

Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur



REVISTA DEL FORO

Año MMXV

Números 2 y 3

Octubre 2015
Villa María del Triunfo. Lima - Perú

REVISTA DEL FORO

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA SUR

© MOTIVENSA SRL

Editor:

MOTIVENSA SRL

Calle Pablo Bermúdez 214 Of. 604 Jesús María Lima Perú

Teléfonos : 4237644, 7131090

E-mail : ventas@motivensa.com

Web : www.motivensa.com

Diseño Gráfico y Diagramación:

Mario Domínguez Olaya

Impresor:

Karter Graf SRL

Jr. Pastaza 1436 Breña - Lima

Telf. 426-1727

1ra. Edición año 2015

N° de Ejemplares : 1000 ejemplares

**Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú** : 2015-14567

- *Prohibida la reproducción total ó parcial de este libro por cualquier medio, sin el permiso expreso de la Editorial.*
 - *La editorial no se solidariza necesariamente con las opiniones y/o traducciones que se publican en la presente obra.*
-

Impreso en Perú

Derechos reservados, Decreto Legislativo N° 822

© **Derechos Reservados conforme a Ley**



Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur

JUNTA DIRECTIVA PARA EL BIENIO 2014-2015

JESÚS ANTONIO RIVERA ORÉ
Decano

ROBERTO VLADIMIR ROMO ASTETE
Vice Decano

JUAN CARLOS CENTURIÓN PORTALES
Secretario General

MARÍA ANTONIETA SÁNCHEZ GARCÍA
Directora de Economía

VICENTE PAUL ESPINOZA SANTILLÁN
Director de Comisiones y Consultas

FELIPE VILLACORTA USCA
Director de Defensa Gremial

DIONER MOISES ARÉVALO VILLACORTA
Director Académico y de Promoción Cultural

ÓSCAR MARTÍN ZÚÑIGA CANO
Director de Ética Profesional

JOSÉ DAVID REYES LÓPEZ
Director de Comunicaciones e Informática Jurídica

FERNANDO MARCA FERNÁNDEZ
Director de Derechos Humanos

ERASMO REYNA ALCÁNTARA
Director de Extensión Social y Participación

YDA ROSA CABRERA CUETO
Directora de Biblioteca y Centro de Documentación

ANA CECILIA ALEGRÍA TRUJILLO
Directora de Bienestar Social

PRESENTACIÓN

Señores miembros de la Orden:

Es especialmente grato presentar a la comunidad jurídica nacional el segundo y tercer número de la Revista del Foro, órgano de difusión del Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur.

Como es propio en una publicación, la preparación, la convocatoria de los magistrados, los juristas y los profesores universitarios, la edición y la entrega a la comunidad jurídica, ha tomado casi un año de cuidadosa preparación.

Mi despacho, con la aprobación de la Junta Directiva que me honro en presidir, convocó, esta vez, a juristas nacionales y extranjeros quienes no dudaron en prestar su valioso concurso al Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur.

Originalmente, la Revista del Foro, debió tener una periodicidad semestral, sin embargo por diferentes circunstancias, entre ellas, las financieras, conspiraron para que la edición, que hoy presento, se aplazara hasta la fecha.

Es por ello que, con la aprobación de la Junta Directiva, la Revista del Foro, desde ahora tendrá una periodicidad anual.

Señores miembros de la Orden, las materias que se desarrollan en la presente edición son de las más variadas e importantes no sólo para la ciencia del derecho, sino que tienen una aplicación práctica para la actividad profesional cotidiana.

Deseo expresar, en nombre de la Orden profesional, de la Junta Directiva y del mío propio un especial reconocimiento a los juristas y profesores extranjeros entre los que destacan Ricardo Lorenzetti, profesor argentino y Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Argentina; quien desarrolló el tema: **Reflexiones acerca de la responsabilidad civil en el siglo XXI**; Gustavo Ordoqui Castilla, eminente profesor uruguayo, quien ha desarrollado el tema: **Pérdida de la chance como daño resarcible ¿ilusión o realidad?**; Máximo Carvajal Contreras, eminente profesor mexicano, quien ha tratado el tema: **La historia, complemento cultural del derecho**.

En el ámbito de la colaboración nacional me es sumamente grato agradecer la colaboración de los académicos y profesores universitarios, Felipe Osterling Parodi (+)

y Mario Castillo Freyre, quienes desarrollan el tema de la **Funcionalidad de la cláusula penal**; al académico y profesor universitario Oswaldo Hundskopf Exebio, quien trata el tema de: **La vulnerabilidad del sistema registral denominado matrícula de acciones y de otros registros físicos alternativos**; al Juez Supremo Vicente Walde Jáuregui, quien ensaya el tema: **El capital social, reglas básicas y principios y las acciones en las sociedades anónimas**; al Juez Supremo y profesor universitario Javier Arévalo Vela, quien analiza los: **Medios alternativos para la solución de conflictos de trabajo en el Perú**.

Asimismo, me es sumamente grato agradecer la colaboración del congresista de la República y profesor universitario Martín Belaunde Moreyra, quien trata el tema del: **Transfuguismo**.

Lo propio debo hacer con el abogado en ejercicio y profesor universitario Yuri Vega Mere, quien se formula la pregunta **¿La era de los códigos o la era de los “restatements”?** **Reflexiones sobre la vigencia del “código” como modelo legislativo**; al abogado en ejercicio y profesor universitario José F. Palomino Manchego y Dante Paiva Goyburu, quienes abordan: **La representación política en la jurisprudencia del tribunal constitucional peruano**; finalmente al profesor universitario Juan Carlos Centurión Portales, quien repasa un tema de su especialidad: **El patrimonio conyugal en Roma**.

Señores miembros de la Orden, la presente es una oportunidad inmejorable, para exhortarlos a participar, activamente, en la edición de los próximos números de la Revista del Foro, presentando sus artículos.

Finalmente, me permito tomarme una licencia de gratitud y expresar mi cordial saludo a la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, al señor Presidente de la Corte, doctor Pedro Cartolin Pastor, por la permanente e invaluable cooperación que presta a la Orden.

Asimismo, a nombre de la Orden, la Junta Directiva y en mi propio nombre, deseo saludar, a través del Presidente, a la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, a los señores magistrados de todas las instancias, a los señores y señoras abogados, a los señores y señoras servidores judiciales y administrativos, por conmemorar, en el mes de octubre, el cuarto año de creación.

Cordialmente

Jesús Antonio Rivera Oré
Decano

En los primeros momentos de la elaboración de la Revista del Foro, a finales de agosto del año 2014, sobrevino el fallecimiento del doctor Felipe Osterling Parodi quien honró a la Orden, cooperando con esta Revista desde su primera edición.

El Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur, no lo tuvo entre los miembros de la Orden. No lo pudo tener, pues el Colegio se fundó, apenas, el 2011, sin embargo es necesario que las generaciones de abogados, que integran la Orden, conozcan quién fue.

El doctor Felipe Osterling Parodi fue un hombre multidimensional, abogado en ejercicio, manejaba, con absoluta maestría, los temas que hoy se conocen como derecho civil patrimonial y cuyo eje es, sin duda, el derecho de obligaciones.

Fue profesor universitario en la PUCP. Así lo recuerdan, con nitidez, dos de sus alumnos más distinguidos, Fernando de Trazegnies Granda, en el curso Derecho Internacional Privado, la primera cátedra que ocupó en el año 1957 y Mario Castillo Freyre, en la asignatura Derecho de Obligaciones, en el año 1985.

Es oportuno señalar, para los abogados de hoy, que obtuvo el grado de bachiller en Derecho en la PUCP, en 1954, con una tesis sobre *Derecho de Sucesiones: el derecho de representación sucesoria*, tema de suyo complejo que exige un cuidadoso conocimiento de la materia.

Posteriormente, en el año 1967, obtuvo el grado de doctor en derecho con la tesis titulada: *Inejecución de las obligaciones contractuales en el código civil peruano de 1936: la indemnización de daños y perjuicios*.

El doctor Felipe Osterling Parodi, realizaría estancia de perfeccionamiento en universidades norteamericanas. Él mismo diría sobre esa experiencia en una conferencia en la *Alliance Française* “(...) fue una experiencia muy exigente.”

En 1980, como muchos recuerdan por los libros de historia, el presidente Fernando Belaunde asumió, por segunda vez, la primera magistratura del

Estado. Organizó su gabinete y nombró en él al doctor Felipe Osterling Parodi, Ministro de Justicia, menudo problema fue desenmarañar la frondosa, compleja e intrincada legislación que dejó, en doce años, la Junta Militar de Gobierno que gobernó sin las cámaras de senadores y diputados y sin el Ministerio de Justicia.

Es allí que la experiencia jurídica del doctor Osterling, le permitió, al presidente Belaunde, encontrar la salida jurídica para devolver, a sus propietarios, el mismo 28 de julio de ese año, los diarios que confiscó la Junta Militar de Gobierno.

En 1992, el Perú sufrió la ruptura constitucional del orden establecido. Conocidas son las imágenes de la patrulla militar que le impide ingresar al Congreso, siendo Presidente del Senado de la República.

En 1994 fue elegido decano del Colegio de Abogados de Lima. Asimismo, los abogados de hoy deben de recordarlo como el Presidente de la Comisión que preparó el actual código civil de 1984.

