acreedor con la diligencia ordinaria (artículo 1227o., segundo párrafo, c.c.). De modo que al estado actual de nuestra legislación - a diferencia del sistema francés de la cual deriva - se debe entender que el significado de la fórmula «consecuencia inmediata y directa» se ha restringido a uno solamente de los dos criterios limitativos que en su origen se encontraban en ella, cual es el de las consecuencias evitables con la normal diligencia del acreedor reguladas por una disposición específica»<sup>42</sup>.

8.- Reducido el supuesto dogmático de la previsibilidad a sus orígenes tradicionales por la doctrina italiana y entendida por la jurisprudencia de este país el criterio del resarcimiento de los daños «directos e inmediatos» con una cierta «elasticidad», a fin de «comprender en el resarcimiento aquellas consecuencias que se presentan como un efecto normal del incumplimiento según el principio de la regularidad causal»<sup>43</sup>, tal interpretación jurisprudencial y doctrinal no siempre ha propagado sus efectos, imperando en muchas de nuestras codificaciones latinoamericanas - de origen francés - una interpretación literal de la letra legislativa, agravada en algunos casos (como el caso del código civil peruano de 1984) con una interpretación sistemática que enfrenta aparentemente teorías de causalidad distintas. Así, por ejemplo, el código civil chileno de 1855, establece en su artículo 1558o. que «si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento (...)»<sup>44</sup>; el código civil uruguayo de 1868 recoge al respecto, en su

---

42 **VISINTINI, Giovanna.** Ob. Cit. Págs. 201 y 202.

43 *Ibidem.* Pág. 203.

44 En forma similar, las codificaciones latinoamericanas que recogieron el Código de Bello: Así, el artículo 1601o. del código civil ecuatoriano (nu-

artículo 1346o., una transcripción casi literal de los artículos 1150o. y 1151o. del Code Napoléon<sup>45</sup>; el código civil argentino de 1869, en su artículo 520o. habla mas bien de «consecuencia inmediata y necesaria» y no recoge la consabida frase «consecuencia inmediata y directa». Sin embargo, con la nueva redacción del artículo 521o. del código de Vélez, introducida por la Ley No. 17711, quedó clara la interpretación sinonímica de los términos «necesaria» con «directa»<sup>46</sup>, pero a su vez, quedó claro también que el código argentino se aparta esta vez del supuesto dogmático consabido que entendía que la inejecución de la obligación determina un daño directo, inmediato y previsible de un interés específico, el cual podía comprender, en caso de dolo, el resarcimiento de los daños imprevisibles, pero siempre que sean consecuencia inmediata y directa. El artículo 521o. del código argentino, según texto modificado por la ley No. 17711 estipulará que «si la inejecución de la obligación fuese maliciosa los daños e intereses comprenderán también **las consecuencias mediatas**», haciendo entonces extendible el resarcimiento, en caso de dolo, a los daños directos, mediatos e inmediatos<sup>47</sup>.

---

meración correspondiente después de la reforma de 1970), y el artículo 1616o. del código civil colombiano de 1873.

- 45 Art. 1346o. c.c. uruguayo: «El deudor no responde sino de los daños y perjuicios que se han previsto, o podido prever al tiempo del contrato, cuando no ha provenido de dolo suyo la falta de cumplimiento de la obligación.

Aún en el caso de que la falta de cumplimiento provenga de dolo del deudor, los daños y perjuicios que no están fijados por la ley o convenidos por los contratantes, no deben comprender, respecto de la pérdida sufrida por el acreedor y el lucro de que se le ha privado, sino lo que ha sido consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento».

- 46 Art. 520o. c.c. argentino: «En el resarcimiento de los daños e intereses sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación».

Art. 521o. c.c. argentino (texto según la edición oficial de «Nueva York», anterior a la ley No. 17711): «Aún cuando la inejecución de la obligación resulte del dolo del deudor, los daños e intereses comprenderán sólo los que han sido ocasionados por él, y los que el acreedor ha sufrido en sus otros bienes».

- 47 Aún cuando han existido algunas opiniones que han creído y querido diferenciar la «inejecución dolo sa», de la «inejecución maliciosa» de la obligación a que se refiere el texto vigente del artículo 521o. del código civil

Sin embargo, fuera de esta excepción que es compartida por el código civil paraguayo de 1985<sup>48</sup>, lo cierto es que la gran mayoría de los códigos latinoamericanos recogen el dogma de la previsibilidad contractual y su limitación, en lo que respecta al resarcimiento de los daños, a aquellos directos, inmediatos y previsibles, extendibles a los imprevisibles, sólo en el caso de mediar dolo<sup>49</sup>.

---

argentino, resulta hasta cierto punto pacífica la identificación que de dichos conceptos realiza la doctrina argentina. Ver, por todos: **ALTERINI, Atilio Anibal**. «Responsabilidad Civil». Abeledo-Perrot S.A. Buenos Aires. Argentina. 1987. Pág. 100. También: **CAZEAUX, Pedro y TRIGO REPRESAS, Félix**. «Compendio de Derecho de las Obligaciones». Tomo I. Librería Editora Platense S.R.L. La Plata. Argentina. 1984. Págs. 213 y 214.

48 Art. 425o. c.c. paraguayo: «Si la inexecución de la obligación fuese maliciosa, los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas».

49 Código civil brasileño de 1916. Art. 1059o.: «Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Parágrafo único. O devedor, porém, que não pagou no tempo e forma devidos, só responde pelos lucros, que foram ou podiam ser previstos na data da obrigação».

Art. 1060o.: «Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato».

Código civil mexicano de 1928. Art. 2110o.: «Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse».

Código civil venezolano de 1942. Art. 1274o.: «El deudor no queda obligado sino por los daños y perjuicios previstos o que han podido preverse al tiempo de la celebración del contrato, cuando la falta de cumplimiento de la obligación no proviene de su dolo».

Art. 1275o.: «Aunque la falta de cumplimiento de la obligación resulte de dolo del deudor, los daños y perjuicios relativos a la pérdida sufrida por el acreedor y la utilidad de que se le haya privado, no deben extenderse sino a los que son consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación».

Código civil boliviano de 1975. Art. 345o.: «(Daño Previsto). El resarci-

El código civil peruano de 1984 presenta, como ya hemos indicado, un grave problema interpretativo de orden sistemático en lo que respecta a la extensión del resarcimiento en materia contractual y extracontractual, al enfrentarse los textos literales de los artículos 1321o. y 1985o. En efecto, en la órbita extracontractual, el texto del artículo 1985o. del código civil hace referencia expresa a la existencia de «una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido», por lo que resulta claro que la teoría de causalidad recogida en materia extracontractual es la teoría de la causalidad adecuada, haciendo resarcible en esta vía todos los daños - mediatos o inmediatos, previsibles o imprevisibles - en cuanto sean consecuencia lógica y necesaria del hecho que los produjo. Frente a esta clarísima referencia legislativa a la teoría de la causalidad adecuada en materia extracontractual, en la órbita contractual existe el artículo 1321o. del código civil, redactado a «imagen y semejanza» del artículo 1151o. del Code Napoléon, que hace extensible el resarcimiento de los daños a todos aquellos «en cuanto sean consecuencia inmediata y directa» de la inejecución de la obligación, lo que ha llevado a algunos a afirmar - por su clara oposición legislativa al texto del artículo 1985o. del código civil - que en materia contractual el código civil peruano de 1984 ha recogido la teoría de la causalidad próxima, lo que aparentemente se vería reconocido también por el texto del tercer párrafo del propio artículo 1321o. del código civil, así como por el texto del artículo 1324o. del mismo cuerpo legal. Así, en materia contractual, serían resarcibles en principio, únicamente, los daños directos, inmediatos y previsibles, los cuales podrían extenderse en la hipótesis de mediar dolo o culpa grave del deudor, al resarcimiento de los daños directos, inmediatos e imprevisibles, pero nunca a los daños directos mediatos; tanto así, que, por ejemplo, el único daño mediato resarcible en materia contractual, sería el denominado «daño ulterior» (art. 1324o. c.c.), resarcible solamente en las obligaciones de dar sumas de dinero y en la medida que se haya tratado, previamente, de un daño previsto como resarcible.

---

miento sólo comprende el daño previsto o que ha podido preverse, si el incumplimiento o retraso no se debe a dolo del deudor».

Art. 346o.: «(Daños Inmediatos y Directos). Aunque haya dolo del deudor, el resarcimiento no debe comprender, en cuanto a la pérdida experimentada por el acreedor y la ganancia de que ha sido privado, sino lo que sea consecuencia inmediata y directa del incumplimiento».

¿Cómo no reconocer entonces la vigencia del dogma de la previsibilidad contractual en el código civil peruano?; ¿Cómo no dudar del reconocimiento por este código de su unidad histórica con el resarcimiento exclusivo de los daños inmediatos, entendidos como tales los temporalmente próximos al hecho generador del daño, en tanto las partes titulares de un interés específico contractual han previsto los riesgos también específicos de daño a dicho interés?; ¿Cómo no aceptar como probable, cuando menos, que en el código civil peruano no pueda interpretarse la expresión «daños directos e inmediatos» como sinónima de todos los daños que se presenten como efecto normal del incumplimiento (como consecuencia lógica y necesaria) tal y como sí es interpretado en Italia, el artículo 1223o. de su código civil? Repárese que las consecuencias pueden ser y, de hecho son, diversas:

- En primer lugar, excluir de la responsabilidad contractual el resarcimiento de los daños mediatos, por ejemplo, puede llevar a negar el resarcimiento de daños cerebrales presentados en un sujeto pasajero de un ómnibus, que no llegó a destino por un accidente imputable a la temeridad del chofer del mismo, daños que se le presentan años después del accidente como una tumuración formada progresivamente. Pese a que dichos daños son consecuencia lógica y necesaria del hecho que los produjo, no serían resarcibles por el mero hecho de presentarse alejados temporalmente de la causa que los originó.
- En segundo lugar, limitar el alcance de la responsabilidad contractual al resarcimiento de los daños previsibles, puede llevar, por ejemplo, a negar la responsabilidad de un Agente de Bolsa en la compra de acciones en rueda, cuando aquél, encargado de comprar cien acciones de la empresa «X», no cumple con su obligación de compra en el tiempo y modo convenidos. El comitente esperaba obtener una ganancia con la compra del orden del 200%.

Coetáneamente al incumplimiento del Agente, quiebra la empresa «Y», competidora de la empresa «X», quiebra no prevista, determinando que las acciones de «X» suban reportando por la compra de cien acciones, una ganancia del orden de 300%.

Según el código civil peruano, el Agente de Bolsa, en caso de cul-

pa leve, sólo responde de la no ganancia esperada y no del mayor valor imprevisto de las acciones.

Nos volvemos a preguntar: ¿es lógico esto?; ¿es justo?; ¿el resarcimiento de los daños debe depender de la mayor o menor gravedad de culpa en la actuación del causante, o del alcance del interés lesionado de la víctima? ; o, finalmente cabe preguntarnos: ¿la extensión del resarcimiento depende de la previsibilidad o simplemente de la causalidad de los daños?.

Aún cuando la simple intuición nos brinde una respuesta a las preguntas antes mencionadas, lo cierto es que el código civil peruano, ajeno en materia contractual a los avances doctrinarios y legislativos sobre la materia, ha limitado el resarcimiento de los daños contractuales recogiendo el criterio de la previsibilidad del daño. Sin embargo, el contenido y la justificación de este criterio limitativo puede ser diverso, lo que ha motivado que, en la actualidad, exista todo un movimiento revalorativo de la previsibilidad contractual, básicamente en la doctrina americana a través del Análisis Económico del Derecho, el cual, sin embargo, no es recogido en el código civil peruano.

En términos clásicos, se entiende por daño previsible a «el daño cuyo acaecimiento es probable según un juicio normalmente diligente», esto es, a la posibilidad de prever ciertos daños como consecuencia natural, por parte de un hombre de normal diligencia en relación a las circunstancias concretas<sup>50</sup>. Repárese, sin embargo, que los códigos tradicionales (entre ellos, el código civil peruano: art. 1321o., tercer párrafo) hacen referencia al daño «que podía preverse al tiempo en que fue contraída la obligación», por lo que el texto legal no reclama una específica previsión del daño, sino solamente la posibilidad de tal previsión. Se trata, en palabras de **BIANCA**, «de un juicio basado sobre el criterio de la normal diligencia (...) que concierne tanto al daño como evento lesivo, como al daño cual efecto económico negativo»<sup>51</sup>.

---

50 **BIANCA, Massimo**. «Diritto Civile. Volume 5: La Responsabilità». Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1994. Págs. 156 y 157.

51 *Ibidem*. Pág. 157.

Tradicionalmente, el fundamento de la limitación de los daños contractuales a los daños previsibles «ha sido visto en la tácita voluntad contractual del deudor de no asumir el riesgo de perjuicios extraordinarios e imprevisibles»<sup>52</sup>, afirmándose además que la responsabilidad agravada por los daños imprevisibles se justifica en la particular gravedad de la conducta del causante al integrar un ilícito doloso<sup>53</sup>. Como es obvio, esta concepción «trasnochada» de previsibilidad, reposa en la visión miope de la responsabilidad civil fundamentada exclusivamente en una situación de antijuridicidad, en donde aquélla - la responsabilidad civil - era concebida como reacción al ilícito<sup>54</sup>, apreciada desde la perspectiva del agente emisor de voluntad (causante del daño) y, por ende, con una clara función fundamentalmente sancionatoria. Tal perspectiva de la responsabilidad civil ha variado ya «hace decenas de años»; hoy, como nos lo recuerda **FRANZONI**, se estudia y se entiende la responsabilidad civil, como una reacción al daño injusto<sup>55</sup>, con una función eminentemente satisfactoria del interés conculcado de la víctima, buscándose más bien la reparación del interés, antes que la sanción a la conducta del autor del daño<sup>56</sup>. No puede más seguirse vinculando responsabilidad y voluntad negocial, pues se tratan de entidades diversas y ello ha sido resaltado por la doctrina moderna precisamente como argumento para negar que el fundamento de la noción de previsibilidad pueda encontrarse en «la tácita voluntad contractual del deudor de no asumir el riesgo de perjuicios extraordinarios e imprevisibles»<sup>57</sup>. La función tuitiva a la víctima de la responsabilidad civil supone hoy el abandono de la perspectiva de investigación de esta rama del derecho civil vinculada a la teoría del negocio jurídico.

---

52 Ibidem. Pág. 153.

53 **VISINTINI, Giovanna**. Ob. Cit. Volume 9. Tomo Primo. Pág. 210.

54 En la órbita contractual, entendida como la violación de una obligación pre-existente y, en la órbita extracontractual, entendida como la violación del deber jurídico general de no causar daño a otro («alterum non laedere»).

55 **FRANZONI, Massimo**. «Fatti...». Ob. Cit. Pág. 77.

56 **RODOTA, Stefano**. «Il Problema della Responsabilità Civile». Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1964. Págs. 51 y sgtes.

57 Por todos: **BIANCA, Massimo**. «Diritto Civile». Ob. Cit. Volume 5. Pág. 154.

De otro lado, también se ha querido encontrar el fundamento de la limitación de los daños contractuales a los daños previsibles - en una posición aún más tradicional que la anteriormente mencionada - en la previsión efectiva de las partes, excluyendo «voluntades presuntas»<sup>58</sup>. En efecto, siempre vinculando responsabilidad a voluntad negocial, se ha entendido, fundamentalmente por la doctrina del siglo XIX y comienzos del siglo XX, la previsibilidad como la específica previsión de la posibilidad de contemplar ciertos daños como consecuencia probable de los hechos; esto es, como hecho subjetivo del imputado. Sobre este argumento, **BARBERO** señala que, en realidad, lo que la norma legal exige no es la previsión de una situación concreta, en donde un ser de «carne y hueso» pacte expresamente tal previsión, sino que establece una regla que a su vez señala un tipo de conducta a tenerse en cuenta bajo un esquema abstracto. Para este autor hablar de previsibilidad «equivale un poco a decir, menos que probabilidad, y decir más que posibilidad. La previsibilidad implica la posibilidad, pero no llega a la probabilidad»<sup>59</sup>. Por estas razones, **BARBERO** descarta el entendimiento de la previsibilidad como una específica previsión o hecho subjetivo del imputado, pero, en la necesidad de encontrar el fundamento de la limitación de los daños contractuales a los daños previsibles, cree encontrarlo en el principio de equidad, señalando expresamente lo siguiente: «... Si se busca la razón de este criterio de la previsibilidad, no se la puede rastrear más que sobre una base de equidad, en el sentido de que tiende él a atenuar la responsabilidad del deudor incumpliente (que no esté en dolo o en mala fe), considerando, con indulgencia, que si los eventos que agravan el contenido de su responsabilidad hubiesen sido previsibles cuando asumió la obligación, lo hubiesen apartado tal vez de asumir un compromiso a cuyo incumpli-

---

58 **GIORGI, Giorgio**. «Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno». Volumen II. Traducción de la séptima edición italiana por la Redacción de la REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid. España. 1909. Numeral 101. Págs. 150 a 153, inclusive.

59 **BARBERO, Domenico**. «Sistema del Derecho Privado Italiano». tomo III: Obligaciones. Traducción de la sexta edición italiana por SENTIS MELENDO, Santiago. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Argentina, 1967. Pág. 86.

miento, aún por culpa ligera, iba conexo semejante riesgo de responsabilidad...»<sup>60</sup>.

Repárese que, como bien señala al respecto **BIANCA**, las opiniones vertidas por **BARBERO** se explican dentro del pensamiento obsoleto de reputar al deudor como la parte débil del vínculo obligacional, explicado, en el fondo, en otro de los típicos supuestos dogmáticos de la responsabilidad contractual, cual es el principio del «favor debitoris». Pretender encontrar el fundamento de la previsibilidad contractual en una «genérica exigencia equitativa» no es sino pretender sostener un sistema de responsabilidad sobre la base de la finalidad de «atenuar» la responsabilidad del deudor <sup>61</sup>. Por todo esto, el propio **BIANCA**, aún dentro de los límites clásicos de la responsabilidad, sostiene que «el criterio de la previsibilidad del daño debe más bien ser vuelto a buscar en una idea fundamental que gobierna la disciplina de la obligación como instrumento para la satisfacción de un interés ajeno: la idea, esto es, que el vínculo obligatorio importa la asunción de un sacrificio contenido dentro de límites de normalidad»; agregando después que «la regla de la previsibilidad del daño vale precisamente para señalar uno de estos límites, conteniendo el deber de resarcimiento en relación al normal significado de utilidad que la prestación representa para el acreedor»<sup>62</sup>.

Nosotros, en una idea tal vez contestataria de las posiciones clásicas y, tal y como lo hemos ya advertido en el presente punto de este discurso, no creemos que deba buscarse más una justificación de la responsabilidad atenuada del deudor en los criterios de previsibilidad, en tanto que la extensión del resarcimiento debe depender exclusivamente de la causalidad de los daños. Creemos que los criterios de previsibilidad deben ser tenidos en cuenta, más bien, en un nivel macro-económico y de política legislativa, en donde resultan absolutamente válidos - como modelos teóricos de análisis - figuras introducidas por el Análisis Económico del Derecho tales como el «Fully Specified Contract». En efecto, la idea del «Contrato Perfecto» tan bien desarrollada por **POLINSKY**, resulta

---

60 Ibidem. Pág 87.

61 **BIANCA, Massimo**. «Diritto Civile». Ob. Cit. Volume 5. Pág. 154. Nota a pie de página No. 126.

62 Ibidem. Pág. 154.

siendo una idea central para entender - en términos de análisis económico - la función económica del derecho contractual; ya, en palabras de **SCHÄFER** y **OTT** se reconoce que «...estamos ante un contrato perfecto cuando las partes contratantes, antes de concluir el contrato, se han puesto de acuerdo sobre la imputación de **todos** los riesgos asociados a su ejecución...»<sup>63</sup>. Sin embargo, pretender aplicar la idea del contrato perfecto a todos los supuestos específicos de contratación (contratación real) resulta, como bien lo ha señalado **BULLARD** en nuestro medio, una ficción, pues «un contrato que prevea absolutamente todas las circunstancias no existe en la realidad y es sólo un presupuesto de trabajo teórico»<sup>64</sup>. Hay quienes, por cierto, confunden a veces los modelos teóricos de análisis con la realidad y postulan una idea de previsibilidad contractual a un nivel micro-económico, sin reparar que ello significa -en términos estrictamente jurídicos - retornar a posiciones tan obsoletas y tradicionales, como aquéllas expresadas líneas precedentes de la previsibilidad entendida como «previsión efectiva de las partes»<sup>65</sup>. Repárese que, contrariamente a lo que muchos piensan, existe en la gran mayoría de los casos, una absoluta correlación entre los conceptos pensados a través del Análisis Económico del Derecho y el Derecho Civil Romano-Germánico común<sup>66</sup>. Por ejemplo, si se repara en la afirmación transcrita del profesor **BIANCA** (nota a pie de página No. 62) en relación a que la regla de la previsibilidad representa una limitación referida «al normal significado de utilidad que la prestación representa para el

---

63 **SCHÄFER, Hans-Bernd** y **OTT, Claus**. «Manual de Análisis Económico del Derecho Civil». Traducción del alemán por VON CARLS TENN- LICHTERFELDE, Macarena. Editorial Tecnos S.A. Madrid. España. 1991. Pág. 261.

64 **BULLARD GONZALES, Alfredo**. «¿Hay Algo Imprevisible?. La Excesiva Onerosidad y la Impracticabilidad Comercial». En: The mis. Revista de Derecho. Publicación editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda Epoca. Número 25. Lima. Perú. 1993. Pág. 84.

65 Ver: supra, llamada a pie de página No. 58.

66 Dicha correlación puede reconocerse en forma visible, por ejemplo, en el artículo del profesor español **PAZ-ARES, Cándido**, que bajo el título «Seguridad Jurídica y Seguridad del Tráfico» fue publicado en la Revista de Derecho Mercantil, Nos. 175-176, del período Enero-Junio de 1985, en Madrid, España. Págs. 7 a 40, inclusive.

acreedor», podrá verse en ella una expresión sinonímica de lo que el Análisis Económico del Derecho llama «razonabilidad de la previsión». Por ello, **BULLARD** señala bien que «...para los economistas nada es imposible de prever. Algunos eventos son más caros de prever que otros. Aquello que comúnmente es considerado imprevisible es un evento cuyo costo de previsión es tan alto que no resulta **razonable** considerarlo en el contrato, pues los costos de previsión superan los beneficios de dicha previsión...»<sup>67</sup>. Sin embargo, lo que no se ha resaltado con el debido énfasis, es que esa «previsibilidad económica in abstracto» puede llegar a significar y de hecho significa en algunos casos una «imprevisibilidad jurídica in concreto». Por ejemplo, para nosotros, hablar de razonabilidad de la previsión, en términos de costos de transacción, no significa que todo pueda o no ser previsible en términos de la realidad jurídica. La afirmación aquella - tan mentada en el Análisis Económico del Derecho - de que «cuando los costos de transacción son bajos, las partes deben haber **previsto** las consecuencias de su vinculación», demuestra precisamente que, a veces, por existir costos de transacción altísimos (por ejemplo, falta de información), resulta imposible - en términos fácticos - prever todas las consecuencias que se puedan generar de un acto; lo que sucede, por ejemplo, en la contratación masiva.

9.- No hay duda pues, que resultaría a la luz de la realidad y de la literatura jurídica contemporánea, absolutamente absurdo ignorar las repercusiones económicas que producen los factores atributivos de responsabilidad adoptados en materia contractual.

El Análisis Económico del Derecho ha aportado en este aspecto, un impecable análisis lógico que demuestra la absoluta vinculación entre las implicancias económicas que se producen en la realidad y las funciones asignadas a un sistema de responsabilidad por una codificación civil<sup>68</sup>.

---

67 **BULLARD GONZALES, Alfredo**. Ob. Cit. Pág. 82.

68 Y, en materia contractual, existe un excelente trabajo del profesor italiano **PIETRO TRIMARCHI** denominado «Sul Significato Economico dei Criteri di Responsabilità Contrattuale», publicado en el libro «Interpretazione Giuridica e Analisi Economica», a cura di Guido Alpa, Francesco Pulitini, Stefano Rodotà e Franco Romani. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1982. En nuestro medio, existe traducción al caste-

Sin embargo, creemos que su aporte más valioso consiste en destruir aquella premisa clásica que asignaba a la responsabilidad civil una función unitaria, la cual, pese a ello, ya ha sido también afirmada por el sistema del «Civil Law» o Derecho Común contemporáneo<sup>69</sup>.

La pretensión de este artículo, pues, ha sido la de demostrar que las codificaciones contemporáneas no pueden seguir reposando en principios «ochocentistas» que no resisten el más mínimo análisis lógico, al estar basados en supuestos dogmáticos, de los cuales, el presente trabajo, ha tratado solamente dos de ellos. La renovación de conceptos viene hoy planteada tanto por sistemas tan diferenciados como los denominados «Civil Law» y «Common Law» y, si bien es cierto que algunos podrán afirmar que existen razones para plantear aún una separación de sistemas (contractual y extracontractual) o revalorar el concepto de la previsibilidad, básicamente sustentadas en razones económicas, lo cierto también será que sus razones serán absolutamente distintas de aquéllas, sustentadas por la vieja tradición del «Civil Law».

---

llano de este artículo efectuada por el profesor **HUGO FORNO FLOREZ** y publicado en Themis. Revista de Derecho. Publicación editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda Epoca. No. 29. Lima. Perú. 1994. Págs. 91 a 101, inclusive. En este artículo, el profesor Trimarchi afirma que la previsibilidad contractual cumple una especial función al servicio de los fines económicos que debe perseguir la responsabilidad contractual. Entre ellos, afirma que, persiguiendo ante todo la responsabilidad contractual una mejor distribución de los recursos productivos, debe tenerse en consideración el peso económico de los daños derivados del incumplimiento, los cuales, pueden remover la estabilidad financiera de una empresa o de una economía individual. El régimen de la responsabilidad contractual puede repartir los daños - según este autor - de modo que facilite la absorción de aquéllos. Sin embargo, destaca que, dicho resultado puede ser alcanzado afirmando a veces, o negando a veces, la responsabilidad civil. Dentro de este contexto, para Trimarchi, a veces y sólo a veces, puede resultar siendo una «solución intermedia» la afirmación de la responsabilidad del deudor, limitándolo al resarcimiento de los daños previsibles.

69 Ver, por todos: **GALGANO, Francesco**. «Diritto Civile e Commerciale». Volume Secondo: «Le Obligazioni e i Contratti». Tomo Secondo. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM). Padova. Italia. 1990. Pág. 283.

Nuestro postulado, a través de las ideas expuestas a lo extenso de este artículo es que, creemos, que no existen más razones para seguir afirmando una división de sistemas de responsabilidad y que la previsibilidad contractual, más allá de servir de protección a las partes frente a riesgos específicos de daños creados por la particular relación intersubjetiva instaurada entre ellas, no puede seguir más existiendo como límite infranqueable de la extensión del resarcimiento. Nuestras opiniones han sido y son polémicas, precisamente ...no hechas para dogmáticos.

## REGOLE DI RESPONSABILITÀ OGGETTIVA E RIMEDI DISPONIBILI A FAVORE DEL SOGGETTO DANNEGGIATO

Giulio PONZANELLI

### 1. Il significato della regola di responsabilità oggettiva.

Mai nessuna categoria della cultura giuridica continentale e di quella di common law è stata investigata con tanta ampiezza nell'ultimo secolo: storici del diritto, interessati a individuare possibili punti di contatto con figure della tradizione giuridica continentale; giuristi tradizionali che hanno cercato di impedire la sua emersione, cercando di delegittimare ruolo e funzione rispetto alla più nobile fattispecie della responsabilità per colpa; legislatori sempre attenti a non attribuire eccessiva rilevanza a tale figura [l'ultimo notissimo esempio di questa riluttanza legislativa, nel settore specifico della responsabilità da prodotti difettosi, è rappresentato dallo stato francese: esso è stato addirittura condannato con sentenza del 13 gennaio 1993 da parte della Corte di Giustizia per non aver dato esecuzione nel previsto termine triennale alla direttiva 85/374. La sua difesa, tutta arroccata intorno ai problemi di difficile integrazione della stessa direttiva nel diritto francese, non ha convinto la Corte che ha applicato l'infrazione in precedenza spesso irrogata all'Italia per la non tempestiva recezione della direttiva de qua].

Questo è il panorama della responsabilità oggettiva [*strict liability*, *responsabilité de plein droit*] avversata, amata, osteggiata, ma soprattutto, pregiudizialmente, non capita nel suo meccanismo di criterio di imputazione della responsabilità diverso da quello della colpa.

Si impone pertanto un chiarimento pregiudiziale circa il più corretto significato da attribuire ad essa. Questa definizione rivela tutta la

sua utilità nel momento in cui si passerà all'inventario di figure che sembrano condividere alcune delle sue caratteristiche.

Anche a livello di definizione, la responsabilità oggettiva sconta la supremazia -storica e culturale- del criterio di imputazione della colpa: infatti, la responsabilità oggettiva è una responsabilità che non è basata sul criterio della colpa. Efficacemente, in common law si parla di una "liability without fault" per indicare la più corretta definizione, che non riesce, però, ad essere che in termini negativi. Quindi, la stessa definizione lascia chiaramente intravedere l'esistenza di tutto un territorio da esplorare e da sistemare secondo corretti criteri di classificazione. Con questa definizione dovrebbe cadere subito uno dei più solidi pregiudizi nutriti da sempre nei confronti della figura: che essa, cioè, precludesse in modo completo ed assoluto qualsiasi considerazione circa il ruolo della colpa o di altri elementi che in qualche modo tenessero in considerazione la sfera di azione dei soggetti danneggiante o danneggiato. Si sarebbe trattato, in altri termini, di un istituto non governato in toto dalla colpa e non solo a livello di criterio di imputazione della responsabilità, ma anche per tutto ciò che riguarda i successivi momenti della fattispecie di responsabilità. L'errore risiedeva nella mancata differenziazione tra regole di responsabilità oggettiva: esistono sicuramente fattispecie di responsabilità oggettiva che prescindono in modo completo e assoluto da qualsiasi riferimento alla condotta dei due soggetti, danneggiante e danneggiato. Si tratterà allora, però, di una responsabilità oggettiva di tipo assoluto o, più semplicemente, di una responsabilità assoluta. Alcune regole di responsabilità oggettiva ammettono, diversamente, la possibilità di una rilevanza della condotta del danneggiato o del danneggiante.

## **2. La fonte costitutiva della regola di responsabilità oggettiva: giudice o legislatore?**

Nei sistemi continentali ci si è spesso interrogati se il giudice abbia o meno il potere di creare, a livello di applicazione della normativa codicistica o speciale, fattispecie di responsabilità oggettiva, o se, invece, tale potere sia riservato al legislatore.

Questo quesito genera due distinti ordini di problemi:

a) In primo luogo, la possibilità di individuare una clausola generale di responsabilità oggettiva specularmente opposta alla clausola generale per colpa presente non solo nella grande maggioranza delle legislazioni europee, ma anche in modo significativo nei modelli di common law [il riferimento è alle conclusioni raggiunte nelle belle monografie di Piergiuseppe Monateri -*La sineddoche nel diritto delle obbligazioni*, Milano, Giuffrè, 1984 - e di Paolo Gallo - *L'elemento oggettivo nel tort of negligence*, Milano, Giuffrè, 1988-].

Nelle loro ricerche monografiche, i due giovani comparatisti, che hanno utilizzato le regole metodologiche della scuola di Rodolfo SACCO, hanno raggiunto una sostanziale convergenza circa la sussistenza delle medesime regole operazionali all'interno delle più significative esperienze europee (Francia, Germania ed Italia) e, addirittura, in modo assai più ambizioso fra esperienze da sempre ascritte a modelli giuridici-culturali contrapposti (per l'appunto modello romanistico e modello angloamericano).

A mio giudizio, la risposta è negativa non tanto sulla base e a ragione della supposta superiorità storica-normativa del criterio di imputazione della colpa, quanto perchè il criterio di imputazione c.d. oggettivo si basa su una pluralità di ragioni, anche di carattere economico, la cui valutazione deve essere più correttamente riservata, almeno nei sistemi di diritto continentale, al legislatore. L'impatto di una regola di responsabilità oggettiva è, infatti, notevolmente più ampio di quello costituito dalla regola di responsabilità per colpa anche per gli stretti rapporti tra responsabilità oggettiva e il momento assicurativo. Nel settore che è diventato con il tempo l'area privilegiata di riferimento - cioè la responsabilità da prodotto - una delle ragioni che ha spinto all'introduzione di una regola di responsabilità oggettiva è stata proprio il concetto di origine economica di internalizzazione, cioè di ripartizione e/o distribuzione interna dei rischi. Esso sembra essere idoneo a unire le due principali funzioni di compensation e di deterrence che si ritengono svolte dalle regole di r.c.

b) In secondo luogo, atteso che è il legislatore e non il giudice l'organismo meglio attrezzato a valutare la convenienza di una simile scelta, ne discende la conseguenza che le regole di responsabilità oggettiva non possono essere assoggettate ad un'interpretazione estensiva, essendo rigorosamente tipiche.

Anche qui è doveroso esprimere un preciso caveat: si è parlato fino ad ora di criteri di imputazione della responsabilità. Spesso nella trattistica tradizionale si parla di regole di responsabilità semi-oggettiva e ancora di responsabilità per colpa presunta. Ad esempio, nell'ordinamento italiano, viene ritenuta responsabilità semi-oggettiva la fattispecie dell'art. 2050 c.c. (esercizio di attività pericolosa) e responsabilità per colpa presunta quella esistente in capo a chi esercita un'attività medico-ospedaliera [in quest'ultimo settore, la più recente elaborazione giurisprudenziale è caratterizzata da un processo di evoluzione ancora in attesa di definitive conferme: il movimento in atto vede il passaggio da una responsabilità per colpa ad una responsabilità presunta per semplice difetto o errore. La Corte di Cassazione distingue a seconda che l'intervento medico o chirurgico possa essere giudicato o non come difficile esecuzione].