El doctor Felipe Osterling, también fue decano de la Facultad de Derecho de la PUCP y desde luego incansable polígrafo, pues dejó, para la academia, más de un centenar de artículos y textos relacionados con el derecho civil.

En apretada síntesis, me he permitido describir la trayectoria de este eminente peruano.

En nombre de la Junta Directiva del Colegio y del mío propio expreso a su viuda doña María Josefina Letts Colmenares y a sus hijos Madeleine, Felipe, Andrés, José Antonio y Rafael, nuestro testimonio de admiración y respeto a su memoria.

Villa María del Triunfo, octubre 2015

Jesús Antonio Rivera Oré
Decano

Presentación	7
In Memoriam	9
Índice	11
Autores	21

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA MINERÍA EN EL PERÚ LA MINERÍA EN EL DERECHO PERUANO HASTA 1990

Jesús Antonio Rivera Oré

1.1. La minería en la época Pre-Inca.....	27
1.2. La minería en la época del Tawantinsuyo.....	27
1.3. La minería en la época de la Conquista.....	27
1.4. La minería en la época de la Colonia.....	28
1.5. La minería en el derecho Castellano e Indiano	28
1.5.1. Los niveles y ciclos de la producción minera	30
1.5.2. Los principales asentamientos mineros y las realidades regionales.....	30
A. Potosí.....	30
B. Oruro	31
C. Cerro de Pasco	32
D. Hualgayoc	33
E. Caylloma	33
1.6. La minería del oro	33
1.7. La minería de Huancavelica y el abastecimiento de azogue	34
1.8. Los derechos de propiedad y el financiamiento de la minería	36
1.9. La minería en la época de la Independencia en el Perú.....	38
1.10. La minería en la época de la República, en el siglo XIX	39
1.11. La minería en la época de la República, en el siglo XX	40
1.11.1. La minería con el Presidente Eduardo López de Romaña	40
1.11.2. La minería con el Presidente General Manuel A. Odría.....	41
1.11.3. La minería con el General Juan Velasco Alvarado	43

1.11.4. La minería con el Presidente Fernando Belaunde (Segundo gobierno).....	45
Sub capítulo 2: La minería con el Presidente Alberto Fujimori	46
1. Introducción: el “Consenso de Washington”	46
2. Las diez reformas del “Consenso de Washington”	46
3. El Consenso de Washington y la lógica de la estabilización	47
4. La Ley de Promoción de Inversiones en el sector minero.....	48
5. Privatizaciones y concesiones mineras.....	49
6. Objetivos económicos.....	50
7. Objetivos empresariales	50
8. Objetivos legales	50
9. Las privatizaciones	52
10. El proceso de privatizaciones en minería.....	52
11. ¿Cuáles son las normas que regulan la concesión minera en el Perú?... 	53
12. Características de la concesión minera.....	55

REFLEXIONES ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL SIGLO XXI

Ricardo Luis Lorenzetti

Introducción	57
1. Primera parte: la responsabilidad civil como deuda	59
1.1. La concepción de la doctrina	59
1.2. Los presupuestos estudiados	60
1.2.1. La acción	60
1.2.2. La antijuridicidad	60
1.2.3. La causalidad	61
1.2.4. La imputabilidad	61
1.2.5. El daño	62
1.3. Ámbitos de responsabilidad	62
1.4. La influencia de otras disciplinas en los institutos de la responsabilidad	63
1.5. Bienes jurídicos protegidos y finalidades	63
1.6. La regulación	64
1.7. La revisión basada en el análisis económico	64
2. Segunda parte: la responsabilidad civil como crédito	65
2.1. La concepción favor victimae	65
2.2. El daño	66
2.2.1. Derechos subjetivos. Interés simple. Interés difuso. Intereses individuales homogéneos y colectivos	66
2.2.2. Daño a la persona	68
2.2.3. Daño al patrimonio	71

2.2.4. Daños masivos	71
2.2.5. Daño colectivo	72
2.3. La antijuridicidad	73
2.3.1. Las reglas	73
2.3.2. La atipicidad del ilícito	74
2.4. La imputabilidad	75
2.4.1. Prevalencia de los factores objetivos	75
2.4.2. La culpa	76
2.4.3. El dolo	76
2.4.4. Apariencia jurídica-confianza	77
2.5. La causalidad	77
2.5.1. Reglas	77
2.5.2. La causalidad como problema de asignación	78
2.5.3. La doctrina de la creación de un peligro abstracto	79
2.5.4. Presunción de la adecuación del nexo causal	80
2.6. La acción y la autoría	81
2.7. La prueba	82
2.8. La unidad de lo ilícito	83
2.9. La influencia de otras disciplinas en los institutos de la responsabilidad	85
2.10. Bienes jurídicos protegidos y finalidades	85
2.11. La regulación	86
3. Tercera parte: ámbitos y funciones de la responsabilidad.....	86
3.1. La hermenéutica constitucional	86
3.2. El campo obligacional: obligación principal y derivada	87
3.3. El sistema general de administración de riesgos	88
3.4. Las funciones responsabilidad civil	88
3.4.1. La prevención	88
3.4.2. El resarcimiento	90
3.4.3. La punición	90
3.5. La eficacia: el paradigma del acceso a los bienes.....	90

PÉRDIDA DE LA CHANCE COMO DAÑO RESARCIBLE ¿ILUSIÓN O REALIDAD?

Prof. Dr. Gustavo Ordoqui Castilla

I. Presentación e importancia del tema.....	93
II. El daño ¿Debe ser cierto?	94
III. Concepto pérdida de una chance como daño	97
a) Tesis negativa	98
b) Tesis positiva	99
IV. La pérdida de una chance en los principios unidroit y en el proyecto de Código Europeo de contratos (de la Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavía)...	101

V. Casuística	102
VI. Doctrina nacional	103
VII. Jurisprudencia	104
VIII. Nuestra opinión.....	106
IX. Naturaleza del daño consistente en la pérdida de una chance.....	109
a) Presentación del tema.....	109
b) Diferencias con el lucro cesante.....	109
c) Tesis intermedia	110
d) Diferencias con el daño a la persona.....	110
e) La chance y la “expectativa legítima”.....	111
X.- Requisitos	111
XI. Ámbito de aplicación	113
a) NO HAY ITEM.....	xxx
b) Causalidad por omisión.....	115
c) “La causalidad probabilística”.....	116
d) Certeza probatoria del nexo causal	118
e) De lo previsible a lo probable	120
f) Cálculo de las probabilidades	121
g) De la “causalidad probabilística” a “lo justo”	123
XII. Valor de la chance	123
XIII. Conclusiones	126
Bibliografía	130

“LA HISTORIA, COMPLEMENTO CULTURAL DEL DERECHO”

Dr. Máximo Carvajal Contreras

Introducción	131
Capítulo I	132
Capítulo II	140
Las instituciones jurídicas a través la Historia del Derecho	140
Derecho sumerio	141
Egipto	143
Grecia	143
Roma	144
Conclusiones	146

FUNCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL

Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre

1. Consideraciones generales.....	149
2. Funcionalidad de la cláusula penal.....	150

2.1. Función indemnizatoria de la cláusula penal.....	150
2.1.1. Pautas de la función indemnizatoria de la cláusula penal.....	152
2.1.2. Posición que asume el carácter no forzoso indemnizatorio de la cláusula penal	153
2.2. Función compulsiva de la cláusula penal	154
2.3. Función compulsiva e indemnizatoria de la cláusula penal	155
2.4. Función punitiva de la cláusula penal.....	156
2.5. Función de simplificación probatoria de la cláusula penal.....	156
2.6. Función resolutoria de la cláusula penal.....	157
2.7. Función de pena de arrepentimiento de la cláusula penal	159
3. Conclusiones en torno a la funcionalidad de la cláusula penal en el marco de la legislación peruana.....	159
4. Conclusiones.....	164

LA VULNERABILIDAD DEL SISTEMA REGISTRAL DENOMINADO MATRÍCULA DE ACCIONES Y DE OTROS REGISTROS FÍSICOS ALTERNATIVOS

Oswaldo Hundskopf Exebio

I. Introducción	165
II. Naturaleza jurídica de las acciones en la doctrina societaria.....	168
III. Régimen legal de las acciones en la Ley General de Sociedades.....	169
IV. Régimen legal de las acciones en la Ley de Títulos Valores - LTV	176
IV.1 Las disposiciones generales sobre los valores mobiliarios	177
IV.2 Los valores representativos de derechos de participación	178
V. Régimen legal de las acciones en el Mercado de Valores	179
VI. Derechos de los titulares de acciones y criterios de clasificación	182
VII. La importancia de la casuística para identificar las irregularidades	185
VIII. Medidas de protección que se podrían tomar en cuenta	187

EL CAPITAL SOCIAL, REGLAS BÁSICAS Y PRINCIPIOS Y LAS ACCIONES EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

Vicente Rodolfo Walde Jáuregui

Sumilla	191
Introducción	191
Capítulo I Aspectos preliminares	192
Capítulo II El capital social y las acciones.....	193

2.1 Composición del capital social.....	193
2.2 Creación y emisión de acciones	195
2.3 Clases de acciones.....	196
2.4 Importancia del capital social.....	198
Capítulo III: Diferencias entre el capital social con el objeto social y patrimonio social	199
3.1 Diferencia del capital social con el objeto social	199
3.2 Diferencia del capital social con el patrimonio social.....	201
Conclusiones	203
Recomendaciones	203
Bibliografía	204