Le regole -normative o giurisprudenziali- di responsabilità per colpa presunta e -soprattutto oggetto di elaborazione dottrinale- di responsabilità semi-oggettiva sono però diverse da quelle di responsabilità oggettiva: la diversità più evidente è costituita dal criterio di imputazione della responsabilità, che, nelle prime, è sempre costituito dalla colpa ed, invece, nelle seconde da un qualcosa di diverso dalla colpa ["liability without fault"]. Altre importanti diversità esistono, però, a livello di remedi disponibili a favore del danneggiato in conseguenza del fatto illecito posto in essere del danneggiante. La diversità dei rimedi è giustificata dal diverso modo con il quale la regola di responsabilità oggettiva cerca di realizzare le finalità di compensation e di deterrence, proprie dell'istituto della responsabilità civile.

### **3. Responsabilità oggettiva e risarcimento del danno a favore della vittima.**

La responsabilità oggettiva, proprio perchè basata su un criterio di imputazione della responsabilità diverso dalla colpa ha storicamente aspirato ad assicurare un risarcimento migliore in situazioni e ad interessi nei quali il risarcimento non veniva proprio concesso o era subordinato alla spesso difficile prova relativa all'esistenza di una colpa. Il fatto che un soggetto venga ritenuto responsabile di un determinato accadimento dannoso, in maniera indipendente dalla sua negligente condotta sta ad

indicare con sufficiente chiarezza che la strict liability è caratterizzata da un approccio decisamente favorevole alla posizione del soggetto danneggiato. Tale favore per il danneggiato trova una sua adeguata giustificazione in due ordini di ragioni oggetto di considerazione da parte di coloro che ritengono imprescindibile l'utilizzo di categorie microeconomiche: è la comunità sociale, considerata nel suo complesso, che vede imporre il carico risarcitorio sulla parte meglio in grado di decidere se i costi necessari per evitare l'attività potenzialmente dannosa siano maggiori di quelli necessari per operare un'efficiente attività di assicurazione; il soggetto che verrà ritenuto strict liable sarà, presumibilmente, quello che avrà posto in essere un'attività di internalizzazione dei rischi.

Se il "best decider" e l'internalizzazione dei rischi sono i due più plausibili criteri a favore della creazione di una regola di strict liability, essi comportano necessariamente una limitazione delle voci di danno risarcibili, limitazione che invece non ha alcuna giustificazione laddove operi la colpa.

In definitiva, al danneggiato viene assicurata una strada, tutto sommato privilegiata, per la protezione delle sue pretese risarcitorie: tale vantaggio viene compensato però da una limitazione predeterminata delle categorie di danni risarcibili. Questa soluzione dichiaratamente transattiva volta a contemperare la protezione dei consumatori con le strategie dell'impresa è stata adottata recentemente nella direttiva comunitaria in materia di responsabilità per prodotti difettosi del 25 luglio 1985, che avuto ormai una completa esecuzione nei paesi membri della Comunità Economica con l'unica eccezione dello Stato francese (cfr. retro pag. 1).

#### **4. Il caso della responsabilità del produttore.**

È noto che tre sono le ragioni che dovrebbero giustificare la scelta di un regime di strict liability nel settore della responsabilità per la circolazione di prodotti difettosi.

In primo luogo, il regime di strict liability comporterebbe una riduzione dei costi amministrativi: il sistema basato sulla colpa (e,

strutturalmente, indissolubilmente legato ad un meccanismo processuale funzionante secondo le regole del case by case) viene a costare troppo. Un sistema di strict liability prescindendo dal funzionamento del criterio della colpa quale imputazione della regola di responsabilità civile, si presenta come una regola più semplice nell'amministrazione processuale e, soprattutto, come regola più economica.

In secondo luogo, il regime di strict liability svolge -in modo più incisivo rispetto a quanto è possibile verificare a livello di colpa- una funzione di deterrence.

In terzo luogo, il produttore è nella posizione migliore (rispetto alla categoria dei consumatori) per porre in essere un'attività di assicurazione rispetto ai rischi collegati alla circolazione dei prodotti difettosi; attraverso un'attività di internalizzazione, e cioè di ripartizione interna, i rischi stessi finiscono con l'essere distribuiti (spreading the risks) all'interno della collettività degli utenti.

L'insegnamento di Traynor si pone in perfetta sintonia con altre opinioni rese da altri famosi giudici inglesi (Lord Atkin nel celeberrimo *Donoghue v. Stevenson*) e nordamericani (Cardozo in *Mac Pherson v. Buick Motor Co.*) che a cavallo tra gli anni venti e quaranta hanno permesso alle regole della responsabilità civile di delineare con maggior nitore i nuovi confini dell'istituto (cfr. per ulteriori elementi G. PONZANELLI, *La responsabilità civile, Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992).

Ma Roger Traynor, con grande lucidità, nella contemporanea enunciazione delle tre ragioni che si pongono alla base dell'affermarsi della regola di strict liability, intravede anche le degenerazioni o, meglio, gli elementi che potrebbero agire in danno della direttiva pur considerata (qualche istante prima) come nettamente migliore. Nell'ordine:

a) Se evidenti sono i "guadagni" processuali collegati all'esistenza di una regola di strict liability, allo stesso modo nitidi sono gli svantaggi derivanti dall'aumento del complessivo contenzioso giudiziario, a causa della presenza di una regola che facilita la posizione dell'attore danneggiato. Non solo: la regola di responsabilità oggettiva individuata da Traynor e poi accolta nel *Restatement of Tort* -nel 1964 prima e dal

legislatore comunitario nel 1985- è chiaramente subordinata all'esistenza di un requisito, il "difetto" che è destinato nella realtà concreta a presentarsi con caratteri diversi e a creare nuovi e difficili problemi giuridici.

b) La deterrence svolta dalla regola di responsabilità oggettiva non può essere del tutto univoca, dovendosi confrontare con categorie di prodotti tecnologicamente eterogenei e sul cui grado di sicurezza e di qualità le regole giuridiche esercitano un diverso grado di influenza.

c) In terzo e ultimo luogo, il meccanismo dell'internalizzazione, cioè della ripartizione interna dei rischi adottata dall'imprenditore non è così neutrale come potrebbe sembrare a prima vista.

Proprio per la presenza di questi criteri, il legislatore comunitario prima e i legislatori nazionali dopo hanno prefigurato una limitazione delle voci di danno spettanti al soggetto danneggiato. Nell'ordinamento italiano, il danneggiato da un prodotto difettoso può chiedere soltanto il risarcimento del danno cagionato dalla morte di un congiunto o da lesioni alla sua persona, nonchè il danno a cose solo nella misura che ecceda la somma di lire 7 50.000 e nei limiti dell'art. 11, 1° comma del D.P.R. 24 maggio 1988 n. 224. Viene esclusa quindi la risarcibilità del c.d. economic loss, mentre il risarcimento del danno non patrimoniale è sempre subordinato alla presenza rigorosa dell'art. 2059 c.c. [cioè un illecito penale]. Il pieno risarcimento del danno alla persona viene cioè ritenuto irrinunciabile, atteso la posizione gerarchicamente superiore occupata da questa voce [dopo cinque anni dall'entrata in vigore della nuova disciplina in tema di products liability i giudici italiani hanno per la prima volta applicato la nuova normativa: il caso è quello deciso dal Tribunale di Monza l'8 luglio 1993, di prossima pubblicazione sul Foro italiano].

Le conferme -positiva e negativa- di questa scelta di politica legislativa la si hanno in due aree, che, pur lontane da loro, hanno avuto negli ultimi anni notevole sviluppo.

Infatti, una regola diversa è applicata in tema di responsabilità da servizi, mentre la stessa regola è accolta nel settore del diritto dei trasporti.

Come si vedrà in seguito, le soluzioni di limitazione dei danni risarcibili da episodi di strict liability sono diverse dalla disciplina prevista nell'area della c.d. responsabilità assoluta (su di essa infra paragrafo 6).

#### **4.1 La responsabilità del prestatore di servizi.**

Ai sensi della proposta di direttiva del 9 novembre 1990, non si è voluto adottare un sistema di responsabilità oggettiva: interna di servizi la culpa del prestatore costituisce il criterio di imputazione della responsabilità. La "debolezza" negoziale che è propria del consumatore determina unicamente un'inversione dell'onere della prova: l'onere di provare l'assenza di colpa è infatti a carico del prestatore. Il prestatore è responsabile per colpa finchè non provi di aver fornito la sicurezza normalmente, ragionevolmente e legittimamente prevedibile.

Appunto perchè basata sulla colpa, sono risarcibili a favore del consumatore tutti i danni dalla morte o da qualsiasi lesione della salute o dell'integrità fisica delle persone, il danno diretto cagionato all'integrità di beni mobili o beni immobili, nonchè tutti i danni materiali finanziari derivanti direttamente dalle prime due categorie di danni.

#### **4.2 Il settore dei trasporti.**

Assai più ricca di riferimenti giurisprudenziali e legislativi (interni e convenzionali) è la situazione presente nel settore dei trasporti.

In brevissima sintesi, le limitazioni legali al risarcimento del danno a persona e a cose sono state per un lunghissimo periodo di tempo giudicate invalide [si riteneva la disciplina della responsabilità extracontrattuale con un carattere di ordine pubblico, come tale assolutamente non derogabile per volontà delle parti]; successivamente, anche per la chiara influenza della normativa convenzionale [Convezione di Bruxelles del 1924, Convezione di Varsovia sul trasporto aereo del 1929, la Convezione di Berna sul trasporto ferroviario del 1952 e la Convezione di Ginevra sul trasporto su strada nel 1956] si introducono progressive limitazioni al risarcimento per i danni causati a persona e a cose. In un terzo momento, si è verificato l'intervento della Corte Costituzionale che in un primo momento ha distinto tra il risarcimento

per danni a persona e a cose e ha poi introdotto i due criteri generali della “adeguatezza” prevista per il danno alla persona e la “ragionevolezza” del danno a cose. Fondamentale al riguardo è la pronuncia n. 132 del 1985 dove il giudice estensore prof. La Pergola ebbe modo di chiarire di essere di fronte “... alla sospetta lesione della sfera costituzionalmente garantita non alla proprietà, bensì alla integrità fisica della persona”.

Quindi, una volta che la scelta legislativa attuata con l’art. 1681 c.c. è stata nel senso di fissare una responsabilità per colpa -poi divenuta nella concreta elaborazione giurisprudenziale presunta- ne discende che la responsabilità per i danni alla persona deve essere assoluta oppure, in ogni caso, per ossequio ad alcuni precetti convenzionali, sempre rispettosa del generale criterio dell’adeguatezza.

## **5. Le differenze tra responsabilità oggettiva e responsabilità assoluta.**

Quanto fin qui detto dovrebbe aver chiarito le differenze esistenti tra responsabilità per colpa (nella sua variante giurisprudenziale di colpa presunta) e responsabilità oggettiva non solo per quello che concerne il criterio di imputazione della responsabilità, ma anche per i danni risarcibili. Accanto alla responsabilità oggettiva, spesso confusa con essa, esiste anche la fattispecie di responsabilità assoluta. L’aprocchio da noi accolto trova una sostanziale conferma anche nell’area della responsabilità assoluta, dove, come si vedrà, si è di fronte non tanto ad un risarcimento, quanto ad un indennizzo.

Negli ultimi venti anni ci si è trovati di fronte ad un cambiamento radicale nella configurazione del ruolo e delle funzioni svolte dal regimen della responsabilità civile. La funzione riparatoria è diventata sempre più generale e estesa e tale da richiedere l’intervento dell’organizzazione statale in prima battuta: in tal modo, si è più vicini alle regole della sicurezza sociale che non a quelle della responsabilità civile. In altri termini, esistono accadimenti dannosi, il cui carico economico secondo le regole di traslazione proprie della r.c., siano esse fondate sulla colpa o su un criterio oggettivo di imputazione della responsabilità, non può essere trasferito al soggetto danneggiante: perchè

costui non può essere identificato [il caso dei cosiddetti danni anonimi, come pure quando la applicazione e il funzionamento del nesso di causalità secondo criteri newtoniani no riesca a condurre all'identificazione del soggetto responsabile], o perchè nè la colpa nè una regola di strict liability potrebbero essere utilizzati nel caso in questione.

I casi di danni anomini o di soggetti responsabili non identificati e nei quali nè la colpa nè la regola di strict liability riescono a trasferire la perdita economica del danneggiante a carico del danneggiato fotografano il momento dei rapporti tra responsabilità civile e sistema di sicurezza sociale.

Secondo una corrente di pensiero assai forte e diffusa, il carattere di sempre maggiore solidarietà economica e sociale assunto dalle regole di responsabilità civile, di pari passo con le concezioni di Welfare State sempre più imperanti nella nostra cultura sociale, renderebbe obbligatorio il trapasso tra i due regimi [da ultimo la necessità, anche costituzionale, di adottare dei piani di indennizzo automatico nel settore dei danni da circolazione stradale è stata affermata nell'agile volumetto di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Responsabilità civile e sicurezza sociale*, Napoli, 1991]; tutti gli accadimenti dannosi, indistintamente, dovrebbero essere oggetto di un'attenzione riparatoria anche al di là del funzionamento delle regole di responsabilità civile. Sarebbe lo Stato, attraverso un sistema articolato di sicurezza sociale, a doversi fare carico di ogni perdita economica, comprese anche quelle esterne al funzionamento delle regole di responsabilità civile. Un regime di risarcimento automatico di (quasi) tutte le occasioni di danno -già del resto attuato in Nuova Zelanda, in Svezia, nonchè in alcuni stati nordamericani nello specifico settore della circolazione dei veicoli- rappresenterebbe la migliore attuazione di alcuni principi di carattere costituzionale.

Secondo altre posizioni, questo regime non potrebbe mai prendere completamente il posto delle regole di responsabilità civile; la responsabilità civile sembra, infatti, più attrezzata di altri strumenti per risolvere i conflitti interindividuali sottesi alla distribuzione di perdite economiche determinate dal libero spiegarsi delle azioni umane; è più legata al mercato e alla forze che in esso si agitano, e questo ora in funzione di supplenza ora in funzione di una sua irrinunciabile e

istituzionale peculiarità. L'introduzione di piani di indennizzo automatico sarebbe giustificata solo alla luce della finalità di compensation, che troverebbe le proprie fondamenta in termini costituzionali nei doveri di solidarietà costituzionalmente imposti, ma andrebbe incontro a serie censure sotto il versante della deterrenza.

L'area della irresponsabilità può diventare area di responsabilità solo tramite l'intervento legislativo: il compito di individuare ipotesi nelle quali deve essere concesso un indennizzo -concetto strutturalmente diverso dal risarcimento- devono essere fissate dal legislatore. Il "bathtub argument" -perchè non viene concesso un indennizzo anche a favore di persone che risentano di un accadimento dannoso all'interno della propria vasca da bagno-, tanto caro all'esperienza anglosassone evoca immediatamente profili di disparità di trattamento, ma questi sono meglio governabili da parte del formante legislativo. Sarà sempre, con tutta probabilità, la giurisprudenza ad accendere la discussione che dovrà essere risolta però in sede parlamentare. È, infatti, qui che le regole del gioco possono essere meglio rispettate, senza che venga provocato un'eccessiva aggressione alla compensation e alla deterrenza proprie del regime di responsabilità civile. Il legislatore intervenendo avrà modo di decidere sulle caratteristiche dell'indennizzo spettante al soggetto danneggiato (strutturalmente e normalmente inferiore all'entità del risarcimento), sul modo con il quale deve essere finanziato il fondo per far fronte alle esigenze di riparazione, nonché la capacità del sistema scelto di raggiungere una migliore allocazione delle risorse economiche presenti.

Il profilo del quantum deciso per via legislativa spettante al danneggiato all'interno dei piani di sicurezza sociale solleva, anch'esso, interrogativi relativi al rispetto del principio di uguaglianza, inteso questa volta nel suo aspetto sostanziale: la somma concessa a favore del danneggiato è, infatti, minore di quella che allo stesso sarebbe spettata in un diverso regime di responsabilità civile. Ad esempio, alle vittime del terrorismo la legge del 1990 concede la somma di 1,5 milioni per ogni punto percentuale di lesione della capacità lavorativa, fino ad un massimo di 150 milioni; i malati di AIDS e i danneggiati da vacino e da emoderivati, ai sensi della legge del 1992, sono trattati come i militari e i graduati, in quanto la classificazione delle lesioni e infermità viene effettuata tramite rinvio alla tabella per le pensioni di guerra. Si tratta di

previsioni che hanno introdotto criteri e momenti di valutazione standardizzata del pregiudizio sofferto, che finiscono per rispettare il solo elemento dell'uguaglianza formale, non prestando attenzione e sensibilità per la particolarità del caso concreto; non viene, quindi, fornita al giudice alcuna possibilità di intervenire equitativamente per far emergere all'interno del giudizio profili e momenti di elasticità e flessibilità nella valutazione delle conseguenze pregiudizievoli nella concretezza del singolo caso.

Questa riduzione della somma concessa a favore del danneggiato trova la sua giustificazione nel fatto che il sistema di sicurezza sociale basa il suo funzionamento su un numero più ristretto di risorse economiche, laddove il sistema di responsabilità civile conosce soltanto i limiti propri di ogni sistema di mercato, tendendo ad assicurare al soggetto danneggiato una riparazione di tipo integrale.

## **6. Le perdite non pecuniarie nei sistemi di responsabilità oggettiva.**

Quanto fino ad ora sostenuto trova un altro terreno di conferma nel settore delle perdite non pecuniarie dove più è possibile uno strappo e una deviazione dai criteri fino ad ora seguiti: questo perchè si è nel campo dove viene assicurata una overprotection a favore della vittima danneggiata. Per le perdite pecuniarie è ancora più importante che per le perdite patrimoniale non disattendere le principali finalità del sistema di responsabilità civile: sia i danni punitivi sia il danno per pain and suffering trovano una loro migliore giustificazione all'interno di regole di responsabilità civile che adottino il criterio di imputazione della responsabilità basato sulla colpa.

### **6.1. I danni punitivi.**

Danni punitivi: a questo riguardo anche la letteratura italiana è ormai abbondante e ha sempre seguito con grande interesse le vicende di questa categoria, salvata per due volte di seguito nel giro di due anni dal 1989 al 1991 dalle censure di costituzionalità per violazione dell'ottavo e del quattordicesimo emendamento della costituzione nordamericana. Retribution (o punishment) e deterrence sono le due grande finalità che

vogliono essere raggiunte dal rimedio in questione: la retribuzione richiede necessariamente che i danni punitivi siano concessi unicamente quando sia possibile offrire la prova della presenza di un malice nella condotta del danneggiante, con la conseguenza della loro applicazione nel settore di c.d. intentional torts [D.D.ELLIS, *Fairness and Efficiency in the law of Punitive Damages*, 56 *South California Law Review* 1 ss (1982)]; la funzione di deterrence viene, invece, molto apprezzata dagli studiosi di analisi economica del diritto [in particolare il riferimento è ai saggi di H.SEE, *Punitive Damages: A Supporting Theory*, 40 *Alabama Law Review* 1227 (1989); R. COOTER, *Punitive Damages for deterrence*, 40 *Alabama Law Review* 1143 (1989) e, in termini ancor più generali, S. SHAVELL, *Economic Analysis of Accident Law*, 1987, pp. 148-150].

L'assunto di base è che non tutti i soggetti danneggiati da episodi da tort portano le loro pretese di fronte alle Corti: perciò, gli organi giudiziari nel determinare la misura della responsabilità dovranno aumentarla in modo che essa arrivi ad internalizzare, in termini aggregati, l'ammontare complessivo dei danni causati dall'esercizio... di una determinata attività economica [nel linguaggio degli economisti, la completa internalizzazione di tutti i danni causati porta ad un risultato socialmente efficiente]. A queste due compiti, ben può aggiungersi una terza funzione, questa volta decisamente riparatoria: si tratta, in altri termini, di rendere il soggetto danneggiato "whole" dell'intera perdita subita. Caricare la parte lesa dell'onere costituito dalle spese processuali -che nell'esperienza nordamericana non seguono il criterio della soccombezza- significa attentare in modo serio al principio della riparazione integrale dei diritti della vittima.

Esclusa questa residuale funzione riparatoria, si tratta di esaminare in quale modo e a quali condizioni i danni punitivi costituiscano dei "windfalls" a favore dei soggetti danneggiati determinando una pericolosa overpro-tectio[n] nelle trame della responsabilità civile.

Infatti, il windfall a favore degli attori danneggiati costituito dai danni punitivi può svolgere una funzione di aumento del social welfare solo in due situazioni:

a) se il maggior livello di danni aumenta l'insufficiente incentivo presente negli attori di iniziare un contenzioso;

b) se tale maggior livello di danni goduto dall'autore serve a rimborsare allo stesso i costi sopportati in conseguenza della litigation.

Nelle altre situazioni il windfall si verifica puntualmente, determinando:

a) un risarcimento inefficiente;

b) una condotta degli stessi attori poco propensa ad attuare un regime di optimal deterrence e

c) una cattiva allocazione delle risorse legali ed economiche.

La prima conseguenza negativa dovrebbe essere ricondotta alle scelte dell'astratto-medio consumatore che riceve tale generosa concessione di denaro: il danneggiato potrebbe essere interessato, in omaggio al criterio della calante utilità marginale del consumo, a ricevere una somma ridotta a titolo di danni punitivi accompagnata da una minor imposizione fiscale che si verificherebbe se la somma concessa per danni punitivi nella loro natura di multe private finissero nelle casse dello Stato.

Secondo SHAVELL [Economic Analysis of Accident Law, 1987], la concessione dei danni punitivi diminuirebbe, disincantandolo profondamente, quel comportamento cautelativo che dovrebbe assistere il consumatore nella sua attività volta a raggiungere un grado di ottima deterrence.

Infine, a dividere il windfall goduto dagli attori danneggiati saranno sicuramente anche gli avvocati di costoro portati, sempre più frequentemente a trattare casi in cui si discute della concessione di danni punitivi, con l'inevitabile aumento del costo dell'unità oraria dei servizi resi da questi ultimi e con l'instaurazione crescente di casi marginali.

Proposte per superare questa situazione? Mitchell POLINSKY ne ha una: già espressa in un suo saggio del 1983 [Detrebling Versus Decoupling Antitrust Damages, 74 Georgia Law Journal 1231 (1986)] e poi ripresa in un suo più recente intervento [con Yeon-Koo CHE, Decoupling Liability: Optimal Incentives for Care and Litigation, 22

Rand Journal Econ. 562 (1991)] si tratta di evitare che tutto il risarcimento concesso a favore del soggetto danneggiato vada a finire nelle sue tasche. Egli avrà diritto unicamente a percepire una somma pari al danno sofferto, ivi comprese le spese dovute sopportare per la litigation, percependo lo Stato la differenza tra la somma concessa a titolo di danni punitivi e le spese sostenute a livello giudiziario. Compito, questo, non molto difficile quindi, con grande soddisfazione del Justice Rehnquist il quale già nel 1983 aveva ricordato che qualora una multa punitiva venga concessa in sede civile "...the penalty should go the State, not to the plaintiff" [Smith v. Wade, 461 U.S. 30 (1983)].

I problemi -tra i quali assumono una particolare rilevanza il trattamento fiscale degli stessi, sia sotto il profilo della loro deducibilità da parte dei danneggianti, sia sotto quello della non assoggettabilità ad alcuna forma di imposizione fiscale- in ogni caso, rimangono.

## **6.2 I danni per pain and suffering.**

Parlando di pain and suffering, si affronta solo la più conosciuta della più vasta categoria delle perdite non pecuniarie. Attraverso le somme concesse a questo titolo, secondo le statistiche che non mancano mai nelle indagini degli studiosi nordamericani, viene concesso il 50% della somma globalmente concessa a favore del soggetto danneggiato.

Come anticipato, non solo il pain and suffering -anche se sicuramente la più importante- non è l'unica voce di perdita non pecuniaria riconosciuta nell'esperienza nordamericana, ma è essa stessa figura che conosce una grande eterogeneità di sottofigure al suo interno.

Sulla funzione e sulla utilità di tale figura hanno avuto modo di scontrarsi due importanti settori della legal scholarship nordamericana: per i sostenitori dell'indirizzo di pensiero che va sotto il nome di giustizia commutativa (corrective justice) [ricordo, tra gli altri, Richard EPSTEIN, Jules COLEMAN, Ernest WEINRIB e Robert FLETCHER] il pain and suffering svolge una funzione perfettamente in sintonia con gli obiettivi primari dell' 'interno istituto della responsabilità civile: in sostanza consentire al danneggiato di essere risarcito di tutto il danno subito in conseguenza di una condotta posta in essere con colpa dal danneggiante.

Diverso è ovviamente l'approccio giuseconomico, portato, per definizione, a considerare lo scenario della responsabilità civile come il luogo in cui operano valutazioni sui costi sopportati dagli attori e si muovono sinergie assicurative dall'altra: se la funzione di risarcimento dei danni subiti dal consumatore -danneggiato viene ad essere svolta dal meccanismo assicurativo, si può essere ragionevolmente certi che nessuno stipulerà un contratto di assicurazione per le perdite che ricadono sotto questa voce di danno. Il pain and suffering non è proprio in grado di influenzare l'utilità marginale del reddito goduto dallo stesso danneggiato prima della commissione del fatto illecito. Non esiste in altri termini un mercato sulla valutazione da attribuire alla voce per pain and suffering: un mercato è composto da persone, infatti, che vendono ed acquistano, ma ben pochi sono i soggetti disposti ad acquistare una garanzia assicurativa per questa voce di danno o, viceversa, a soffrire un pain in cambio di un corrispettivo.

Oltre a queste considerazioni, c'è da aggiungere che il pain and suffering, come del resto l'ampia categoria delle perdite non pecuniarie, soffre di tutte le difficoltà relative alla determinazione economica del valore della vita umana; problema alla cui risoluzione definitiva anche gli economisti stanno cercando di dare un contributo [si ricordano i tentativi basati sul valore monetario che un individuo è disposto pagare per diminuire il rischio di morire; o, altrimenti, applicando il cost-benefit analysis, determinando l'ammontare della spesa pubblica e privata che un individuo paga per la prevenzione di lesioni mortali]. La prima volta che un economista è comparso sulla scena processuale, chiamato come esperto da una giuria per rispondere al quesito del calcolo del valore della vita umana, pur indicando il grado di imperfezione dei criteri seguiti, consegnò alla giuria un valore attribuito dalla società nordamericana alla vita oscillante tra i 500,000 e i 3.500.000 dollari [la giuria, facendo uso, questa volta, di poteri di self-restraint liquidò 850.000 dollari a titolo di danno edonistico: la sentenza *Sherrod v. Berry* può essere letta integralmente con mia annotazione, *Danno edonistico: una versione americana del danno alla salute?* in *Foro it.* 1987, IV, c. 71 ss.].

Visto questa deviazione dalla compensation, la funzione del pain and suffering si giocherebbe allora decisamente sul versante della deterrence e in questa prospettiva tornano di attualità i rilievi espressi in tema di danni punitivi.

## 7. Qualche conclusione.

In questo processo di allargamento delle ipotesi di danno risarcibili è stata, a mio avviso, più apprezzata la funzione di compensation svolta dalle regole di r.c. dell'altra funzione di deterrence: in altri termini, la riparazione del danno a favore del soggetto danneggiato, più che i meccanismi di carattere preventivo volti a incidere sull'attività fonte di possibili pregiudizi. Le due fondamentali e irrinunciabili funzione svolte in termini generali dalle regole di responsabilità civile devono, invece, essere congiuntamente esaminate ed apprezzate. Una situazione di eccessivo risarcimento a favore dei danneggiati può determinare simmetricamente un aumento non corretto dei meccanismi di deterrence che agiscono, invece, sulla categoria dei possibili danneggianti.

Le due finalità svolte dall'istituto della responsabilità civile possono contribuire alla risoluzione dei problemi connessi all'allargamento delle ipotesi di danno risarcibile non solo nei campi più tradizionali dell'illecito extracontrattuale disciplinato nell'impianto codicistico, ma anche quando l'opera di estensione venga attuata tramite l'intervento legislativo.

L'applicazione del principio di uguaglianza nel settore della responsabilità civile deve quindi subire una lettura funzionale agganciata alle generali funzioni (compensation e deterrence) svolte dalla r.c.: la crescita della r.c., in omaggio al generale principio di uguaglianza, dovrà essere inquadrata nelle linee portanti dello stesso istituto.

Milano-Pisa 6 ottobre 1993

## LA CONTROVERSIA SOBRE LAS OBLIGACIONES NATURALES

Felipe Osterling Parodi

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:

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 resumiremos 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 el deudor.

En las teorías objetivas la relación obligacional no se caracteriza por el sometimiento personal del obligado a la voluntad de su acreedor, sino como 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 Dulckey 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.

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 esta 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 decir 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), cabe señalar que pueden escindir-se, 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 éstos 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 autorizadas por 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 ejercerla, y el deudor paga: en este caso también 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 el 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 un débito pero no responsa-

bilidad, no estamos ante una relación obligatoria, por lo menos desde un punto de vista jurídico, ya que por definición el derecho debe estar amparado por la coacción estatal, y mal podríamos asimilar una obligación natural al campo de las obligaciones civiles, si no es posible exigir un cumplimiento forzoso. En todo caso, las obligaciones naturales deben tratarse, según lo hemos señalado, como 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 frente al acreedor. Sin embargo, 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, si no 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, que siempre están 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 requiere ser calificado como deber jurídico, en tal 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 autónomos, sino como

conceptos 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 quintuplo 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 asentimiento 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 ello origina una relación acreedor-deudor, por un vínculo que emana de la ley, con la característica de la patrimonialidad. El hecho del nacimiento o del matrimonio, la existencia de ascendientes, descendientes o hermanos, determinada 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 al 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 patrimo-

nial. 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 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” porque su uso se encuentra muy difundido, tal expresión 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 deudor 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; 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 autorizadas, no puede solicitar su repetición (artículo 1943° del Código Civil).

En esas hipótesis quien paga no está obligado, pero si lo hace res-

ponde 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 le 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 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 ajenas; 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 por 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 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 en virtud de una deuda prescrita o 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 obligación civil ni natural. Tampoco hay deberes jurídicos. Hay solamente razones éticas, o de beneficencia, o de caridad, 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, natural, o de un deber jurídico.

#### Quinto.-

Tenemos, como última clasificación, los deberes morales 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 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. Respon-  
den, simplemente, a otros valores tales como la educación, el amor  
por los símbolos patrios, etc. Si su infraestructura 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 debe-  
res jurídicos con contenido patrimonial; de los deberes jurídicos que ca-  
recen 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 Poghier que se llama obligación civil a aquella que es un  
lazo de derecho, vinculum juris, y que da a aquel respecto a quien se ha  
contratado, el derecho de exigir en justicia lo que en ella se halla conte-  
nido. A su turno, se llama obligación natural a aquella que, en el fondo  
del honor y de la conciencia, obliga a aquel que la ha contratado al cum-  
plimiento 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 sufi-  
ciente para comprometerse, pero a quienes la ley civil declara incapaces  
de hacer un contrato: tal, por ejemplo, la obligación de una mujer que  
bajo dominio del esposo, convino sin estar autorizada a ello. Jaubert, se-  
gún Laurent, desarrolla la misma opinión. Agrega Laurent que esta doc-  
trina también es la de los autores del Código Civil Francés y la de nume-  
rosos 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 ac-  
ción al acreedor. ¿Acaso, se pregunta Laurent, el acreedor de una mujer  
casada o de un menor de edad no puede obrar? Ciertamente tiene una ac-  
ción, entonces la deuda es más que natural, es civil; solamente está mar-  
cada por un vicio que permite al deudor demandar su nulidad, pero es  
necesario que él la deman de; 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 cunda 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, objetán doles 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 estas 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 a la causa inmediata o, como otros dicen, los modos por los cuales nacían las obligaciones naturales, los eruditos modernos conjeturan que se compendaban 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 del Derecho, en los límites de la moral. Por ello, 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 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 ya que 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 que decreta 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 oponían el "*ius gentium*", extensivo a todos los pueblos, de igual manera, frente a las obligaciones surgidas de ese régimen quirritario, 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 esta 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 dejarse 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 datos 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 la 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”

Bonnetcase 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 un 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 Bonnacase, 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 filósofos moralistas separan claramente ambas disciplinas. El deber moral u obligación moral y la obligación jurídica, la responsabilidad moral y la responsabilidad jurídica.

Dice Bonnacase 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 desprovisto 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 entoces 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 Domat 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 correspondría 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 con tradición 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 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 carece de toda base y 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 garantia*” y c) quien las define como institución de derecho natural o que llegan a la consagración jurídica de los deberes de conciencia.

a) 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.

b) 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 “*garantia*”, considerados como elementos 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* ya que hay razones para justificar la pretensión del sujeto activo; pero no hay garantía ya que no se dan a esta pretensión medios para obtener su cumplimiento.

c) En opinión de otros autores, las obligaciones naturales son deberes morales o de conciencia, tomados en consideración por la ley positiva en tanto producen de efectos jurídicos.

Los deberes de conciencia no quedan ya confinados a un campo puramente moral, sino que penetran decididamente al 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 través de conceptos que son concordantes entre sí. 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 convierte para él en imperativo de conducta.

Manuel Albaladejo afirma que hay varias tesis respecto a la obligación natural:

1. A tenor de una teoría, la obligación natural es una obligación no jurídica, sino moral, de conciencia, 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 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 en 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 contienen dos normas que podrían inscribirse en la categoría de obligaciones naturales. El artículo

1275, 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 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, exclusivamente 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 en una persona -a quien no podemos llamar la 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 1884 y 1936, se encuentran, en el caso del juego, en el artículo 1739° del Código Civil peruano de 1852, ante cedente 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 1884 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 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 1884 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 todo estos 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 1223º, *in fine*, del Código Civil 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 1275º 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 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 las 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 ha hecho, lo que ha hecho con conocimiento de causa y con plena voluntad y libertad”.

## LA DIMENSIONE PATRIMONIALE DEL CORPO UMANO

Stefano Rodota

1. In questi anni, ovunque nel mondo, si sta riscrivendo lo statuto giuridico del corpo umano. A questa impresa, corale e conflittuale, contribuiscono scienziati e giuristi, teologi e filosofi morali, medici, sociologi, antropologi, economisti. Le vecchie regole giuridiche, e molti degli stessi concetti che le sostenevano, appaiono inadeguate ai problemi che devono essere affrontati. È mutata la realtà materiale che costituisce il punto di riferimento della (eventuale) disciplina legislativa.