MEDIOS ALTERNATIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE TRABAJO EN EL PERÚ

Javier Arévalo Vela

Sumilla	205
Palabras clave	205
1. Concepto de conflicto	205
2. La naturaleza conflictiva de las relaciones laborales	205
3. Clasificación de los conflictos	206
4. Solución de los conflictos de trabajo	208
4.1. Formas autónomas	208
4.2. Formas heterónomas.....	209
5. Formas de resolver o solucionar conflictos	209
6. Principales medios alternativos de resolución de conflictos	209
6.1. La negociación	210
6.1.1. Objeto	210
6.1.2. Definición	210
6.1.3. Características.....	210
6.2. La mediación	210
6.2.1. Objeto.....	210
6.2.2. Definición.....	210
6.2.3. Características	212
6.3. La conciliación	212
6.3.1. Objeto.....	212
6.3.2. Definición.....	212
6.3.3. Características	214
6.4. El arbitraje	215
6.4.1. Objeto	215
6.4.2. Definición.....	215
6.4.3. Características	216

7. Solución de conflictos de trabajo en el Perú por medios alternativos de solución en cifras	217
8. Conclusiones.....	219
9. Bibliografía	220

TRANSFUGUISMO

Martín Belaunde Moreyra

Antecedente más famoso	221
Lamentable transfuguismo criollo	222
Mal concepto de la política absurdamente alentado por la prensa.....	223
Necesidad de los partidos políticos.....	223
Mussolini y Vyshinski: otros casos olvidados de transfuguismo.....	225
Poder legislativo: espacio del transfuguismo	226
Los partidos políticos según la constitucion y la ley	226
Eventual conflicto entre la disciplina y la libertad de conciencia.....	228
Reglamento del Congreso.....	228
Imposibilidad de legislar acerca de la lealtad partidaria	229
Conclusion final: sancionar al transfuguismo corrupto.....	230
Inaplicabilidad de la fórmula brasileña de vacancia.....	231
Bibliografía	232

¿LA ERA DE LOS CÓDIGOS O LA ERA DE LOS “RESTATEMENTS”? REFLEXIONES SOBRE LA VIGENCIA DEL “CÓDIGO” COMO MODELO LEGISLATIVO

Yuri Vega Mere

1. Alcances de este ensayo	233
2. Notas sobre el significado de un código	234
3. El valor actual del código como “modelo”	237
4. ¿Asistimos a la era de los restatements?.....	240

LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

José F. Palomino Manchego / Dante Paiva Goyburu

Sumario	247
I. Introducción	247
II. La representación política en el Estado Social y Democrático de Derecho	248

Concepto	248
III. Derecho a la participación en la vida política.....	249
IV. El derecho fundamental a ser elegido representante y los parámetros fijados	253
V. ¿Qué dice el Tribunal Constitucional?	256
VI. Conclusiones.....	259
VII. Recomendaciones	259
VIII. Bibliografía	260

EL PATRIMONIO CONYUGAL EN ROMA

Juan Carlos Centurión Portales

Sumario	261
Palabras claves	262
I. ¿Está aún vigente el derecho romano?	262
II. El matrimonio romano.....	265
Palabras liminares.....	265
Breves aproximaciones sobre lo que fue la familia romana.....	265
Naturaleza del matrimonio romano	266
Etimología del matrimonio.....	266
Algunas definiciones.....	266
¿Quiénes fueron los sujetos de derecho que intervinieron en el matrimonio?	266
¿Cuáles fueron los fundamentos del matrimonio?.....	267
Diversas formas de matrimonio romano.....	267
i. La confarreatio; características.....	268
ii. La coemptio; características.....	268
iii. El usus, características	268
III. El régimen patrimonial dentro del matrimonio romano	269
Si la mujer fue alieni iuris bajo el régimen del matrimonio cum manu entonces	269
Si la mujer fue alieni iuris, bajo el régimen del matrimonio sine manu, entonces	269
Si la mujer sui iuris bajo el régimen del matrimonio sine manu	269
Principios complementarios sobre el patrimonio conyugal romano.....	270
1. La presunción muciana	270
2. La prohibición de donaciones entre cónyuges.....	270
2.1. La influencia de la prohibición en el derecho contemporáneo.	
2.1.1. El código civil italiano de 1942.....	270
2.1.2. El código civil del Perú de 1984.....	270
IV. La dote. (Dos)	271
4.1. Características de la dote:.....	271

4.2. Clasificación de la dote	272
4.3. Etimología de la palabra dote.....	272
4.4. Destino y restitución de la dote	272
4.4.1. El destino de la dote en el derecho arcaico	272
4.4.2. El destino de la dote en el derecho preclásico y clásico.....	272
4.5. ¿Qué ocurría si el marido se negaba a restituir la dote?	272
4.5.1. La actio ex stipulatu de dos reddenda. (Acción de convenio de restitución de dote)	273
4.5.2. La actio rei uxoriæ.....	273
4.6. La dote en el derecho contemporáneo	273
4.6.1. El código civil español de 1889	273
4.6.2. El código civil del Perú de 1984.....	273
Los bienes parafernales	274
Las donaciones antes del matrimonio (donatio ante nuptias)	274
Conclusiones	275
Bibliografía	275

JESÚS ANTONIO RIVERA ORÉ

Abogado. Doctor en Derecho. Doctor en Educación. Magister en Derecho Empresarial. Ex Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Miembro Mayor del Federación Interamericana de Abogados. Ex Decano del Ilustre Colegio de Abogados del Callao. Ex Miembro de la Junta Directiva de AFEIDAL. Ex Miembro de la Comisión Consultiva de la Comisión de Justicia del Congreso de la República del Perú. Abogado especializado en Derecho del Mar y en Derecho Minero. Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur. Presidente del Capítulo Peruano de la Federación Interamericana de Abogados.

RICARDO LUIS LORENZETTI

Abogado. Doctor. Actualmente es Ministro y Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, asumiendo el 12 de diciembre de 2004. El 7 de noviembre de 2006 fue designado Presidente de la Corte, oficiando desde el 1 de enero de 2007, y concluirá el 31 de diciembre de 2015.

Fue Presidente de la Comisión para la elaboración del Proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación Argentina, Decreto presidencial 191/2011, 23 de febrero de 2011.

Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Expedido por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral de Santa Fe. Tesis sobre la Responsabilidad Civil del médico, publicada en 1986 por Rubinzal y Culzoni.

Abogado. Expedido por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral de Santa Fe. Ingreso en 1974, título expedido en julio de 1978

Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Miembro de la Academia de Derecho del Perú.

Co-Presidente del Consejo Asesor Internacional para la Promoción de la Justicia, la Gobernanza y la Ley para la Sostenibilidad Ambiental (*International Advisory Council for the Advancement of Justice, Governance and Law for Environmental Sustainability*), Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) de la ONU, 07 de diciembre de 2012.

Miembro del Comité de Dirección de la UICN, Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, septiembre de 2012.

Gran Oficial, Orden de la Estrella de la Solidaridad Italiana, Gobierno de Italia, noviembre de 2009.

Premio B'nai B'rith Derechos Humanos 2010, otorgado por B'nai B'rith Argentina, Buenos Aires, 23 de noviembre 2010.

Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado, Paris, Francia.

GUSTAVO ORDOQUI CASTILLA

Abogado. Director del Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Montevideo (URUGUAY), Profesor de Derecho Civil (G5) de la Universidad Católica Montevideo (URUGUAY), Miembro correspondiente de la Academia de Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina), Miembro del Grupo de Investigaciones de Derecho Civil y Comercial de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia), Miembro Correspondiente de la Academia de Iusprivatistas de Pavía (Italia), Secretario Académico de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado (Argentina), Abogado Adjunto de la Procuraduría del Estado en lo Contencioso Administrativo Montevideo (URUGUAY) y Profesor de Derecho Médico de la Universidad de Montevideo (URUGUAY).

MÁXIMO CARVAJAL CONTRERAS

Abogado. Director de la Facultad de Derecho de la UNAM. México. Presidente de AFEIDAL. Profesor de Derecho Aduanero en la Facultad de Derecho de la UNAM.

FELIPE OSTERLING PARODI (+)

Estudió Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú, se graduó en 1957. Realizó estudios de post grado en las Facultades de Derecho de la Universidad

de Michigan y en la Universidad de Nueva York. Desde 1957 es profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú, ha enseñado los cursos de Derecho Internacional Privado, Contratos y Práctica de Derecho Civil. En el año 1966 concurreó como profesor invitado a las Universidades de Notre Dame, Harvard, Georgetown, Columbia y Nueva York. Fue Decano de la Pontificia Universidad Católica del Perú para el periodo 1969-1972.

En julio de 1980 fue nombrado Ministro de Justicia por Fernando Belaunde Terry. En 1990 fue reelecto como Senador y llega a ser Presidente del Senado durante la legislatura 1991-1992. Fue elegido Decano del Colegio de Abogados de Lima en 1995. En mayo de 1993 fue incorporado como miembro de número de la Academia Peruana de Derecho, de la cual ha sido Presidente (2006-2008). Además es académico correspondiente a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (Argentina). Fue abogado principal del Estudio Osterling, Vicepresidente del Directorio de Volcan Compañía Minera.