Fino a non molto tempo fa, le norme sugli usi del corpo erano poche, sintetiche, e riferite solo ad una ridottissima parte dei problemi oggi discussi<sup>1</sup>. Questo non era il frutto d'una disattenzione o di un disinteresse. Era la conseguenza del fatto che l'uso del corpo, nella grandissima parte dei casi, dipendeva unicamente da leggi naturali, consentiva solo limitati interventi attivi che ne modificassero la struttura e, quindi, non aveva bisogno di specifiche regolazioni giuridiche. La norma morale o sociale sull'uso del corpo trovava proprio nell'inalterabilità dei processi naturali la sua più forte garanzia.

L'impegnativa e perentoria formula di Immanuel Kant, che affermava che «l'uomo non può disporre di se stesso» e «non gli è consentito vendere un dente o un'altra parte di se stesso»<sup>2</sup>, è stata messa

---

1 Il Codice civile del 1942 contiene una sola norma in materia, l'art. 5, dedicato agli «Atti di disposizione del proprio corpo». Il Codice civile del 1865 ignorava del tutto la questione.

2 I. Kant, *Lezioni di etica*, Bari, 1991, p. 189 (le lezioni risalgono probabilmente agli anni 1775-1780).

in dubbio non tanto da un mutamento della morale universale, quanto piuttosto da un insieme di innovazioni tecnologiche che hanno modificato la percezione stessa del corpo. Ma in quelle affermazioni si coglie un motivo più generale, e non cancellato dalle novità prodotte dalla ricerca scientifica, che riguarda la possibilità stessa di una riduzione del corpo ad uno dei tanti oggetti disponibili o commerciabili. Escludendo la vendita di un dente, che la tecnica del suo tempo rendeva possibile, Kant vuol concludere che il corpo non può essere oggetto di proprietà neppure da parte di chi in quel corpo si impersona: «l'uomo può disporre del suo stato, ma non della sua persona»; «l'uomo, per esempio, non è autorizzato a vendere per denaro le sue membra, neanche se, per un dito, ricevesse diecimila talleri, altrimenti si potrebbero acquistare da un uomo tutte le sue membra»<sup>3</sup>.

Già all'epoca di Kant, comunque, era acquisito che alcuni «prodotti» del corpo umano, o sue parti riproducibili, potessero far oggetto di contratti giuridicamente validi: è il caso del contratto di vendita di capelli (femminili quasi sempre) o di quello che regolava la prestazione del latte da parte della nutrice. Bisogna, allora, verificare nella realtà di oggi se, come quando il corpo, le sue parti e i suoi prodotti possano divenire oggetto di atti di disposizione, e da parte di chi, o di vere e proprie transazioni commerciali.

2. Per muoversi concretamente in questa direzione può essere utile ricordare e analizzare alcuni casi particolarmente significativi.

1) Robert Rodriguez, un giovane regista autore del *cult-movie* dal titolo *El Mariachi*, ha dichiarato nel 1993 in una intervista che, per procurarsi una parte della somma necessaria per la produzione del film (7.000 dollari), ha accettato di «lavorare» come cavia retribuita per la sperimentazione di prodotti farmaceutici. In questo caso si può vedere il risultato estremo di una idea del corpo come fonte di profitto: non si può vendere un dente, ma si può farlo con la forza lavoro. «Labour being the unquestionable Property of the Labourer, no Man but he can have a right to what that once is joined to»<sup>4</sup>: così scriveva John Locke, ponendo la

---

3 I. Kant, *Lezioni*, cit., pp. 139, 143.

4 J. Locke, *Second Treatise of Government* (1690), sect. 27, trad. it. *Due trattati sul governo*, Torino, 1960<sup>2</sup>.

premessa teorica per lo scambio tra forza lavoro e remunerazione. E, se si legge una delle *Ordonnances* del *contrôleur général* Robert-Jacques Turgot, quella del 1776, si trova una definizione del lavoro come «droit inaliénable de l'humanité», dove si vuol dire appunto che nessuno può essere privato del diritto di scambiare o vendere la propria forza lavoro.

Attraverso il lavoro libero e remunerato, e quindi in opposizione alla logica della schiavitù, il diritto di proprietà si proietta sul corpo, e questo entra a far parte delle relazioni mercantili in forme diverse (lavoro manuale, intellettuale). La particolare «fisicità» della prestazione fornita da Robert Rodriguez pone certamente problemi particolari, ma non esclude la possibilità di considerarla nella prospettiva di una integrale utilizzazione commerciale del corpo<sup>5</sup>.

2) Il caso forse più noto in tema di proprietà del corpo e delle sue parti è certamente quello di John Moore, un paziente affetto da leucemia che venne curato nel 1976 presso il Medical Center della University of California at Los Angeles (Ucla). Durante la cura gli venne asportata la milza, e due medici curanti scoprirono che i tessuti della milza avevano la proprietà di produrre una particolare proteina del sangue. I linfociti T di Moore vennero così utilizzati per una linea cellulare per la produzione di medicinali antibatterici e contro il cancro. Nel 1981 gli amministratori dell'Ucla chiesero ed ottennero di brevettare questa linea cellulare e, su questa base, l'università e i due ricercatori stipularono un contratto con le società Genetic e Sandoz che, a loro volta, brevettarono nel 1984 nove prodotti derivati da quella linea cellulare. Il valore complessivo dell'operazione «Mo cell line» è stato stimato in più di tre miliardi di dollari.

---

5 È bene ricordare, ad ogni modo, che in materia di sperimentazione si diffondono i divieti alla remunerazione delle persone che liberamente vi si sottopongono. Si veda, ad esempio, la Raccomandazione R (90) 3, adottata il 6 febbraio 1990 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, il cui principio 13 stabilisce che «ai possibili soggetti di una ricerca medica non possono essere offerti incentivi tali da compromettere la libertà del consenso. Le persone che si sottopongono a ricerche mediche non possono ottenere alcuna remunerazione. Tuttavia, possono essere rimborsati le spese e i mancati guadagni e, in casi specifici, può essere concesso un modesto compenso per gli inconvenienti causati dalla ricerca».

Nel 1984 John Moore avviò un'azione giudiziaria perchè gli fosse riconosciuta una partecipazione ai profitti resi possibili dall'utilizzazione delle cellule della sua milza. In primo grado, nel 1986, la sua domanda venne respinta, negandosi l'esistenza di un diritto di proprietà sulle parti staccate del proprio corpo: diritto che, invece, venne riconosciuto a Moore nel 1988 dalla Corte d'Appello della California<sup>6</sup>. Ma la parola definitiva è venuta dalla Corte Suprema della California<sup>7</sup>, con una decisione che a qualcuno è sembrata un compromesso tra le due sentenze precedenti<sup>8</sup>. Da una parte, infatti, ha negato l'esistenza di un «property right» su tessuti e cellule del proprio corpo. Dall'altra, ha affermato che era stata violata la relazione fiduciaria tra medico e paziente, dal momento che Moore non era stato informato delle potenzialità economiche legate all'utilizzazione dei suoi tessuti. La necessità di questa informazione è stata così argomentata dalla Corte: «riteniamo che un medico, quando richiede il consenso di un paziente per un trattamento, debbarvelargli, per adempiere ai suoi doveri fiduciari, i propri interessi personali, economici o di ricerca, che non riguardano la salute del paziente e che possono influenzare le sue valutazioni terapeutiche».

In realtà, sulla questione essenziale non vi è stato alcun compromesso, dal momento che la proprietà dei tessuti è stata esclusa. Il riferimento alla violazione dei doveri fiduciari dà soltanto la possibilità a Moore di ottenere un risarcimento del danno a titolo diverso dalla violazione del diritto di proprietà.

3) In Germania, il signor M.B., trentunenne, apprende di avere un cancro alla vescica e decide di sottoporsi ad un intervento chirurgico per l'asportazione della prostata e della vescica. Poiché questo avrebbe avuto come conseguenza l'impossibilità di generare, l'interessato decide, prima dell'operazione, di depositare il proprio sperma presso il dipartimento andrologico di una clinica specializzata. Due anni dopo, avendo problemi di spazi, la clinica chiede ai «depositanti» di far sapere entro quattro settimane se vogliono che la conservazione del loro sperma continui.

---

6 *Moore v. The Regents of the University of California*, 202 Cal App., 1248.

7 *Moore v. The Regents of the University of California et al.*, Supreme Court of the State of California, file n. S006987.

8 A. Kimbrell, *The Body Shop*, San Francisco, 1993, p. 209.

M.B. risponde dopo cinque giorni, ma la lettera non è inserita nel suo dossier e, scaduto il termine, il suo sperma viene distrutto.

Sposatosi nello stesso anno, M.B. chiede al dipartimento lo sperma depositato, per avere un figlio grazie alle tecnologie della riproduzione. Conosciuta la distruzione, agisce in giudizio per un risarcimento di danni di 25.000 marchi in base al paragrafo 823 del BGB (Codice civile). In primo e secondo grado i tribunali respingono la sua richiesta, sostenendo che non si è in presenza di una delle circostanze che, secondo l'articolo citato, legittimano la richiesta di risarcimento. Mancherebbe, infatti, una «lesione del corpo» (così si esprime il paragrafo 823), dal momento che una parte ormai separata da questo dev'essere considerata come una cosa soggetta a regole proprie, e diverse da quelle che regolano il corpo nella sua integrità.

Il *Bundesgerichtshof* (la Corte di Cassazione), con una sentenza del novembre del 1993<sup>9</sup>, non contesta in via generale quest'ultima argomentazione. Introduce, però, una serie di distinzioni. Osserva, in primo luogo, che vi sono casi di separazione irreversibile, che si hanno quando un organo o un prodotto del corpo (sangue) sono destinati a far parte di un altro corpo. In altri casi, invece, la separazione è soltanto temporanea, essendo le parti o i prodotti destinati ad essere reintegrati nel corpo d'origine: questo avviene, ad esempio, per i prelievi di sangue per autotrasfusione, per i prelievi di pelle o di ossa a fini di autotrapianto, per gli ovuli prelevati per una fecondazione *in vitro* nell'interesse della stessa donna dalla quale provengono. In tutte queste ipotesi viene mantenuta una «unità funzionale» con il corpo d'origine, che non consente di qualificare le entità separate come cose e impone di considerare come una lesione del corpo gli interventi che pregiudicano appunto quella unità.

Lo sperma si presenta come un caso a parte, dal momento che alla sua separazione segue la destinazione ad essere integrato nel corpo di un'altra persona. Ma osserva la sentenza:

---

9 *Bundesgerichtshof*, 9 novembre 1993, in «Familienrecht», 1994, pp. 154-156.

da una parte, lo sperma è separato dal corpo del soggetto di diritto in maniera irreversibile; dall'altra, è destinato a realizzare una tipica funzione del corpo, quella della riproduzione. Anche se la conservazione dello sperma sostituisce la funzione riproduttiva, essa ha per l'integrità del soggetto di diritto e per la sua capacità personale di realizzazione e decisione la stessa importanza di un ovulo o di un'altra parte del corpo, protetti dai paragrafi 823 e 847 del BGB. Allo stesso modo dell'ovulo prelevato e destinato ad essere reimpiantato dopo una fecondazione artificiale, nel caso considerato lo sperma rappresenta l'unica possibilità che il soggetto di diritto ha di procreare e di trasmettere ai figli le proprie informazioni genetiche.

Il corpo, dunque, è inteso e definito come unità funzionale, che dev'essere protetta anche per consentire la realizzazione del diritto di ciascuno all'autodeterminazione.

4) Le diverse modalità di separazione dal corpo di sue parti o prodotti non incidono soltanto sulla natura giuridica di tali cose, ma, proprio per effetto di tale mutamento, consentono una loro utilizzazione commerciale. È noto, ad esempio, che i donatori di sperma ricevono in ogni caso una contropartita finanziaria, ordinariamente nella forma del «rimborso spese». Per quanto riguarda gli ovuli, invece, i compensi sono dichiarati e molto più elevati: la donna «produttrice» riceve in media l'equivalente di 2.000 dollari per un bene che, sul mercato, raggiunge un valore di 20.000 dollari.

La commercializzazione della funzione riproduttiva giunge ad investire il corpo nella sua totalità, come avviene nel caso delle madri «surrogate» o di «sostituzione». Qui le tariffe di mercato variano. Se la donna partecipa con il suo materiale genetico, e viene quindi inseminata con lo sperma del committente, la tariffa è più elevata, dal momento che si opera una selezione della madre di sostituzione in funzione di particolari caratteri che questa presenta (colore della pelle o degli occhi, statura, quoziente d'intelligenza...). La tariffa può scendere nei casi in cui si procede all'impianto di un embrione nell'utero della madre di sostituzione: poiché non interessano i caratteri genetici di quest'ultima, ma solo la sua attitudine ad una buona gravidanza, si allarga la disponibilità delle candidate e diminuiscono le esigenze di selezione.

5) Per quanto riguarda gli organi, l'esistenza di un mercato è ben

nota, e presenta caratteri diversi. Vi sono situazioni di mercato *legale*, come in Turchia e in India; in Germania è stato possibile il funzionamento di una agenzia che agiva pubblicamente, attraverso annunci sui giornali, per reclutare le persone disposte a vendere loro organi. Vi sono poi casi di mercato *non legale, clandestino*, ma *non violento*: è documentata l'esistenza di un traffico di organi (cornee, in particolare, prelevate illegalmente da cadaveri) da alcuni paesi dell'Europa centrale e orientale, dalla Russia soprattutto, verso l'Europa occidentale. Un mercato *illegale, clandestino e violento*, infine, caratterizza altre aree, come l'America centrale e meridionale, dove molte volte sono stati denunciati la sparizione di bambini probabilmente destinati a questo mercato, o il ritrovamento di alcuni di loro con cicatrici che provavano l'avvenuto prelievo di un organo.

6) La crescita delle conoscenze sul corpo ha fatto aumentare la richiesta di quelle particolari rappresentazioni del corpo che sono, in primo luogo, le informazioni genetiche. La richiesta proviene soprattutto da molte imprese e, in particolare, dalle compagnie di assicurazione, per le quali la conoscenza di quelle informazioni assume grande rilevanza per la selezione degli aspiranti all'assunzione o di coloro che richiedono particolari assicurazioni, e quindi per la stipulazione dei contratti di lavoro e dei diversi tipi di contratti di assicurazione. In questo modo, l'informazione sul corpo diventa un elemento rilevante per il calcolo economico e le decisioni d'impresa.

3. Gli esempi appena ricordati indicano anche alcune delle risposte dei sistemi giuridici ai problemi posti dalle nuove situazioni create dalle tecniche di intervento sul corpo. In generale, si può osservare come in quasi tutti i sistemi vengano tenuti fermi i principi dell'autodeterminazione, della non commerciabilità e del divieto di tutti gli atti di disposizione riguardanti il corpo «quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, o quando siano comunque altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume» (art. 5 del codice civile). Altri esempi recenti possono indicare con maggiore precisione quali siano gli orientamenti che oggi si possono ritrovare in ambienti giuridici diversi.

a) Il Progetto di Convenzione sulla bioetica, elaborato dal Comitato direttivo per la bioetica del Consiglio d'Europa (Convenzione per la

protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano di fronte alle applicazioni della biologia e della medicina, 1994), contiene l'articolo 11 (Divieto di profitto), che dispone «Il corpo umano e le sue parti non devono costituire, in quanto tali, fonte di profitto». Nel Rapporto che accompagna il progetto si specifica che è ammessa «una remunerazione ragionevole» per le «attività tecniche (prelievo, test, conservazione, coltura, trasporto...)» relative alle parti del corpo utilizzate. Inoltre, è sempre ammesso un rimborso per le spese sostenute o per il lucro cessante a favore delle persone dalle quali provengono le parti o i prodotti del corpo.

b) Il Progetto di Protocollo sui trapianti d'organo, elaborato dallo stesso Comitato, con l'art. 14, ribadisce e specifica il principio:

«1. Gli organi in quanto tali non devono divenire fonte di profitti economici.

2. Questo non esclude:

- un compenso ai donatori viventi per i mancati guadagni e per qualsiasi spesa determinata dall'espianto o dalle relative analisi;

- il pagamento (di un compenso ragionevole) per i servizi medici necessari e per i relativi servizi tecnici, resi in occasione dei trapianti».

c) Il divieto di commercializzazione del sangue è esplicitamente previsto da una Direttiva del 1989 delle Comunità europee.

Questi primi tre esempi documentano la tendenza a trasferire in atti internazionali o sovranazionali, specificandolo, il principio di non commerciabilità già previsto in molte legislazioni nazionali.

d) Nel giugno del 1993 il Parlamento francese ha approvato il più ampio e ambizioso complesso di norme in materia di bioetica oggi vigente. La legge n. 94-653 del 29 luglio 1994 contiene le norme seguenti (l'art. 3):

«Dopo l'art. 16 del codice civile sono inseriti i seguenti articoli da 16-1 a 16-9:

Art. 16-1. Tutti hanno diritto al rispetto del loro corpo.

Il corpo umano è inviolabile.

Il corpo umano, le sue parti e i suoi prodotti non possono essere oggetto di un diritto patrimoniale.

Art. 16-5. Sono nulle le convenzioni che abbiano come effetto quello di attribuire un valore patrimoniale al corpo umano, alle sue parti o ai suoi prodotti.

Art. 16-6. Non può esser data alcuna remunerazione a chi si presta a sperimentazioni sul proprio corpo, o al prelievo di organi o alla raccolta di prodotti di esso»;

e l'art. 7 dispone: «(...) il corpo umano, le sue parti e i suoi prodotti, così come la conoscenza della struttura totale o parziale d'un genoma umano, non possono costituire, in quanto tali, l'oggetto di un brevetto».

Nella legge n. 94-654 del 29 luglio 1994, l'art. L. 665-13 stabilisce che:

«Nessuna retribuzione, in qualsiasi forma, può essere data a chi consente al prelievo di parti o alla raccolta di prodotti del suo corpo. Può essere eventualmente previsto un rimborso delle spese, secondo le modalità fissate con decreto del Consiglio di Stato».

E l'art. L. 152-5 aggiunge: «Nessuna retribuzione, in qualsiasi forma, può esser data alla coppia che abbia rinunciato ad un proprio embrione».

e) Per quanto riguarda le informazioni genetiche e, più in generale, quelle sulla salute, già la Convenzione europea sulla protezione dei dati personali (1981) e alcune leggi nazionali hanno attribuito loro un particolare statuto giuridico, classificandole tra le informazioni «sensibili», comprese nel cosiddetto «nucleo duro» della *privacy*. Vengono in questo modo limitate le possibilità di raccolta e di circolazione di questa categoria di informazioni, con una impostazione

specificamente ribadita per le informazioni riguardanti le persone sieropositive o malate di Aids<sup>10</sup>.

Questa linea è ripresa nel Progetto di Convenzione europea sulla bioetica. L'art. 12 stabilisce in via generale che «tutti hanno diritto al rispetto della vita privata in materia di salute». Più specificamente, l'art. 18 afferma che «la comunicazione dei risultati di un test genetico, fuori dall'ambito sanitario, è ammessa solo nei casi previsti dall'articolo 2, paragrafo 2, della presente convenzione». Ora, quest'ultimo paragrafo prevede che la deroga al divieto di circolazione sia ammissibile solo quando si tratti di «misure necessarie, in una società democratica, per la sicurezza pubblica, la difesa dell'ordine e la prevenzione dei reati, la tutela della salute pubblica e dei diritti e delle libertà di altri soggetti». Questa formulazione segue lo schema adottato dall'art. 8.2 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950), ma con alcune omissioni particolarmente significative per il problema della circolazione delle informazioni genetiche: nella Convenzione sulla bioetica, infatti, non si parla della «protezione della morale» e, soprattutto, del «benessere económico del paese». Inoltre, l'art. 17 del Progetto di Convenzione sulla bioetica prevede che i test predittivi di malattie genetiche o indicativi di una predisposizione genetica ad una malattia possano essere effettuati solo per ragioni di salute, o per finalità di ricerca sempre fondate su motivi di salute.

Si può, quindi, escludere che possa essere richiesta la comunicazione di informazioni genetiche per finalità unicamente legate allo svolgimento di attività imprenditoriali (divieto già esistente in Olanda e che si è introdotto anche nello stato della California).

f) In materia di trapianti di organi, nei paesi che vietano ogni forma di commercializzazione, per i prelievi da cadavere ordinariamente si adotta o lo schema del consenso presunto (con conseguente possibilità di dichiarare esplicitamente la propria volontà contraria all'espianto) o quello del consenso esplicitamente manifestato in vita dalla persona (con

---

10 Cfr. l'art. 6 della legge 5 giugno 1990, n. 135.

possibilità di sostituire a questo il consenso dei familiari), con altre soluzioni risultanti da combinazioni varie di questi principi. Una strada diversa, che risponde all'intenzione di incentivare al massimo la propensione a rendere disponibili i propri organi senza ricorrere a meccanismi di mercato, è stata scelta nel 1987 da Singapore con l'*Human Organ Transplant Act (HOTA)*.

Questa legge stabilisce che tutte le persone capaci tra i 21 e i 60 anni, cittadini o residenti permanenti nello Stato, siano considerati donatori di rene nel caso di morte per incidente, a meno che non abbiano in vita fatto registrare il loro dissenso. Non è richiesto alcun consenso dei familiari, che possono intervenire, per autorizzare il prelievo, solo nei casi della morte di minori o di incapaci.

I musulmani, che rappresentano una minoranza consistente della comunità di Singapore, sono considerati automaticamente dissenzienti per motivi religiosi. Essi, tuttavia, possono volontariamente dichiarare la loro disponibilità al prelievo, così come i familiari possono dare il loro consenso nel caso della morte di un congiunto.

La novità della legge non consiste tanto in queste norme, che riproducono schemi già noti (con un apprezzabile adattamento al carattere multiculturale della società di Singapore), quanto piuttosto nel sistema di incentivi (o disincentivi) previsto. L'art. 12 della legge, infatti, stabilisce che coloro i quali abbiano dato la loro disponibilità all'espianto del rene, esplicitamente o implicitamente, siano preferiti nel caso in cui essi stessi si trovino nella condizione di aver bisogno di un trapianto renale. Anche ai dissenzienti è data la possibilità di giovare di questa priorità solo dopo due anni dalla revoca della loro obiezione. Inoltre, ai familiari delle persone che abbiano donato i loro reni è concesso dallo Stato un contributo pari al 50% delle spese mediche sostenute in ospedali pubblici nei cinque anni successivi al prelievo.

Naturalmente questa legge ha suscitato molte discussioni sia sotto il profilo etico, sia per quanto riguarda il rispetto del principio di eguaglianza tra i cittadini. Nella prospettiva qui considerata, assume particolare rilievo il problema che riguarda i diversi benefici concessi ai donatori e ai loro familiari, che possono essere considerati come una contropartita che modifica lo schema della donazione e dà vita ad una particolare forma di «mercato».

g) La maternità di sostituzione ha dato origine a risposte legislative che vanno dal divieto assoluto al pieno riconoscimento della libertà contrattuale in materia, e che saranno analiticamente considerate più avanti.

4. Da questa serie di esempi emerge con chiarezza come il corpo sia, al tempo stesso, oggetto di interventi legislativi sempre più penetranti e differenziati. Sulla base di queste differenziazioni, e di altre che potrebbero aggiungersi, si può procedere ad una classificazione analitica del corpo «giuridificato». Abbiamo così:

- a) il corpo dell'uomo e quello della donna;
- b) il corpo vivo e il corpo morto;
- c) il corpo dei maggiori e dei minori d'età, dei capaci e degli incapaci, dei giovani e degli anziani;
- d) il corpo dei familiari e degli estranei;
- e) il corpo malato e il corpo sano;
- f) il corpo prima e dopo la nascita (una volta ammessa la possibilità di riferire la nozione di corpo al non nato), il corpo «potenziale» o «progettato» (embrione creato *in vitro*) e attuale;
- g) il corpo «terminale» e quello «recuperabile»;
- h) il corpo degli organi singoli o doppi;
- i) il corpo dei tessuti rigenerabili e non rigenerabili;
- l) il corpo dei tessuti fetali e non;
- m) il corpo delle cellule somatiche o germinali.

L'elenco, che fa riferimento a distinzioni già contenute in norme giuridiche, potrebbe essere ancora allungato. Esso, ad ogni modo, mostra chiaramente come non sia più possibile una considerazione unitaria del corpo umano sulla base del riferimento materiale che, fino a ieri, la aveva resa possibile. L'inscindibilità del corpo nelle sue parti è stata sostituita, grazie ad una molteplicità di tecniche, da una sua scomposizione sempre più accentuata, che ha fatto parlare di un rischio di considerare il corpo come un semplice insieme di parti separabili.

Una rinnovata considerazione unitaria del corpo, quindi, non può essere fondata su di una impossibile ricostituzione di una unità affidata alla «natura», sul dato materiale di una indisponibilità del corpo e delle sue parti garantita dalla sua naturalità. Questa considerazione unitaria,

anche dal punto di vista giuridico, oggi può essere ricostruita solo sul piano dei principi fondamentali del sistema. E, tra questi principi, assumono immediata rilevanza quelli relativi all'eguaglianza, alla dignità della persona, al diritto alla salute e alla non commerciabilità del corpo, delle sue parti e dei suoi prodotti. È interessante notare che alla dignità della persona è stato riconosciuto, per la prima volta nel sistema francese, il rango di principio costituzionale proprio nella decisione con la quale il *Conseil constitutionnel* ha respinto diverse eccezioni proposte contro le leggi riguardanti il corpo, i trapianti e le tecnologie della riproduzione<sup>11</sup>.

5. Per muoversi in questa direzione, è utile tornare più analiticamente sui problemi posti dal corpo della donna, in particolare su quelli legati alla maternità surrogata. La comparazione tra i diversi sistemi giuridici mette in evidenza una gamma di soluzioni profondamente diverse tra loro. Se si considera il contratto stipulato tra la coppia committente (ma potrebbe anche trattarsi di una singola persona) e la donna che accetta di portare avanti la gravidanza, le soluzioni concretamente adottate sono le seguenti:

a) il contratto è valido, e i committenti possono in ogni caso richiederne l'esecuzione, ottenendo la consegna del nato anche quando la donna che lo ha partorito rifiuta di consegnarlo;

b) il contratto è valido, ma la madre surrogata ha un diritto di ripensamento, che le consente di tenere presso di sé il nato, ovviamente con la restituzione delle somme ricevute;

c) il contratto è valido solo nei casi in cui non vi sia alcuna controprestazione a favore della madre surrogata;

d) il contratto è nullo.

Si possono così individuare tre modelli:

---

11 *Conseil constitutionnel*, Decisione n. 94-343-344 del 27 luglio 1994, in «Journal officiel de la République française», 1994, pp. 11204-11206.

I) il corpo è parificato a qualsiasi altro bene, può costituire l'oggetto di un contratto con contenuto patrimoniale e a prestazioni corrispettive, e il potere di disposizione della donna non può essere limitato per ragioni morali (l'eventuale riconoscimento di un diritto di ripensamento non altera la sostanza di questo modello, riproducendo uno schema ormai diffuso per i contratti che abbiano come oggetto l'acquisto di beni o servizi in particolari situazioni, come l'acquisto per corrispondenza in base ad un catalogo, l'acquisto ad aste televisive, e così via);

II) il corpo può costituire l'oggetto di un contratto solo nei casi in cui non è prevista alcuna controprestazione (analogia con il contratto di donazione);

III) il corpo è considerato *extra commercium* nel senso pieno dell'espressione e non può, quindi, costituire l'oggetto di nessun tipo di contratto o convenzione.

Una valutazione più approfondita di questi modelli, tuttavia, richiede la considerazione di una prospettiva più ampia e risalente nel tempo. Se si adotta questo punto di vista, ci si avvede che quasi tutti i sistemi hanno sempre ammesso la commercializzazione di alcuni prodotti del corpo, in particolare i capelli, la placenta, il latte e il sangue. La giustificazione consisteva (consiste) nel fatto che si tratta di entità riproducibili e, soprattutto, che non comportano menomazioni dell'integrità fisica e lesioni della dignità della persona<sup>12</sup>. Proprio partendo da quest'ultima considerazione, tuttavia, si è progressivamente limitata la possibilità di disporre del proprio sangue, considerandosi la commercializzazione lesiva della dignità umana, visto che la possibilità di ottenere una contropartita economica fa sì che soltanto i soggetti più deboli siano spinti a stipulare contratti di vendita del sangue, determinando così una sostanziale violazione del principio di eguaglianza ed una svalutazione delle ragioni della solidarietà.

---

12 Nella relazione che accompagna il citato Progetto di Convenzione europea sulla bioetica si dice esplicitamente che il divieto di utilizzazioni commerciali del corpo non si estende ai capelli e alle unghie, «la cui vendita non lede la dignità umana».

Nessun ostacolo continua ad essere posto al commercio dei capelli e della placenta, mentre merita d'essere ricordato il tema del contratto di baliatico, anche se ormai è stato cancellato dal diffondersi delle tecniche di alimentazione artificiale dei neonati. Questo, infatti, ci appare come un contratto particolarmente significativo, poiché già pone molti tra i problemi che oggi si incontrano quando si discute della cessione onerosa di parti del corpo. Esso, infatti, contribuisce a definire una stratificazione sociale, poiché soltanto le donne di alcuni ceti (e con difficoltà economiche) erano indotte a stipularlo. In questo modo, vi era sicuramente un vantaggio per il bambino della coppia «committente», con un concreto conflitto e un possibile pregiudizio per il figlio della nutrice. Si tratta, inoltre, di un contratto reso possibile da una particolare maniera di disporre di un potere tipicamente femminile, quello di procreare, che coinvolge il corpo nella sua integralità, e non soltanto un suo prodotto (il latte). Si possono così scorgere in questo antico contratto alcune delle questioni che, sul piano dei principi, si ritrovano in molte delle discussioni attuali sulla legittimità di un mercato degli organi e sui limiti della libera utilizzazione del proprio corpo da parte delle donne.

Proprio considerando la specificità del potere di procreare<sup>13</sup>, si è cercato di affermare la liceità del contratto di maternità di sostituzione in una prospettiva che vuole andare oltre le consuete argomentazioni di carattere generale, nelle quali si riflette o un'analisi strettamente limitata ai profili economici o l'affermazione di una generica pienezza del potere di disposizione per tutto quel che riguarda il corpo. L'irriducibilità della sfera femminile a questi criteri deriverebbe proprio dal fatto che il contratto di maternità di sostituzione, essendo legato al potere di procreare, può essere stipulato solo da una donna. Il riconoscimento di un diritto incompressibile a disporre del proprio corpo, di conseguenza, assume il significato di una espansione del potere femminile, al di là della specifica vicenda della maternità di sostituzione, che viene così collocata in una dimensione nella quale sia i rischi della commercializzazione, sia quelli legati alla lesione della dignità della donna dovrebbero essere cancellati da questa superiore affermazione di potere.

---

13 C. Shalev, *Nascere per contratto*, trad. it. di G. Ajanie A. Maffiodo, Milano, 1992: vale la pena di ricordare che il titolo originale del libro è *Birth Power*, appunto «potere di procreare».

D'altra parte, in una prospettiva meno ideologica, la liceità della maternità di sostituzione è stata riconosciuta a condizione che essa non comporti alcuna contropartita. Una volta scongiurato il pericolo della commercializzazione, si ripropone la prospettiva del dono che, in questo caso, si manifesta più precisamente come «solidarietà» tra donne, in una dimensione procreativa che conserva la sua piena specificità femminile e che trasferisce il corpo dalla logica egoistica a quella altruistica. Questa è la logica adottata dalla legislazione inglese, che ha imposto il divieto solo per quanto riguarda tutte le possibili forme di commercializzazione, dalla pubblicità, all'intermediazione, alla retribuzione della donna.

Una volta adottate soluzioni che, a diverso titolo, ammettono in tutto o in parte la maternità di sostituzione, si determinano situazioni che possono entrare in conflitto con il principio che determina l'attribuzione della maternità in base al parto (art. 269, co. 3, codice civile). Nel nostro sistema, come in altri, tale principio era fondato sulla considerazione che il parto era al tempo stesso la prova della discendenza biologica del nato da quella donna. Questa premessa non muta nei casi in cui la maternità di sostituzione comporta anche la «prestazione» da parte della donna del proprio materiale genetico, risolvendosi in un caso di fecondazione assistita. Quando, invece, il contratto considera l'impianto di un embrione costituito con il materiale genetico dei committenti (o, comunque, con ovociti non della donna destinata ad esserne portatrice), si spezza il nesso tra gravidanza e contributo genetico, e si pone il difficile problema di ponderare i due diversi contributi -quello della donna che ha portato a termine la gravidanza e quello della donna che ha messo a disposizione i propri gameti.

Problema, quest'ultimo, ineludibile anche nei sistemi in cui vige il divieto assoluto della maternità di sostituzione, poiché ben può presentarsi il caso di accordi in violazione della legge, contrattuali o non, in base ai quali si ha una nascita resa possibile appunto da contributi distinti alla creazione dell'embrione ed alla gestazione. L'eventuale dichiarazione di nullità del contratto, infatti, non risolve la diversa questione dell'attribuzione della maternità. E non sembra accettabile una soluzione a favore della gestante in una prospettiva puramente sanzionatoria, che potrebbe essere in conflitto con l'interesse del nato.

Peraltro, una volta data la prevalenza al dato puramente biologico,

non sarebbe possibile considerare «madre» la donna che, per ragioni di sterilità o di età, abbia avuto bisogno della donazione di gameti per la creazione dell'embrione poi impiantato nel suo utero. In quest'ultimo caso, ormai comune, la soluzione a favore della donna che partorisce viene fondata sul doppio elemento della gravidanza e della volontà di considerare quel figlio come proprio, in base allo stesso principio che regola la paternità nei casi di fecondazione con seme di un donatore. La maternità e la paternità «sociali» prevalgono così su quelle puramente «biologiche», secondo una logica già presente nelle norme in materia di adozione. Queste, infatti, stabiliscono che «con l'adozione cessano i rapporti dell'adottato verso la famiglia d'origine, salvi i divieti matrimoniali»<sup>14</sup>.