MARIO CASTILLO FREYRE

Abogado titulado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister y Doctor en Derecho por la misma casa de estudios. Especializado en Derecho Civil, Derecho Arbitral y Derecho de Seguros. Se desempeñó como abogado en ejercicio independiente de la profesión desde 1993 hasta el 2000. En julio del año 2000 fundó el Estudio que lleva su nombre, en donde actualmente ejerce la profesión. Asimismo, oficia de árbitro en los principales Centros de Arbitraje del país y también desempeña función arbitral en arbitrajes ad hoc. Catedrático de Derecho Civil desde 1990 (obligaciones y contratos) en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Femenina del sagrado Corazón (UNIFÉ) y Universidad de Lima. Es profesor principal en las dos primeras casas de estudios. Asimismo, es catedrático en el Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Tiene una abundante y permanente producción jurídica. Ha publicado más de cincuenta obras entre tratados e investigaciones y más de ciento cincuenta artículos especializados. Es co autor con el Doctor Felipe Osterling Parodi del Tratado de las Obligaciones, obra de 16 volúmenes que ha sido destacada en el medio como una de las publicaciones más importantes de la historia del Derecho peruano. Es director de dos Bibliotecas que ha creado su Estudio de Abogados para promover la difusión del Derecho en el Perú y en el extranjero. La primera se denomina Biblioteca de Arbitraje, que se empezó a editar en el año 2006 y cuyos diez primeros volúmenes ya han sido publicados, conteniendo doctrina arbitral de los calificados profesores nacionales y extranjeros. La segunda Biblioteca se denomina Biblioteca de Derecho y tiene por objeto difundir doctrina correspondiente a otras áreas del

Derecho. Expositor de numerosos eventos nacionales e internacionales sobre Derecho Civil y Derecho Arbitral.

OSWALDO HUNDSKOPF EXEBIO

Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho Administrativo y Doctor en Derecho. Estudios de especialización en Derecho Mercantil en la Universidad de Salamanca – España y de Post-grado en Comercio Exterior en la Escuela de Administración de Negocios (ESAN).

Decano de la Facultad de Derecho y Profesor Principal en el Area Mercantil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y de la Maestría en Derecho Empresarial de dicha Universidad, así como de la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Se ha desempeñado como miembro de las Comisiones que elaboraron la nueva Ley General de Sociedades y la Ley General de Pesquería, así como Asesor de diversos Ministros de Estado y de diversos gremios empresariales. Ha sido Presidente del Directorio de Servicios Postales del Perú – SERPOST, Director de CONASEV, CONACO; Centromín Perú, miembro de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal de Indecopi, y es a la fecha Arbitro del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Lima, del Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima, de Consucode, Capeco y la American Chamber of Commerce of Perú.

Actualmente es Director del Banco del Trabajo, y de la Sociedad Nacional de Pesquería, y Presidente del Instituto Peruano de Derecho Mercantil y del Instituto Peruano de Derecho Pesquero.

Especialización en las áreas de Derecho Societario y Mercantil y en general, en Derecho Pesquero, Derecho de Comercio Exterior, Derecho Administrativo, y en Arbitrajes Nacionales e Internacionales.

VICENTE RODOLFO, WALDE JÁUREGUI

Abogado. Doctor en Derecho. Juez Supremo Titular, integrante de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, Vicepresidente de la Asociación Nacional de Magistrados del Perú, Profesor Ordinario Asociado de la Universidad San Martín de Porres.

JAVIER AREVALO VELA

Abogado. Magíster en Derecho. Presidente de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República,

Profesor de la Maestría en Derecho del Trabajo de la Universidad de San Martín de Porres y de la Maestría en Derecho del Trabajo de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Profesor Principal de la Academia de la Magistratura.

MARTÍN BELAUNDE MOREYRA

Abogado. Magister en Derecho. Experto en Derecho Minero. Ex Vice-Decano del Colegio de Abogados de Lima. Ex Decano del Colegio de Abogados de Lima. Ex Presidente de la Comisión Nacional Anticorrupción. Ex Embajador del Perú en Argentina. Profesor de Derecho Minero. Congresista de la República. Ex Presidente de la Comisión de Relaciones Exteriores del Congreso de la República.

YURI VEGA MERE

Abogado. Profesor de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya. Socio Senior del Estudio Muñiz. Educación Universidad Nacional Mayor de San Marcos (1992) Università degli Studi di Siena (Italia), Escuela de Especialización en Disciplinas Bancarias de la Facultad de Economía (1993). Experiencia laboral previa, asesor legal del Ministerio de Justicia. Presidente del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones. Consultor internacional de Naciones Unidas. Ex asesor de la Comisión de Reforma del Código Civil. Actividad académica. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor honorario de la Universidad Católica Santa María de Arequipa. Áreas de especialización. Derecho Inmobiliario y de la Construcción Derecho Corporativo. Derecho de Familia. Derechos del consumidor.

JOSÉ PALOMINO MANCHEGO

Realizo sus estudios de Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magister en Derecho Penal por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Doctorado en Derecho en la Universidad Santiago de Compostela, España. Curso de post-grado en la especialidad de Amparo en la Universidad Panamericana de México (1990). Diplomado en Defensa Nacional por el Centro de Estudios de la Defensa Nacional (CESEDEN) (España). Profesor de “Derecho Constitucional General”, “Derecho Constitucional del Perú” y “Derecho Procesal Constitucional” de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de “Teoría del Derecho”, “Derecho Constitucional General” y “Derecho Constitucional del Perú” de la Universidad de Lima. Profesor visitante del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (1990).

Profesor visitante de la Universidad Nacional de Buenos Aires (1991). Profesor de “Filosofía del Derecho” de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFÉ). Profesor principal de la Academia de la Magistratura en el módulo de “Derecho Constitucional”. Profesor Honoris Causa de diversas universidades del Perú. Profesor honorario de diversas universidades del Perú. Ha dictado conferencias en la Universidades de Siena, Bologna, Sevilla, Cádiz, Valencia, País Vasco, Santiago de Compostela, Islas Baleares, Jaén, Rosario, Del Salvador, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Morelia y Veracruz, entre otras.

JUAN CARLOS CENTURIÓN PORTALES

Abogado. Magíster y Doctor en Derecho por la UNMSM. Profesor en la Maestría en Derecho, con mención en Derecho Civil y Comercial de la UNMSM. Profesor de Derecho Constitucional Económico en el Programa de Post Grado de la UIGV. Profesor en la Maestría de Derecho Constitucional en la Universidad Alas Peruanas. Áreas de interés académico: Derecho Civil Patrimonial, Fundamentos Económicos del Derecho, Fundamentos de Derecho Constitucional Económico, Reforma del Estado, Teoría del Estado, Derechos Humanos.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA MINERÍA EN EL PERÚ LA MINERÍA EN EL DERECHO PERUANO HASTA 1990

Jesús Antonio Rivera Oré'

1.1. La minería en la época Pre-Inca

Desde épocas pre-incas, el actual territorio del Perú se caracteriza por disponer de ingentes recursos naturales renovables y no renovables, encontrándose entre estos últimos los minerales metálicos y no metálicos, muchos de los cuales no eran conocidos, no habían sido descubiertos o no se conocían sus propiedades o aplicaciones; en casi todas las culturas de esa época los únicos minerales que se explotaban eran el oro, el cobre y la plata, con fines ornamentales, estatus social, míticos-religiosos para la conexión con los dioses y héroes fundadores y solo por el sector de la población que constituía la nobleza de entonces.²

1.2. La minería en la época del Tawantinsuyo

El advenimiento del Imperio de los Incas y su desarrollo y expansión no varió significativamente el carácter mítico-religioso de la explotación de los minerales, aunque en esta oportunidad fue más intensa y diversificada sobre todo en los aspectos de la vida social que representaban las festividades religiosas, en la vida cotidiana de la nobleza, otorgándole a dicho uso y usufructo un derecho exclusivo.

1.3. La minería en la época de la Conquista

La conquista de América se llevó a cabo en el momento que Europa pugnaba por resolver la crisis del sistema feudal a través de su expansión territorial.

La conquista permitió superar dicha crisis, constituyéndose una economía mundial de orden mercantil y con ella una división internacional del trabajo con Europa como eje del nuevo sistema y América una de las periferias coloniales. En

1 Abogado. Doctor en Derecho. Doctor en Educación. Magister en Derecho Empresarial. Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Miembro Mayor del Federación Interamericana de Abogados. Ex Decano del Ilustre Colegio de Abogados del Callao. Ex Miembro de la Junta Directiva de AFEIDAL. Ex Miembro de la Comisión Consultiva de la Comisión de Justicia del Congreso de la República del Perú. Abogado especializado en Derecho del Mar y en Derecho Minero. Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur. Presidente del Capítulo Peruano de la Federación Interamericana de Abogados.

2 YAÑEZ, Nancy. Raúl MOLINA. La gran minería y los derechos indígenas en el norte de Chile. Santiago. LOM. Ediciones. 2008, pp.22.

estas condiciones el papel que le tocó desempeñar a los dominios españoles fue el de aportar recursos metálicos a los países centrales.³

Con la conquista del *Tawantinsuyo* por España, cambia radicalmente la economía; de un Estado predominantemente agrícola se torna en uno en el que paulatinamente se va volviendo minero, en los que se privilegia la explotación de metales preciosos, tales como el oro y la plata; que por ese entonces su tenencia, posesión y utilización, constituían sinónimo de poderío y riqueza.

1.4. La minería en la época de la Colonia

La minería fue una de las actividades económicas que mayor impulso cobró en el virreinato peruano durante el siglo XVIII. Después del vigoroso crecimiento ocurrido durante el último cuarto del siglo XVI, la producción minera pasó por altibajos en la centuria siguiente hasta linder, hacia 1700, con el franco declive. El programa de reformas aplicado por el régimen borbón en las colonias americanas a lo largo del siglo XVIII buscó fortalecer las relaciones comerciales entre la metrópoli española y sus dominios ultramarinos.⁴ A lo largo de los siglos anteriores, la plata había sido el nexo principal entre ambos, aunque en las últimas décadas su comercio había disminuido notoriamente, en lo que la historiografía de hace algunas décadas calificó como “*la crisis del siglo XVII*”.⁵

No debería sorprender, entonces, que una de las primeras preocupaciones del nuevo régimen reinante en España haya sido devolver el impulso a la minería argentífera en sus colonias, que tan buenos resultados hubiera dado en el pasado. Puede decirse así que el siglo dieciocho fue el de la recuperación de la minería en el Perú. Dicha recuperación estuvo acompañada de varios cambios importantes; de modo que, si bien en términos cuantitativos podrían compararse las postrimerías del siglo dieciocho con los niveles de dos centurias atrás, la forma de funcionamiento de la minería y su manera de interrelacionarse con los otros sectores de la economía había sufrido varios cambios.⁶

1.5. La minería en el derecho Castellano e Indiano

En el desarrollo del Derecho Medieval Castellano, estos conceptos se van aclarando en las Siete Partidas⁷ (año 1263), en las Ordenanzas de Bivriesca (ano

3 COTLER, Julio. Clases, estado y nación en el Perú. Lima. IEP. 1978, pág.21

4 CONTRERAS CARRANZA, Carlos. La minería en el Perú en la época colonial tardía, 1700-1824. En: Compendio de historia económica del Perú III: la economía del período colonial tardío / Carlos Contreras, ed., Magdalena Chocano, Carlos Contreras, Francisco Quiroz, Cristina Mazzeo, Ramiro Flores. Lima: BCRP; IEP, 2010. (Serie Historia Económica, 7), pág. 103

5 CONTRERAS CARRANZA, Carlos. La minería en el Perú en la época colonial tardía, 1700-1824, pág. 103

6 CONTRERAS CARRANZA, Carlos. Opus cit, pág 103.

7 Es oportuno señalar que las Siete Partidas es un cuerpo normativo redactado en Castilla, durante el reinado de Alfonso X (1252-1284), con el objetivo de conseguir una cierta uniformidad jurídica del Reino. Su nombre original era Libro de las Leyes, y hacia el siglo XIV recibió su actual denominación, por las secciones en que se encuentra dividida. Esta obra se considera uno de los legados más importantes de Castilla a la historia del derecho, al ser el cuerpo jurídico de más amplia y larga vigencia en Hispanoamérica (hasta el siglo XIX).

1387); prosiguiendo en la Edad Moderna con las Ordenanzas Antiguas (año 1559), la Pragmática de Madrid (año 1563) y las Ordenanzas del Nuevo Cuaderno (año 1584).⁸ En el Derecho Indiano destaca por su claridad las Ordenanzas de Toledo (año 1574), que con respecto a este tema no puede ser más preciso:⁹

“Por cuanto **todos los minerales son propios de S.M.** y derechos realengos por leyes y costumbres, **y así los da y concede a los vasallos y súbditos** donde quiera que los descubrieren y hallaren, para que sean ricos y aprovechados, dándoles leyes y ordenanzas, para que gocen de ellos y los labren (...) **y porque algunas personas, así encomenderos, como caciques y principales y otros que poseen heredades y estancias, impiden que en sus tierras no les puedan entrar a buscar y descubrir, y así están ocultos y sin que de ellos reciba la república la utilidad para que fueron criados.**

Ordeno y Mando, que de aquí adelante ninguno de los susodichos impida, ni haga resistencia a todos los que quisieren hacer los dichos descubrimientos, de cualquier estado o condición que sean, sino que libremente los dejen dar catas, y buscar minas y metales.” (De los descubridores, registros y estacas, ord. I)¹⁰

Abundando en esta norma nacida en esta tierra, Toledo señala:

“La razón porque S.M. concede los minerales a las personas que los descubren, y manifiestan, **siendo suyos y pertenecientes a su real patrimonio**, es porque los labren y beneficien, y sus súbditos y vasallos sean ricos y aprovechados, y de lo que de ellos resultare, se le paguen sus quintos y derechos.” (De los despoblados, ord. I)¹¹

En las Ordenanzas de Minería de 1783, aplicables en el Perú en 1785, se aprecia las siguientes disposiciones:

Art. 1º.- **Las minas son propias de mi Real Corona**, así por su naturaleza y origen, como por su reunión dispuesta en la ley IV, título XIII, libro VI, de la Nueva Recopilación.¹²

Art. 2º.- **Sin separarlos de mi Real Patrimonio, las concedo a mis Vasallos en propiedad y posesión**, de tal manera que puedan venderlas, permutarlas, arrendarlas, donarlas, dejarlas en testamento por herencia o manda, ó de cualquier otra manera enagenar (sic) el derecho que en ellas les pertenezca en los mismos términos que lo posean, y en personas que puedan adquirirlo.¹³

8 MARTINEZ APONTE, Humberto. La concesión minera, derecho a la explotación de los recursos de la Nación. Revista Advocatus No. 21, 2010. Recuperado el 10 mayo 2014. [www.rossellolaw.com/.../Concesion.Minera y la propiedad](http://www.rossellolaw.com/.../Concesion.Minera%20y%20la%20propiedad) .

9 MARTINEZ H... Opus cit

10 MARTINEZ H.. Opus cit

11 MARTINEZ H.. Opus cit

12 MARTINEZ H.. Opus cit

13 MARTINEZ H.. Opus cit

La minería peruana de los siglos XVI-XVII había sido productora principalmente de plata. Otras sustancias de alguna importancia fueron el mercurio (o azogue), como fue su denominación colonial y, ya con mucha distancia, el oro.¹⁴

En el nuevo siglo, aunque la plata y, en segundo lugar, el azogue y el oro, conservaron su importancia, comenzó la explotación más sistematizada de otros metales, como el cobre, y de un tipo de minería no metálica, que producía bienes como la brea, el salitre, la sal y el carbón; sin embargo, ninguna de estas nuevas sustancias llegó a crearse un sitio expectante entre las exportaciones peruanas que, así, siguieron dominadas largamente por la plata.¹⁵

1.5.1. Los niveles y ciclos de la producción minera

A diferencia de la situación inicial, hacia el final del siglo XVIII, el sector minero mostraba unas estadísticas robustas de producción; al menos en cuanto al volumen de producción. El principal producto de la minería del virreinato seguía siendo la plata. Las cifras diferencian las dos grandes regiones que componían el virreinato hasta 1776: el Bajo Perú, que corresponde grosso modo al Perú actual, y el Alto Perú, que corresponde a la actual Bolivia más el departamento de Puno. La creación del virreinato de La Plata, en 1776, supuso para el virreinato peruano la pérdida de su región minera más importante, puesto que la región alto-peruana, donde se ubicaban las importantes minas de Potosí y Oruro, fue incluida en el nuevo virreinato, lo que dejó al Perú sin dos tercios de su producción de plata.¹⁶

1.5.2. Los principales asentamientos mineros y las realidades regionales

A. Potosí

De cualquier manera, hasta la escisión del Alto Perú en 1776, Potosí¹⁷ continuó siendo el principal asiento productor. Durante el período 1701-1775, su producción representó en promedio el 45% del total del virreinato peruano. El amanecer del siglo XVIII encontró a Potosí en su peor momento.

Los mineros se quejaban de la falta de mano de obra: los mitayos (indígenas que cumplían turnos de trabajo forzado en la villa) no llegaban completos.¹⁸

La epidemia de 1719-1721 provocó una nueva disminución de los tributarios y, por consiguiente, de mitayos y de trabajadores libres. La producción en la célebre villa alto-peruana alcanzó entonces sus peores

14 CONTRERAS CARRANZA, Carlos. *Opus cit*, pág 103.

15 *Ibidem*, pág 103.

16 *Ibidem*, págs. 107-108.

17 Actualmente la Minera Manquiri, la filial boliviana de la estadounidense Coeur d'Alene Mines, se dedica a las actividades mineras y de procesamiento en la operación argentífera San Bartolomé en Potosí, Bolivia.

18 CONTRERAS CARRANZA, Carlos, pág 113.

momentos. Los filones de mejor ley, aparentemente, ya se habían agotado. Si la ley promedio de los minerales había sido de doce a trece marcos por cajón en el siglo XVII, en el XVIII ella bajó hasta un rango entre los cuatro y ocho marcos.^{19 20}

Para ahorrarse los costos de abrir galerías y socavones, los mineros potosinos operaban explotando las llamadas “*ratas y desmontes*”. Esta situación provocó la aparición, o más bien la multiplicación, ya que tampoco se tratara de un fenómeno nuevo, de un tipo de minería informal, conformada por mineros indígenas llamados “*kajchas*” o “*capchas*”. Estos mineros no poseían títulos sobre denuncios mineros ni figuraban en las matrículas de quienes quintaban plata o podían recibir insumos de la caja real; operaban por cuenta propia y frecuentemente de manera furtiva, robando mineral. Se trataba de ex mitayo y, en algunos casos, de trabajadores formales que practicaban sus actividades ilícitas durante los fines de semana. Imposibles de controlar, los mineros decidieron servirse de ellos, cobrándoles como renta una parte del mineral que hubieran extraído de sus labores o comprándoles sus minerales para comercializarlos en las haciendas de beneficio de la villa.²¹

B. Oruro

Oruro fue un asiento minero ubicado al norte de Potosí, a medio camino de La Paz. Comenzó a ser explotado por los españoles a inicios del siglo XVII, fundándose la villa de San Felipe de Austria en 1606.