6. Una integrale risoluzione del corpo nella dimensione del mercato si ritrova nelle ipotesi formulate dagli studiosi che variamente si servono dell'analisi economica del diritto (*economic analysis of law*). Il punto di partenza è qui rappresentato dalla questione dell'efficienza, e dunque dalle tecniche più appropriate per il reperimento e l'allocazione di risorse scarse, degli organi in particolare. In via di principio, si afferma che solo così si rispetta anche la libertà di scelta individuale, non comprimibile in base a valori nei quali altro non si esprimerebbe se non il paternalismo del legislatore o una prevaricazione di alcuni ceti su altri. E, quando non si sceglie la via del riconoscimento incondizionato del diritto individuale alla piena disponibilità del proprio corpo, si delineano complessi sistemi di incentivazione, che comunque riconducono al calcolo economico la questione dei casi e dei modi in cui il corpo, le sue parti e i suoi prodotti possono costituire l'oggetto di transazioni commerciali.

L'argomento del paternalismo è stato largamente adoperato per

---

14 Art. 27, co. 2, legge 4 maggio 1983, n. 184. E l'art. 28 stabilisce che «qualunque attestazione di stato civile riferita all'adottato deve essere rilasciata con la sola indicazione del nuovo cognome e con l'esclusione di qualsiasi riferimento alla paternità e alla maternità del minore (...). L'ufficiale di stato civile e l'ufficiale di anagrafe debbono rifiutarsi di fornire informazioni, certificazioni, estratti o copie dai quali possa risultare il rapporto di adozione, salvo autorizzazione espressa dell'autorità giudiziaria».

negare la legittimità di qualsiasi intervento legislativo volto a condizionare la libertà di scelta individuale. E si è sottolineata la sostanziale ipocrisia dell'argomento «protettivo» delle situazioni dei soggetti più deboli: osservando, da una parte, che lavori come quello del minatore producono rischi assai maggiori della vendita di un rene; e aggiungendo, dall'altra, che il divieto del commercio degli organi si concreta in una imposizione di valori da parte dei ceti più favoriti.

Al di là delle formule, e delle singole argomentazioni, è così posta l'alternativa tra un sistema di diritti negoziabili e un sistema di diritti indisponibili. In questa prospettiva, la decisione del legislatore segna la frontiera tra le situazioni in cui i diritti individuali sono soltanto *titoli* da scambiare sul mercato e quelle in cui, invece, il riconoscimento di un diritto significa che un interesse deve essere realizzato indipendentemente dalla logica di mercato, perché corrisponde a valori ritenuti essenziali per la comunità. Il ricorso insistente all'argomento antipaternalistico, allora, diventa lo strumento per affermare che quella frontiera non può essere segnata<sup>15</sup>, che l'area del corpo non dev'essere oggetto di regole diverse da quelle che consentono la libera disponibilità di questo, come di ogni altro bene patrimonialmente rilevante. Inoltre, affermando che vi sono situazioni e attività lesive della dignità e della salute più dell'espianto di un organo in base a un contratto, si individua sicuramente un limite del sistema giuridico e sociale, ma si offre un sostegno assai fragile alla linea della libera disponibilità: l'obiettivo della regolamentazione giuridica, infatti, dovrebbe essere quello di ridurre i casi di dannosità esistenti, non di invocare questi per giustificare l'accettazione di nuovi casi. Quanto, poi, alla tesi secondo la quale, vietando il commercio degli organi, i ceti più forti impongono a quelli più deboli i loro valori, così tranquillizzando la loro coscienza, si può osservare che questa opinione è contraddetta dall'osservazione della realtà, nella quale è fortissima la pressione degli abbienti per acquistare organidai non abbienti.

Ma l'obiezione più consistente alla tesi liberista ed all'argomentazione economica che la sostiene, deriva dalla constatazione che essa trascura, da una parte, i costi sociali di questa impostazione e, dall'altra,

---

15 C. Sunstein, *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*, Cambridge, Mass., 1990, p. 3.

opera una distinzione troppo netta tra «produttori» e «consumatori» di organi. Si consideri, ad esempio, l'ipotesi prospettata da Henry Hansmann<sup>16</sup>, che suggerisce di adottare contratti con effetti *post mortem* in base ai quali una persona dovrebbe consentire all'espianto di uno o più organi in cambio di una riduzione dei premi assicurativi o delle tariffe di alcuni servizi (luce, gas, telefono), così consentendo alle compagnie interessate di commercializzare a suo tempo gli organi ceduti. Se si adottasse questo sistema, ne avrebbero vantaggio i poveri, che godrebbero di un maggior benessere economico; le compagnie, che potrebbero operare in un settore economicamente redditizio; e, infine, gli ammalati benestanti, che potrebbero curarsi adeguatamente.

Questa impostazione, però, finisce con il trascurare la posizione del malato povero, così cancellando il suo diritto alla salute e incrinando la plausibilità della stessa analisi economica. In sostanza, viene operata una riduzione arbitraria dell'area dei soggetti che pur dovrebbero esser presi in considerazione, dal momento che i poveri vengono considerati unicamente come «produttori» di organi, e non come «consumatori» di trapianti. Si avrebbe, quindi, una sorta di scambio tra benessere economico e diritto alla salute che, riguardando solo una classe sociale, si risolverebbe in una evidente violazione del principio di eguaglianza. Per evitare questa conseguenza, sarebbe necessario introdurre almeno alcune regole volte a fissare i prezzi degli organi o ad assicurare l'accesso ai trapianti da parte dei meno abbienti. Ma questo, evidentemente, implicherebbe l'intervento di un soggetto pubblico e l'esercizio di specifici poteri normativi, così smentendo l'autosufficienza del puro meccanismo di mercato.

Peraltro, si deve osservare che questi modelli di disciplina sono quasi esclusivamente elaborati nell'ambiente giuridico nord-americano. La ragione di ciò non dev'essere ricercata soltanto nell'esistenza di un ambiente culturale più attento di altri ai criteri di carattere economico, ma in una caratteristica di quel sistema giuridico, che consente l'espianto degli organi soltanto con il consenso dell'interessato (o di altri soggetti

---

16 H. Hansmann, *Market for Human Organs, Paper prepared for the International Workshop on «Legal Regulation of Bioethics»*, Siena, 9-11 giugno 1994.

specificamente indicati, come il coniuge o taluni familiari). Questo tipo di disciplina può rivelarsi un ostacolo ad una disponibilità di organi adeguata alle esigenze di trapianti: da qui nascono ipotesi come quelle ricordate, che non sono necessarie (o lo sono molto meno) nei sistemi che disciplinano l'espianto in base al principio del consenso presunto.

7. È possibile, a questo punto, un tentativo di sintesi riguardante alcuni aspetti dello statuto giuridico del corpo e delle sue parti, e del potere individuale di disporne.

Adottando le classificazioni tradizionali, può dirsi che, nella maggior parte dei sistemi giuridici, il corpo e le sue parti sono considerati *res extra commercium*. Si fa eccezione per alcuni prodotti rinnovabili, come i capelli. L'incomerciabilità, d'altra parte, non significa necessariamente indisponibilità: si può disporre del proprio corpo con effetti *post mortem* o, in vita, di alcune parti o prodotti (rene, pelle, sangue, gameti, ecc.).

In altre situazioni, e sempre ricorrendo agli schemi tradizionali, sembra opportuno parlare di *res derelictae* più che di *res nullius*. Questa sembra la conclusione più appropriata per il caso Moore<sup>17</sup> e, più in generale, per tutti i casi in cui il consenso al trattamento medico implica la possibilità che parti o prodotti del corpo divengano utilizzabili per la ricerca: infatti, il consenso unito alla esclusione della proprietà sulle parti separate ha come conseguenza un «abbandono» di quelle parti. Analoga è la situazione che si determina per i gameti donati senza l'indicazione di uno specifico destinatario e per gli embrioni sovranumerari, quando non sia esplicitamente previsto il consenso della coppia interessata per la sperimentazione, la distruzione o l'impianto a beneficio di una donna diversa (la legge francese 94-654 del 29 luglio 1994 prevede, all'art. L. 152-3, che la coppia dalla quale proviene la «demande parentale» sia interpellata annualmente sull'intenzione di mantener ferma tale «demande» relativamente agli embrioni ancora conservati).

Per quanto riguarda il riconoscimento del potere di disporre, si può

---

17 Cfr., ad esempio, C.A. Erin, *Who Owns Mo?*, in *Ethics and Biology*, a cura di A. Dyson, J. Harris, London-New York, 1994, p. 165.

rilevare, da un parte, come esso ordinariamente dipenda dalla gratuità dell'atto; e, dall'altra, come dia origine sia a forme di circolazione *libera* di parti o prodotti del corpo, sia a forme di circolazione *controllata*. Il controllo può riguardare i destinatari dell'atto: questo avviene nel caso della donazione del rene consentita solo a vantaggio di congiunti<sup>18</sup> o quando è vietata l'indicazione della persona beneficiaria del dono o quando la separazione è ammessa solo nella prospettiva della reintegrazione funzionale del corpo della stessa persona che ha disposto di una sua parte o prodotto (le leggi austriaca, svedese e tedesca, ad esempio, stabiliscono che il prelievo dell'ovocita è ammesso solo a vantaggio della donna dalla quale proviene). Ma il controllo può riguardare anche la legittimazione a disporre dei propri gameti che, ad esempio, la citata legge francese 94-654, attribuisce soltanto ai membri di una coppia che abbia già procreato (art. L. 673-2).

Il controllo, inoltre, può risolversi in una regola di anonimato, ordinariamente bilaterale, nel senso che il donatore (di gameti, di organi, di tessuti, di sangue) non può conoscere il ricevente, e viceversa. Il diritto si presenta così come uno strumento che serve a neutralizzare gli effetti interpersonali delle tecnologie: in questo modo, però, viene meno uno degli elementi tipici del dono -la volontà di beneficiare un soggetto determinato- e ci si avvicina piuttosto all'astrattezza delle relazioni di mercato.

D'altra parte, la previsione di rimborsi spese (ad esempio, per i donatori di sperma) o di incentivi per la «donazione» degli organi danno vita ad una sorta di mercato atipico, che non risponde alla stretta regola

---

18 Molto restrittiva, in questo senso, è la disposizione contenuta nell'art. L. 671-3 della legge francese n. 94-654: «Il prelievo di organi da una persona vivente, che ne fa dono, può essere effettuato solo nel diretto interesse terapeutico del ricevente. Il ricevente dev'essere padre o madre, figlio o figlia, fratello o sorella del donatore, salvo il caso del prelievo di midollo osseo a fini di trapianto. In caso d'urgenza, il donatore può essere il coniuge». Più aperta la disciplina della legge italiana 26 giugno 1967, n. 458: i soggetti che possono disporre del rene a fini di trapianto sono in primo luogo consanguinei del paziente (genitori, figli, fratelli germani e non) e, solo in loro mancanza o indisponibilità, anche altri parenti e donatori estranei.

della commercializzazione, ma apre comunque la via a forme di scambio, giustificate con il bisogno di creare le condizioni istituzionali necessarie al progressivo rafforzamento di una solidarietà tra soggetti che non può essere affidata soltanto alla spontaneità individuale. È significativo il fatto che si parli di «rewarding donors», di donatori «remunerati» o che comunque ricevono un corrispettivo: questa formula, che può anche esser giudicata contraddittoria, in questo caso mette in evidenza come il corpo debba ormai essere considerato come punto di riferimento o come base di relazioni interpersonali diverse da quelle affidate alla sola logica del mercato.

8. La tendenza ad attrarre il corpo nell'area dei valori economici si estende a sue rappresentazioni (ad esempio, le informazioni genetiche) o a sue componenti anche non separate (sequenze del genoma umano). Si è già ricordato che il valore delle informazioni è legato alla possibilità di farle divenire elementi del calcolo economico: un'impresa può decidere di non assumere le persone che, avendo determinate predisposizioni genetiche, possono determinare costi superiori a quelli del restante personale per maggiori assenze o malattie professionali; una compagnia di assicurazioni può servirsi delle informazioni genetiche per richiedere premi più elevati a determinate categorie di soggetti.

La libertà contrattuale, in questi casi, trova evidenti limiti nella necessità di tutelare la *privacy* e di evitare discriminazioni. Sono stati documentati, infatti, molti casi in cui alcuni soggetti sono stati discriminati sulla base di informazione genetiche. Il rischio concreto è quello di approdare ad una società «castale», nella quale emergono le categorie dei «non assumibili» e dei «non assicurabili» a causa delle loro caratteristiche genetiche. Si avvierebbe così un processo di esclusione, che metterebbe in pericolo la stessa natura democratica di una organizzazione sociale.

Questi processi di esclusione sono ancor più evidenti nei casi in cui ad alcune categorie di soggetti viene negato l'accesso o l'accesso gratuito, a determinati trattamenti medici. È quel che accade talvolta agli anziani, per i quali già in taluni sistemi è prevista, ad esempio, l'esclusione dagli interventi di trapianto. Questa decisione è motivata con l'argomento delle scelte «tragiche» da effettuare tutte le volte che ci si trova di fronte al problema della distribuzione di risorse scarse (mezzi

finanziari, strutture di intervento o di assistenza). Emerge così una visione puramente mercantile del corpo che, una volta uscito dal mercato e presentando più ridotte aspettative di vita, non avrebbe più diritti.

Di nuovo si pone un problema di eguaglianza tra i cittadini e di garanzia del diritto alla salute, come diritto fondamentale della persona. Proprio queste ultime preoccupazioni hanno fatto sì che, mentre in alcuni paesi (Gran Bretagna, Svezia) venivano prese decisioni riduttive dei diritti degli anziani, la Germania abbia deciso di estendere l'assistenza domiciliare gratuita anche agli anziani colpiti dalla malattia di Alzheimer.

D'altra parte, la logica puramente mercantile produce contraddizioni negli stessi sistemi che privilegiano l'elemento produttivistico legato all'età. Infatti, mentre si escludono gli anziani meno abbienti da una piena tutela del diritto alla salute, gli anziani abbienti dispongono di mezzi che consentono loro di poter accedere proprio a trattamenti particolari (come i trapianti), che i giovani meno provvisti di mezzi non possono ottenere, pur vantando una maggiore speranza di vita, e quindi di attività produttiva.

Per quanto riguarda la brevettabilità delle sequenze del genoma umano, si sono già ricordate le norme e le proposte che la vietano, senza tuttavia escludere la possibilità della brevettazione nei casi in cui l'oggetto non sia la sequenza «in quanto tale». Con quest'ultima formulazione, si è voluta rendere esplicita la possibilità dell'appropriazione nei casi in cui la ricerca abbia prodotto un oggetto «nuovo», o comunque un forte valore aggiunto. Le obiezioni alla brevettabilità<sup>19</sup> sono sostanzialmente fondate sulla ostilità a considerare «la vita» come oggetto di proprietà: ad esempio, vale la pena di ricordare tra le molte norme in materia, per la sua nettezza, l'*Australian Patent Act*, sec. 18 (2), dove si stabilisce che «gli esseri umani, e i processi biologici che conducono alla loro generazione, non possono costituire oggetto di brevetto». Inoltre, il patrimonio genetico dovrebbe essere considerato come «patrimonio comune dell'umanità», quindi non suscettibile di qualsiasi forma di appropriazione individuale.

---

19 Cfr. da ultimo R. Moufang, *Patenting of Human Genes, Cells and Parts of the Body? - The Ethical Dimension of Patent Law*, in «International Review of Industrial and Patent Law», 1994.

9. Queste considerazioni mostrano che il corpo si presenta come *un oggetto giuridico nuovo*. L'impossibilità evidente di ricorrere alle categorie giuridiche tradizionali, fondate sull'esistenza di processi naturali non modificabili, impone la revisione di tali categorie, ma non esclude la necessità di individuare i principi di riferimento sia della legislazione, sia della ricostruzione scientifica, che siano pure in grado di restituire al corpo l'unità perduta per effetto della scomposizione in parti e funzioni alla quale irresistibilmente conducono le innovazioni scientifiche e tecnologiche.

La questione essenziale rimane quella che riguarda la possibilità di ridurre il corpo ad un oggetto tra gli altri, e dunque di collocarlo interamente, o quasi, nell'area delle relazioni di mercato. Le resistenze a questa prospettiva non derivano soltanto da considerazioni d'ordine etico, ma pure dalla necessità di tener conto di principi fondamentali, come quelli che riguardano l'eguaglianza e la dignità, e di diritti come quello alla salute, che sono ormai parte integrante di dichiarazioni e convenzioni internazionali, di costituzioni e leggi nazionali.

Ma le difficoltà del giurista e del legislatore non derivano soltanto da un obbligo di aggiornamento delle categorie imposto da una rivoluzione scientifica. I problemi maggiori nascono dal fatto che viviamo in un tempo nel quale la ricerca di punti comuni di riferimento appare particolarmente faticosa per la mancanza di valori condivisi e per il carattere marcatamente pluralistico ormai assunto dalle nostre organizzazioni sociali.

Il rischio è quello di pensare al diritto come ad una scorciatoia, o come ad un mezzo autoritario per imporre valori che la dinamica collettiva fatica ad individuare. Ed è pericolosa la pretesa di regolare tutto, e una volta per sempre, così com'è pericoloso il tentativo di far sopravvivere ad ogni costo categorie giuridiche superate.