No obstante, hay noticias de una explotación realizada durante la época inca. Al comenzar el siglo XVIII, producía aproximadamente una quinta parte de la plata de todo el virreinato, constituyendo así como el segundo asiento en importancia. Alrededor de 1716-1720, este porcentaje aumentó hasta acercarse al 30% del total de plata producida en el Perú aunque, después, retornó a su quinta parte habitual.²²

Oruro padeció siempre de su papel de segundón frente al asiento de Potosí. Tenía que competir con este asiento minero por la mano de obra, el capital de los comerciantes y la atención de las autoridades reales; y, por lo general, su destino fue quedar postergado. Quizás por esa misma razón, en este asiento se desarrolló más que en otros campamentos del virreinato un sistema de financiamiento de empresas mineras conocida como “*compañía*”, en la cual se asociaban varias personas para aportar capital y los insumos requeridos por la producción argentífera. La falta de trabajadores forzados

19 Cada marco contenía ocho onzas, mientras un cajón contenía cincuenta quintales de mineral (cada quintal contenía, a su vez, cien libras o 45 kilos). Dato citado por el profesor Contreras.

20 CONTRERAS CARRANZA, Carlos. Opus cit, pág 114.

21 Ibidem, pág 114.

22 Ibidem, pág 118.

fue compensada con el despliegue de mecanismos semi-coactivos sobre los indígenas, llevado a cabo con el apoyo de las autoridades locales y con la oferta del pago del salario en bienes que les eran apreciados, como la coca, el chuño y ropa. Estas estrategias se reiterarían en otros campamentos mineros del Bajo Perú.²³

C. Cerro de Pasco

En el Bajo Perú, las minas más importantes fueron las de Cerro de Pasco²⁴, conocido originalmente como el cerro mineral de Yauricocha²⁵. Se ubicaban en la zona de la sierra central, sobre los 4.300 msnm; sin embargo, no estaban muy lejos de la costa y existía una comunicación más directa con el mar, a través de las caletas de Huacho y Supe, al norte de Lima.²⁶

Las salinas de Huacho abastecieron de sal al asiento durante largas temporadas; después, fueron reemplazadas por las salinas de San Blas, junto al lago Junín, más próximas al asiento. Pasco, que se encontraba también relativamente próximo al valle del Mantaro y al valle de Tarma, proveyó tanto de bienes agrícolas y ganaderos, cuanto de operarios indígenas. Tampoco quedaba mal ubicado respecto de las minas de azogue de Huancavelica, que se hallaban al sur del valle del Mantaro, sobre todo, en relación con las minas del Alto Perú.²⁷

No hay claridad respecto al momento de inicio de la explotación minera en Pasco. Antiguamente, se citaba 1630 como el año del “descubrimiento” del mineral de Yauricocha; pero, un litigio llevado a cabo en 1567 dio cuenta de que ya en ese momento existían aprovechamientos mineros en la zona de Colquijirca, muy próxima al Cerro de Pasco. Lo cierto es que fue en el siglo XVII cuando esta cobró cierta importancia, al avecindarse varios mineros en la población que tomó el nombre de San Esteban de Yauricocha. La producción de Pasco despegó propiamente en la centuria siguiente. Al comenzar a funcionar, ya existía la caja real de Vico y Pasco, lo que daba a los mineros locales la facilidad de aprovisionarse de azogue y ferretería sin grandes desplazamientos.²⁸

23 *Ibidem*, pág 119.

24 Volcan Mines Co, se remonta al año 1943, en las alturas del abra de Ticlio, donde se iniciaron las primeras labores mineras que a la fecha, después de más de medio siglo de aporte para la minería, siguen en franco crecimiento operativo. La mina Ticlio estuvo conformada por un grupo de 30 concesiones mineras que fueron otorgadas por el Estado Peruano para que las trabaje su titular, Volcan Mines Co. En 1944, Volcan inició la producción de la mina Ticlio y el mineral fue vendido a la concentradora Mahr Túnel, 25 Hoy Yanacocha es la mina de oro más grande de Sudamérica ubicada en la provincia y departamento de Cajamarca a 800 kilómetros al noreste de la ciudad de Lima, Perú.

26 *Ibidem*, pág 119.

27 *Ibidem*, págs. 119-120.

28 *Ibidem*, pág 120

D. Hualgayoc²⁹

Si bien la minería tenía escasa actividad en la sierra norte, en 1771 se registró en dicha región el importante descubrimiento de San Fernando de Hualgayoc, en el actual departamento de Cajamarca.

Las nuevas minas se hallaban a cuarenta kilómetros de la villa de Chota, a sesenta de la de Cajamarca y a doscientos cincuenta de la ciudad de Trujillo, a cuya caja real permaneció adscrita.³⁰

E. Caylloma³¹

En el sur, las minas de mayor importancia que quedaron en manos del virreinato peruano una vez desmembrado el Alto Perú fueron las de Caylloma, en las alturas de Arequipa. Habían sido descubiertas en 1626 y cinco años más tarde dieron lugar a la apertura de una caja real, lo que revela el optimismo que despertó el nuevo asiento entre las autoridades del gobierno. En un punto medio entre las minas, ubicadas a unos 4.500 msnm, y las haciendas de beneficio, se fundó la villa de Caylloma, que debía servir como residencia a los mineros. Como la generalidad de los asientos mineros peruanos, el inicio del siglo XVIII sorprendió a Caylloma en un mal momento; sin embargo, a partir de 1715, la tendencia fue ascendente y, en vísperas de la rebelión de Túpac Amaru II, alcanzó sus cifras más altas de producción de plata. Durante el quinquenio 1776-1780, las cajas de Caylloma y Arequipa, que hasta entonces nunca habían logrado representar más de un diez por ciento del total virreinal, sumaron el 18% de toda la plata peruana.³²

1.6. La minería del oro

La minería aurífera fue un elemento importante del Perú colonial. Después de la plata, las exportaciones del virreinato que se dirigían a Europa consistían en cacao (procedente, sobre todo, de Guayaquil) y oro. Por tanto, el oro venía a ser la tercera exportación peruana, redondeando aproximadamente un diez por ciento del total hacia finales del siglo XVIII.

Lamentablemente, la investigación histórica ha descuidado la minería aurífera, por lo que se cuenta con escasa información sobre las minas de oro y las empresas dedicadas a esta actividad.³³

29 Hoy la operación minera Cerro Corona realiza explotaciones a tajo abierto en un yacimiento de cobre y oro. El procesamiento del mineral se ejecuta mediante un sistema de molienda y flotación en una planta concentradora, con capacidad para procesar aproximadamente 17 000 toneladas por día. Se ubica en la región Cajamarca, provincia de Hualgayoc, distrito de Hualgayoc, en la comunidad campesina El Tingo, anexo predio La Jalca, caseríos Coymolache y Pílancones.

30 *Ibidem*, pág 122

31 La empresa Minera Bateas es una filial de total propiedad de Fortuna Silver Mines, con sede en Vancouver. Controla más de 12.000ha que abarcan los distritos mineros Caylloma y Sukuytambo en el sur de Arequipa, Perú. La compañía opera la mina de plata Caylloma, la única mina productiva de Fortuna Silver.

32 *Ibidem*, pág 125

33 *Ibidem*, págs. 126-127.

Aparentemente, era trabajada por empresas de muy pequeña escala, que desarrollaban sus acciones tanto en vetas como en lavaderos. Durante sus mejores momentos, hacia mediados del siglo XVIII, la minería aurífera produjo alrededor de diez mil marcos por año; lo que, convertido en su equivalente en plata, representaría aproximadamente un cuarto del valor de la producción de plata de esa misma época en el Bajo Perú.³⁴

Era corriente que algunas minas de plata contuviesen también minerales auríferos, pero existían minas específicamente de oro. Según el “Estado general” de 1799, se contaban 44 minas de oro en el Perú, al lado de 546 de plata. De estas 44 minas de oro, 38 se concentraban en la intendencia de Huamanga y, de ellas, 18 se ubicaban en el partido de Parinacochas que, de esta manera, resultaba la provincia peruana más especializada en la minería del oro. No obstante, la zona aurífera tradicional en el país era la intendencia de Puno (que, como dijimos antes, no fue considerada en la estadística de 1799). En Carabaya y Sandía se ubicaban muchas minas que venían produciendo desde el siglo XVI.³⁵

En Larecaja, Ananea y Poto, se hallaban yacimientos de “oro de cuevas” (como se diferenciaba a estos yacimientos del oro de placeres o lavaderos) de tal importancia que llegó a abrirse una caja real en Carabaya, situada precisamente en el asiento de Poto, corregimiento de Azángaro. La producción de estas minas habría encontrado su mejor momento durante el tercer cuarto del siglo XVIII, cuando Antonio de Ulloa y Cosme Bueno dieron entusiastas referencias. Para 1779, la producción había decaído, al punto que se barajaba suprimir la caja. La rebelión de 1780 terminó dándole el golpe de gracia a esta minería; al menos a los empresarios españoles.³⁶

1.7. La minería de Huancavelica y el abastecimiento de azogue

Además de la plata y el oro, el otro rubro importante de la minería peruana fue el azogue. Este fue producido básicamente en las minas de Santa Bárbara, en Huancavelica, en operación desde la segunda mitad del siglo XVI.