Abbiamo bisogno di una legislazione *sobria*, che risponda ai problemi reali, e non alle paure, ai fantasmi, ai pregiudizi; di una legislazione *leggera*, che consenta la prosecuzione del confronto tra posizioni diverse; di una legislazione *elastica*, che indichi principi capaci di adattarsi al continuo cambiamento scientifico e tecnologico. Questa non è una resa del diritto alla biologia, alla genetica, o ad altro. È, al

contrario, la riscoperta di una dimensione giuridica capace di fare i conti con una realtà tanto cambiata, evitando così tanto la tentazione autoritaria, quanto la marginalizzazione.

# ESTRATEGIAS DE DERECHO PRIVADO PARA CONSERVAR LA NATURALEZA Y LUCHAR CONTRA LA CONTAMINACION AMBIENTAL

Fernando de Trazegnies Granda

## I. Introducción al tema de la contaminación.

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 correr a cargo de biólogos, agrónomos y de 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 escribitos para redactar un proyecto de ley cuyo contenido era determinado por los "técnicos". Pero el Derecho no es un estido 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 sub producto un deterioro de las condiciones ambientales de vida. Y si este deterioro no es controlado, se producirá - 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 vía 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 e irresponsabilidad.

Para hacernos una idea de este real peligro para nuestro país, comparemos imaginativamente la vida en el Perú en el Siglo XIX y la vida

en el Perú en los últimos 50 años. En el siglo pasado, no existían vehículos a motor que arrojasen 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 amenazado 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 pocas 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 mysophobia, 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 derecho 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 sería de la generación siguiente, sino de nosotros mismos en una etapa posterior de nuestras vidas: lenta 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 contaminación**

### **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 en 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 el 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 contaminara 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 causa 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 agregar 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 terminos 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 con tiene el desecho no permite la regeneración del oxígeno del agua; de esta forma, la vida marina desaparece. Como cosecuencia de ello, las aves se ven obligadas a emigrar ante la falta de alimento, y el mar se convierte rápidamente en una poza inmundas de desperdicios malolientes, que puede dar lugar a todo tipo de epidemias.

Vemos en este caso, entonces, 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. 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 a 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 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 subrepticamente 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 consiera 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 a 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 breveté, porque el Derecho quiere evitar por todos los medios que alguien maneje a una velocidad mayor que la regla mentaría.

Pero no sucede lo mismo con otros daños: hay una serie de perjuicios que se causan entres 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 se 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 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 prohíbe 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 social mente autorizados”. Por ejemplo, si un comerciante hábil realiza una serie de maniobras lícitas para llevar a la quiebra a su competidor (le baja los precios hasta que el otro no puede vender tan barato o eleva la calidad de su producto hasta que el otro salga del 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 socie-

dad 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 una 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 los 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: estamos ante un accidente 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 identificables 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 contamina-

ción 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 sobrepasa 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 reparen 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 jurídica contra el daño por contaminación.**

¿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 los “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 solameante en manos del Estado puede no ser lo más eficiente, 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 de una ley, quizá hasta 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 movilizadada, 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 han 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 *¿Qis 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 dispensero; 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 vez a un relajamiento de la función de control administrativo de la contaminación en general, por que 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 imponer les cargas que el propio Estado no está dispuesto a aceptar.

## **2. La acción de los particulares.**

Afortunadamente, el Derecho ofrece otros remedios 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 sustantivo 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<sup>1</sup> o los daños derivados de la falta de mantenimiento de los servicios públicos<sup>2</sup>. No veo inconveniente alguno para que el mismo principio de responsabilidad del Estado se extienda a los daños ambientales.

Sin embargo, aun 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 movilizándolo 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.

---

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, tomo II, pág. 235.

2 Ibidem. p. 237.

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 equilibrado. 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 dere-

cho 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<sup>3</sup>. Paralelamente, la Constitución dispone que el derecho de propiedad debe ejercerse en armonía con el bien común<sup>4</sup>; y el Código del Medio Ambiente precisa que ese ejercicio “comprende el deber del titular de actuar en armonía con el medio ambiente”<sup>5</sup>.

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.

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 analógicas que exceden de la tolerancia que mutuamente se deben los vecinos<sup>6</sup>- 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.<sup>7</sup>

---

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.

6 Artículo 961 del Código Civil de 1984.

7 Artículo 924 del mismo Código.

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 supera 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 la empresa<sup>8</sup>.

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 análogos

---

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 di Comparati*. Universit degli Studi di Genova Facolt di Giurisprudenza, Genova. El texto incluye trabajos de Guido Alpa y de Alessandro Somma, así com la legislación italiana y alemana.

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 preocupación 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 otros 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 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 tiene 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 que es 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 ante el Poder Judicial.

En el Perú, la utilización de la responsabilidad extracontractual como defensa ambiental tuvo antecedentes bastantes tempranos. En 1936, doña Elvira Santa María del 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 fundición y la emisión de los humos constituían un acto deliberado y constante de la 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<sup>9</sup>.

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

---

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, n° 586 y 594, pp. 336-337 y 348-30V. etiam OLAECHEA, Manuel P. (ed). Estudio Olaechea 1878-1978 Lima, 1978, pp 207-214.

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 medio ambiente.

Es verdad que el uso de la responsabilidad extracontractual con estos fines se encuentra con algunos problemas teóricos, tanto sustantivos 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 encontrar un camino jurídico para encauzarla. Primero la doctrina y la jurisprudencia y más tarde la ley, tendrán que abrir paso tanto a las demandas 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, había 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 con creta y pintoresca de causar el daño, sino el principio de responsabilidad difusa que ahora vuelve a cobrar interés en el caso del medio ambiente; sin mencionar las nuevas *effusiones y deiecciones* industriales del mundo moderno que resultan equivalentes, pues las actuales fábricas 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 desarticulación 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 otorgan permisos y licencias sin observar las exigencias del caso de las leyes y reglamentos sobre el medio ambiente.

#### **IV. La práctica democrática 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 a 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 es-

tán 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 que nadie enfrenta.

De otro lado, nos guste o no nos guste, la democracia tiene fatalmente una naturaleza agitada.

## SOBRE LOS AUTORES

### 1. Miguel Rodríguez Piñero

Doctor en Derecho con Premio Extraordinario en 1959. Amplió estudios en Heidelberg, Munich y Roma. Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Murcia y Sevilla, donde fue Vicedecano de Económicas y Decano de Derecho. Académico de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo. Miembro de la Asociación Española de Arbitros Laborales y Presidente del Tribunal Constitucional de España.

### 2. Carlos Cárdenas Quirós

Abogado graduado con mención sobresaliente en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, tiene a su cargo el curso de Derecho de Obligaciones. Ha realizado numerosas publicaciones en revistas jurídicas. Actualmente ocupa el cargo de Superintendente del Organismo Nacional de Registros Públicos.

### 3. Massimo Franzoni

Profesor Ordinario de Derecho Privado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Bologna - Italia. Ha publicado numerosos artículos en revistas entre los que destacan: "El Libro de la obligación y del contrato" (1993), "Resarcimiento por lesiones de intereses legítimos" (1993) y el "Daño Moral" (1990).

### 4. Stewart Macaulay

Malcolm Pittman Sharp Hilldale Professor (1984) y Theodore W. Brazeau Professor de Derecho desde julio de 1993. Entre sus principales obras tenemos: "Negocios y Relaciones No Contractuales" (1963); "Los Contratos Standars de las Empresas de Automóviles en Estados Unidos" (1974); "Abogados y Leyes de Protección al

Consumidor” (1979); “Gobierno Privado” (1986); “¿Qué sabemos y qué necesitamos saber? (1993) y “El futuro de los abogados americanos” (1993).

**5. Manuel de la Puente y Lavalle**

Abogado graduado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú en 1976. Ex Vicepresidente de la Comisión Nacional de Empresas y Valores. Catedrático principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente es Presidente del Jurado de Honor de la Magistratura. Entre sus principales obras tenemos: “Las lagunas del Derecho y la interpretación” (1945); “Estudios sobre el contrato privado” (1983) y “El contrato en general”.

**6. Juan José Casiello**

Abogado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina en 1950. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Litoral Argentina en 1976. Profesor Titular de Derecho Civil Patrimonial en la carrera de post-grado de “Derecho Concursal” y Profesor Ordinario de Derecho Civil II (Obligaciones) en la Facultad de Derecho de Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina

Entre sus obras publicadas tenemos: “Sobre la Teoría de la Imprevisión” (1992) y “Desvalorización monetaria” (1961). Asimismo ha publicado numerosos artículos en la Revista Jurídica “La Ley”.

**7. Kathryn Hendley**

Realizó sus estudios en la Universidad de Indiana, graduándose en 1979. Doctorado en la Universidad de California (Colegio de Derecho de Los Angeles). Post Doctorado en la Universidad de California At Berkeley en 1993. Especialista en Estudios Soviéticos y Rusos de manera especial lo concerniente al rol del contrato en la economía rusa. Post-Doctorado Asociado en el Centro de Seguridad Internacional y Control de Armas de la Universidad de Stanford. Entre sus principales obras tenemos: “Economía Soviética

ca”; “Estudios Soviéticos” y “Revisión del Derecho de Europa Central y del Este” (1992).

**8. Jorge Avendaño Valdez**

Abogado graduado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Es profesor principal del Departamento de Derecho y ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú en dos oportunidades. Ha escrito numerosos libros y artículos, entre los que destacan: “Derechos Reales. Materiales de Enseñanza.” y “Garantías. Materiales de Enseñanza”.

**9. Eduardo Benavides Torres**

Abogado graduado con mención sobresaliente en la Pontificia Universidad Católica del Perú en 1987. Ha realizado numerosos cursos de perfeccionamiento, entre ellos: Cursos Superiores de Administración y Recursos Humanos en ESAN y Curso de Economía y Derecho en la Universidad de Heidelberg-Alemania. Entre sus obras tenemos: “La excesiva onerosidad de la prestación”, y diversos artículos sobre temas jurídicos, económicos y de actualidad.

**10. Ernesto Wayar**

Abogado doctorado en Derecho y Ciencias Sociales. Procurador de la República de Colombia. Se le han otorgado numerosos premios y distinciones, entre las que destacan: “Medalla de Oro Alfredo Coviello”; “Medalla de Oro Facultad y Diploma”; “Diploma de los alumnos de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta”, entre otros. Actualmente es profesor extraordinario de Derecho Civil en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta así como Profesor Asociado Regular de Derecho Civil II (Obligaciones) en la Universidad Nacional de Jujuy. Entre sus publicaciones tenemos: “Tratado de la Mora” (1981); “Compraventa y Permuta” (1984); “Derecho Civil-Obligaciones” (1990) y “Contratos” (1993).

**11. Luis Guillermo Velásquez Jaramillo**

Abogado en la Universidad de Medellín en 1971. Miembro del Colegio de Abogados de Medellín. Profesor de Derecho Civil, Derecho Romano y Derecho Constitucional Colombiano en la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín desde 1976. Autor de la obra “Bienes”, consagrada en varias Facultades de Derecho como texto de estudio. Ex-asesor jurídico externo de Bienes y Minería de las Empresas Públicas de Medellín (1990-1991) y del Instituto para el Desarrollo de Antioquía-IDEA.

**12. Carlos Peña**

Asesor del Ministerio de Justicia en la Reforma del Sistema de Administración de Justicia. Miembro del Consejo Académico de la Escuela Internacional de Temporada de la Universidad de Chile. Director de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales “Cuadernos de Análisis Jurídico”. Profesor Titular de Derecho Civil, Introducción al Derecho (1987-1990), y de Filosofía del Derecho (1989-1990). Tiene en su haber numerosas publicaciones y artículos.

**13. Alfredo Bullard Gónzales**

Abogado graduado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Master en la Universidad de Yale (Estados Unidos). En la actualidad se desempeña como Profesor en el área de Derecho Civil y Análisis Económico del Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima. Es Asesor Legal del Instituto Nacional de Defensa de la competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual y fue miembro de la Comisión de Protección al Consumidor del mismo instituto. Autor de la “Relación Jurídico Patrimonial” co-autor del libro “Derecho Civil Peruano: Perspectivas y Problemas Actuales” y autor “Estudios de Análisis Económico del Derecho” (En Prensa) Ha publicado artículos en diversas revistas del país y del extranjero.

**14. Gastón Fernández Cruz**

Abogado graduado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Uni-

versidad Católica del Perú. Post-Grado en la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en el área de Magister en Derecho, con mención en Derecho Civil. Asimismo ha realizado estudios en investigación superior en la Università degli Studi di Bologna, Italia. Es profesor ordinario de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad de Lima, en los cursos de Responsabilidad Civil y Derecho de Obligaciones. Ha publicado numerosos artículos entre los que destacan: “La buena fe en la concurrencia sobre bienes inmuebles”; “La naturaleza jurídica de los intereses”; “Responsabilidad Civil y Derecho de Daños”; “La Obligación: apuntes para una dogmática jurídica del concepto”.

#### **15. Stefano Rodotà**

Profesor de Derecho Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Roma “La Sapienza”. Ha realizado numerosos seminarios en diversas universidades entre las que destacan la Universidad de Oxford, Frankfurt, Barcelona, entre otras. Es miembro consultivo del Grupo de Bioética de la Unión Europea con sede en Bruselas. Miembro del Parlamento Italiano entre los años 1979-1994, del Parlamento Europeo en 1989, y de la Asamblea del Concilio de Europa entre 1983-1994. Entre sus obras más destacadas tenemos: “El problema de la Responsabilidad Civil” (1964); “El terrible Derecho. Estudios sobre la Propiedad Privada” (1981); traducida al español por el Dr. Luis Díez Picazo en 1986, y “Las fuentes de integración del contrato” (1969).

#### **16. Felipe Osterling Parodi**

Abogado graduado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, opta el grado de Doctor en la misma universidad. Ha seguido estudios de post-grado en la Universidad de Michigan y de Nueva York. Es profesor de la Universidad Católica. Ha sido profesor visitante en las Universidades de Notre Dame, Harvard, George Town, Columbia y Nueva York, en Estados Unidos. Fue Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es miembro de la Asociación Peruana de Derecho Internacional y del Centro Peruano de Estudios In-

ternacionales. Fue Senador de la República y Presidente del Senado. Ha publicado numerosos libros y artículos.

**17. Fernando de Trazegnies Granda**

Abogado graduado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctorado en Derecho por la Universidad La Sorbona de París. Profesor visitante en la Escuela de Derecho de Harvard (Estados Unidos de Norteamérica). Es profesor principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Tiene en su haber numerosas condecoraciones entre las que destacan: “El Premio Jurídico Miguel de la Fuente Bustamante” y “La Orden de la Corona” (otorgado en Bélgica). Desempeñó el decanato de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Entre sus principales obras tenemos: “La Responsabilidad Extracontractual” y “En el país de las Colinas de Arena”.

**DERECHO CIVIL PATRIMONIAL**  
se terminó de imprimir en el mes de octubre  
de 1997 en los talleres gráficos de  
Editorial e Imprenta DESA S.A. (R.I. 16521),  
General Varela 1577, Lima 5, Perú.

## PUBLICACIONES RECIENTES

MARIO CASTILLO FREYRE

*Todos los poderes del presidente.* Bib. Der. Pol. Vol. IV 1997, 612 pp.

JUAN CARLOS CORTAZAR

*Secularización, cambio y continuidad en el catolicismo peruano.* 1997. 125 pp.

ALICIA DEL AGUILA

*Callejones y mansiones.* 1997. 250 pp.

ALAN FAIRLIE

*Las relaciones Grupo Andino-Mercosur.* 1997. 166 pp.

TEODORO HARMSSEN y PAOLA MAYORCA

*Diseño de estructuras de concreto armado.* 1997. 608 pp.

OTTO LEIDINGER

*Procesos industriales.* 1997. 286 pp.

ANA MARIA LORANDI

*De quimeras, rebeliones y utopías.* 1997. 358 pp.

ROGELIO LLERENA

*Código de ética judicial.* 1997. 108 pp.

NELSON MANRIQUE

*La sociedad virtual y otros ensayos.* 1997. 282 p.

JORGE MARCONE

*La oralidad escrita.* 1997. 294 p.

JUANA PINZAS

*Metacognición y lectura.* 1997. 138 pp.

CARLOS RAMOS NUÑEZ

*El código napoleónico.* 1997. 408 p.

ROGER RODRIGUEZ ITURRI

*El derecho a amar y el derecho a morir.* 1997. 356 p.

CECILIA THORNE (editora)

*Piaget entre nosotros.* 1997. 274 pp.

**DE PROXIMA APARICION**

FERNANDO ARMAS ASIN  
*Tolerancia religiosa y  
modernidad en el siglo XIX*

RICHARD BURGER  
*La ocupación prehistórica  
de Chavín de Huántar*

GISELLA CANEPA KOCH  
*Máscaras, transformación  
e identidad en los Andes*

OLGA LOCK DE UGAZ  
*Colorantes naturales*

PAUL RIZO PATRON  
*Familia, matrimonio y dote  
en la nobleza de Lima*

TOMAS SOBREVILLA  
*El Proceso Concursal  
Peruano*

ANA VELAZCO LOZADA

RICARDO LEON  
*Índice analítico del Código  
Civil y Ley de Arbitraje*

**FONDO EDITORIAL**

Av. Universitaria, cuadra 18,  
San Miguel.  
Apartado 1761. Lima, Perú  
Tlfs. 460-0872 • 460-2291  
460-2870 Anexos 220 y 356