El azogue tenía un carácter de bien intermedio para la minería peruana, puesto que el metal (en estado líquido a la temperatura ordinaria) era un insumo para la refinación de la plata y el oro; sin embargo, en varias ocasiones a lo largo del siglo XVII, el virreinato peruano llegó a exportar azogue al virreinato mexicano. Una de las razones que llevaron a las autoridades coloniales a tratar de implantar el método de la amalgama con azogue en el Perú fue la existencia de minas de este metal en el propio virreinato.³⁷

34 *Ibidem*, pág 127

35 *Ibidem*, pág 128

36 *Ibidem*, pág 128

37 *Ibidem*, pág 132

Las minas de Santa Bárbara habían sido estancadas por el Estado, que celebraba periódicos contratos con un “gremio” de mineros constituido en la Villa Rica de Oropesa (título colonial con que fue fundada la ciudad, en 1571). En estos contratos se estipulaba que el Estado cedía la explotación de las minas al consorcio local de mineros y se comprometía a facilitar una cantidad de indios de mita para los trabajos. Asimismo, debía comprar a los mineros el azogue producido, a un precio fijado en el contrato. El gremio debía pagar un salario a los mitayos, también estipulado en el contrato, y cumplir con producir para el Estado una determinada cantidad de quintales de azogue anualmente. El estanco significaba que ninguna persona distinta del gremio podía explotar las minas y que, a su vez, el gremio solo podía vender el azogue al Estado. Este se encargaría de distribuirlo a través de las cajas reales a los mineros y azogueros del virreinato, generalmente, mediante una venta al crédito.³⁸

Durante el Virreinato y consecuentemente con el avance científico y tecnológico de la época, que requería no solo del oro y plata para financiar el mismo o para adquirir los insumos necesarios, sino de otros recursos mineros, se inició la explotación de otros

minerales tales como el hierro, el cobre, el aluminio, el carbón. El último cuarto del siglo XVI vio, un renacimiento y una sextuplicación de la producción de la plata.

Las reformas del Virrey Toledo³⁹ habían convertido al virreinato del Perú en el más grande productor de este metal en las colonias rindiendo casi la mitad de la producción de Hispanoamérica.⁴⁰

Para dicho efecto España expidió una legislación especial, en forma de ordenanzas, en las que se especificaba o regía la explotación minera, siendo el carácter común de toda esta legislación en que España se reconocía como poseedor absoluto de todos los minerales existentes o por descubrir en el Virreinato. La caída secular de la producción de la plata peruana fue revertida en el transcurso del siglo XVIII, al igual que el descenso constante de la población india.

La recuperación fue estimulada mediante la disminución de los impuestos (el quinto real fue disminuido a una décima parte en 1735), la mejora en el suministro de mercurio, la creciente demanda y el alza de los precios europeos, la estabilización del suministro de la mano de obra de obra gracias a las tendencias demográficas positivas y la prolongación del sistema laboral de la mita.⁴¹

38 *Ibidem*, pág 132

39 Francisco Álvarez de Toledo (Oropesa, 1515 - Escalona, 1582) conocido también como El Solón Virreinal, fue un aristócrata y militar de la Corona de Castilla que fue el quinto Virrey del Perú. Ocupó dicho cargo desde el 30 de noviembre de 1569 hasta el 1 de mayo de 1581, un total de once años y cinco meses.

40 KLAREN Peter. Nación y sociedad en la historia del Perú. Lima. IEP. 2004, pág 101

41 KLAREN Peter. *Opus cit*, pág 135.

El historiador norteamericano Earl Hamilton⁴², a través de pacientes mediciones cuantitativas realizadas en la década de 1920 a 1930, elaboró la curva de los metales preciosos ingresados a España desde sus colonias del Nuevo Mundo. Los resultados no fueron sorprendentes.

Las estadísticas de Hamilton, permitieron distinguir detalles, distinguir períodos y formular hipótesis novedosas:⁴³

1. De 1503 a 1550, el ciclo del oro. Es la época de la aventura y el botín; del saqueo y del mito de El Dorado americano.⁴⁴
2. De 1550 a 1650, el ciclo de la plata. Recogido el botín, acumulado por las sociedades nativas a lo largo de miles de años, los españoles se pusieron a buscar minas.⁴⁵

Entre 1540 y 1560 se descubren las minas de Zacatecas (México) y Potosí (Perú). Las cantidades de plata exportadas entre 1550 y 1650, sobrepasaron largamente la imaginación de los conquistadores que aspiraban encontrar El Dorado en el período anterior.⁴⁶

Hablar de la minería colonial peruana es hablar de hablar del Cerro Rico de Potosí el cual fue descubierto en 1554 por casualidad. En adelante Potosí se convirtió en un objetivo de un enriquecimiento rápido para los europeos.⁴⁷ El mejor biógrafo de Potosí, Bartolomé Arzáns de Orsúa,⁴⁸ dijo en 1735:

*“El famoso, siempre magnífico, muy rico e inextinguible cerro de Potosí; una excepcional creación del poder de Dios, un milagro de la naturaleza, una perfecta y permanente maravilla del mundo,”*⁴⁹

En 1563, se descubrió la mina de Huancavelica y desde el año 1572 se comenzó a llevar el azogue de esta mina hasta Potosí, 5,000 quintales⁵⁰ anuales producía la mina de Huancavelica.⁵¹

1.8. Los derechos de propiedad y el financiamiento de la minería

Otro aspecto que tuvo una importante mejora y, en ese sentido, fue un factor que contribuyó con la recuperación minera del siglo XVIII, especialmente

42 Para una lectura más extensa cf. Earl Hamilton. El tesoro americano y la revolución de los precios en España. 1501-1650. Barcelona. 1975, pág. 48; citado por el profesor Burga.

43 BURGA Manuel. La sociedad colonial. 1580-1780. En: Nueva historia general del Perú. Lima. Mosca Azul Editores. Segunda edición, 1980, pág. 64

44 BURGA Manuel. Opus cit, pág. 65

45 BURGA Manuel. Opus cit, pág. 65

46 Ibidem, pág. 65

47 BURGA Manuel. Opus cit, pág. 65

48 Es considerado un cronista virreinal en Bolivia.

49 BURGA Manuel. Opus cit, pág. 65

50 Un quintal era una antigua unidad de masa española, que equivalía a 100 kgs.

51 BURGA Manuel. Opus cit, pág. 66

en sus últimas décadas, fue la cuestión de los derechos de propiedad sobre los recursos naturales en los que se basaba la minería.

La idea básica del derecho español, que no cambió a lo largo de todo el período colonial (y que, en cierta forma, no ha cambiado hasta hoy), era que la riqueza del subsuelo era patrimonio real, es decir, de la Corona⁵²; aunque esta podía ceder su explotación a los particulares, a cambio de unas “regalías”.

En 1786, se extendieron las Ordenanzas de Minas para el Perú que, tres años atrás, habían sido dictadas por la monarquía española para el virreinato mexicano. Este nuevo código vino a sustituir las disposiciones que, en algunos casos, se arrastraban desde el siglo XVI y se habían vuelto inadecuadas para la nueva tecnología y economía minera. El Visitador Jorge Escobedo⁵³ fue el encargado de adaptar la ley dictada para México a las circunstancias peruanas.⁵⁴

El derecho sobre la propiedad minera quedó mejor respaldado por las Leyes de 1786, ya que estipulaban las causales de su pérdida (no pagar la parte de la producción correspondiente al rey, no explotar la mina de acuerdo con las condiciones establecidas por las autoridades o mantenerla sin trabajar durante un período de meses), si bien no impidieron eventuales arbitrariedades de las autoridades. El denuncia minero podía ser hecho por cualquier vasallo del rey, sin excluir (como en las antiguas leyes) a los indígenas o a cualquier casta.

Las exclusiones operaban únicamente contra los extranjeros. Una vez concedida la mina al vasallo, este podía arrendarla, heredarla, darla en permuta o venderla, sin necesidad de contar con un permiso o venia de las autoridades, como ocurría en el tiempo de los corregidores.⁵⁵

Asimismo, se concedió a los mineros derechos preferentes sobre territorios, agua, leña y yacimientos de sal gema⁵⁶ que pudiesen ser disputados por otros pobladores, o que estuviesen bajo posesión de otros.

En el primer caso, el Estado arbitraría a favor del mejor derecho del minero; en el segundo, el antiguo propietario estaría obligado a vender su derecho al minero. Esta preferencia por la minería expresaba el interés fiscal del Gobierno, que lo llevaba a favorecer al sector del cual provenían sus ingresos, ya directamente (por regalía o diezmo) o indirectamente (por la vía

52 Lo que hoy equivale a decir el Estado.

53 Administrador colonial español, nacido hacia 1755 en Jaén y muerto en Madrid hacia 1808. Ocupó puestos de gran responsabilidad económica y política en el Perú durante la revolución de Túpac Amaru y fue luego visitador del Reino, realizando una gran labor reformadora.

54 CONTRERAS CARRANZA, Carlos. La minería en el Perú en la época colonial tardía, 1700-1824, pág 152

55 Ibidem, pág 153

56 La halita, sal gema o sal de roca es un mineral sedimentario, el cual se puede formar por la evaporación de agua salada, en depósitos sedimentarios y domos salinos. Está asociada con silvita, carnalita y otros minerales. Su composición química es cloruro de sodio (NaCl).

del comercio). Las ordenanzas establecieron que los mineros debían explotar racionalmente los recursos hídricos y vegetales, a fin de evitar su extinción; los relaves deberían ser tratados de modo que no perjudicasen la economía del resto de pobladores. Estas disposiciones nos muestran que ya venían presentándose conflictos entre los mineros y los productores agrarios debido a los problemas de contaminación.⁵⁷

1.9. La minería en la época de la Independencia en el Perú

Proclamada la Independencia del Perú, la legislación minera no varió sustantivamente; siguió rigiendo, con ligeras modificaciones, la legislación española y la expedida para el Virreinato del Perú y las colonias españolas.

En palabras del profesor Basadre, en esa época hubo mucha pobreza, decayó la minería que era fuente del bienestar colonial.⁵⁸

La atracción de capital extranjero (con el simultáneo arribo de nueva tecnología) y el pago de mejores precios por la plata fueron las promesas que el proyecto de la independencia contenía para el sector minero. Pero, en el corto plazo, la coyuntura de la guerra de independencia provocó una importante recesión en la producción. Después de haber superado los veinte millones de pesos en el lustro 1791-1795, la producción descendió hasta los catorce millones en el período de 1816-1820. En el lapso 1821-1824, el total habría sido menor a los tres millones; vale decir, cuando comenzaron los arrestos por la independencia en América, hasta la batalla de Ayacucho.

Habiéndose ubicado el nivel de los mejores años por encima del medio millón de marcos anuales, la producción descendió en los años de la guerra de independencia por debajo de los cien mil marcos.⁵⁹

La tendencia se volvió claramente declinante después de 1811, cuando las minas de Pasco acusaron bruscamente una baja en la producción, aparentemente, por severos problemas de anegamiento en las labores.⁶⁰

Así, queda poca duda de que las guerras de la independencia, junto con la incertidumbre que políticamente crearon, afectaron gravemente la producción minera. Unida al comercio, el minero debió ser el sector más afectado, dado el hecho de que sus insumos (pólvora y mulas) competían con los de la actividad bélica. La guerra movilizó a unos veinticinco mil hombres entre ambos bandos; dada la escasez de mano de obra, es fácil comprender que estas levas dejaran a los campamentos sin operarios; además de sin animales de transporte y sin

57 *Ibidem*, pág 153

58 BASADRE G. Jorge. *Sultanismo, corrupción y dependencia en el Perú republicano*. Lima. Editorial Milla Batres. 1979, pág. 109

59 CONTRERAS CARRANZA, Carlos. *La minería en el Perú en la época colonial tardía, 1700-1824*, pág 157

61 *Ibidem*, pág 159

seguridad para llevar a cabo sus operaciones.⁶¹

El aprovisionamiento de azogue, ferretería y pólvora, del que se hacían cargo las cajas reales, debió complicarse y en la medida que la mayor parte de mineros eran españoles, muchos de ellos seguramente optaron por emigrar o liquidar sus inversiones. En Lima, las ejecuciones sumarias de los peninsulares comenzaron a ocurrir una vez ocupada la ciudad, en julio de 1821, y los empresarios mineros pudieron pensar que era mejor ponerse a salvo antes de que la sierra cayese también en manos patriotas. Para 1825, se contaron en Cerro de Pasco veintidós “emigrados”, todos ellos dedicados a la minería.⁶²

1.10. La minería en la época de la República, en el siglo XIX

Los primeros años de la República el mercado interno se redujo y fragmentó, durante el período transcurrido entre 1830 a 1850, la violencia sofocó el crecimiento económico tanto como antes lo habían hecho las restricciones y los tributos españoles. A lo largo del siglo XIX, la minería había tenido un escaso desarrollo técnico. Centrada, principalmente, en la producción de plata que se explotaba en pequeños yacimientos.⁶³

Con la redefinición de los procesos productivos de los países industrializados la minería de metales preciosos quedó relegada a un plano muy secundario respecto a las demandas que ahora provenían de estos países y que exigían una producción minera industrial.⁶⁴

Estos cambios significaron un golpe mortal para la minería argentífera del centro del país, que vio bajar increíblemente el precio de la plata en el mercado, pero al mismo tiempo significó el punto de partida de una nueva era centrada en la producción del cobre.⁶⁵ La minería se concentraba en dos plazas principales:

Cerro de Pasco y Hualgayoc, cuyo auge se había iniciado en las últimas décadas del siglo XVIII y su producción principal era la plata.⁶⁶ Las minas de Huancavelica eran ya un recuerdo, por lo que la minería dependió de la importación de azogue europeo y norteamericano desde la década de 1850.⁶⁷

Con la llegada de la *Cerro de Pasco Company*, los procesos de producción van a sufrir una reorientación profunda. Con un capital de millones de dólares,

62 Ibidem, pág. 159

63 YEPEZ DEL CASTILLO, Ernesto. El desarrollo peruano en las primeras décadas del siglo XX. En: Nueva historia general del Perú. Lima. Mosca Azul Editores. Segunda edición, 1980, pág. 144.

64 Ibidem, pág. 144

65 Ibidem, pág. 144

66 CONTRERAS CARRANZA, Carlos y Marcos Cueto. Historia del Perú contemporáneo. Desde las luchas por la Independencia. Hasta el presente. Lima. IEP. 2004, pág. 45.

67 CONTRERAS CARRANZA, Opus cit, pág. 45.

68 Ibidem, pág. 144

adquirieron centenares de minas, construyendo la más formidable infraestructura jamás creada hasta ese momento en el país por empresa minera alguna.⁶⁸ La *Cerro de Pasco Company*, levantó un fundición en Tinyahuarco, primero, y, en La Oroya, hacia la década de 1920, después, que al procesar volúmenes de mineral diarios en una escala nunca vista en el país, bajó los costos de transformación, circunstancia que permitió explotar, rentablemente, incluso minerales de baja ley.⁶⁹

En efecto, en la sierra central la *Cerro de Pasco Mining Company*, se constituyó sobre la base de capitales aportados por Vanderbilt, Morgan, Hearts. En las dos primeras décadas esta empresa absorbió

1.11. La minería en la época de la República, en el siglo XX

1.11.1. La minería con el Presidente Eduardo López de Romaña

En el mensaje al Congreso de la República el 28 de julio de 1900, el Presidente López de Romaña señaló:

*“Necesidad no menos sentida era la expedición de un Código de Minería. Inaplicables en ya en muchas partes, las antiguas ordenanzas y deficientes en muchas otras ante las crecientes exigencias de esa importante industria, se ha alcanzado remedios a esos vacíos, mediante la promulgación del Código de Minería (...) estoy persuadido que ese cuerpo de leyes satisfará ampliamente las exigencias de una de las importantes fuentes de riqueza y bienestar nacionales”*⁷⁰

Las ordenanzas coloniales, con sus modificaciones y agregados, continuaron vigentes hasta el año 1900, sobre la base de lo dispuesto en el Reglamento Provisional del 12 de febrero y 8 de octubre de 1821.

En nuestro primer Código de Minería, no hubo ningún cambio, sino más bien, la actualización de los conceptos de separación del yacimiento minero de la propiedad superficial, considerándose a la concesión como un derecho al que se compara, hoy podemos afirmar que metafóricamente y para darle la condición de derecho real, con la propiedad común.

El 1 de enero del año 1901, empezó a regir el Código de Minería, en el régimen del Presidente Constitucional, Eduardo López de Romaña en el que se precisó, entre otros:

Artículo. 4º.- La propiedad de las minas es separada y distinta de la del terreno o fundo superficial; y el dominio, posesión, uso y goce de ella

69 Ibidem, pág. 144

70 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Mensaje del Presidente Constitucional de la República del Perú, Eduardo López de Romaña, al Congreso nacional el 28 de julio del año 1900. En: Mensajes presidenciales y otros documentos para la historia política del Perú. Compilado por Fernando Ayllón Dulanto. Lima. Dirección de Tecnología de la Información. 2006, pp. 4-5.

son transferibles, con arreglo a las leyes comunes y a las disposiciones especiales de este Código.

Artículo 5°.- *La propiedad minera legalmente adquirida es irrevocable y perpetua, como la propiedad común; y la única causa especial de caducidad es la falta de pago del impuesto de que trata el artículo 28 de esta ley.*⁷¹

1. El concepto extensivo de la propiedad; 2, La de la propiedad de las minas separadas y distintas de la del terreno superficial; 3. El de la transferencia del dominio, posesión, uso y goce de ellas; 4. El de irrevocabilidad y perpetuidad de la propiedad; 4. El derecho de explotación y libre disposición de todas las sustancias, excepto petróleo e hidrocarburos; **5. El que a la explotación de las minas solo puede adquirirse por concesión.**⁷²

En la práctica, por razones de omisión en las normas, la propiedad minera se asimiló a la propiedad común.

En 1920, el concepto de propiedad absoluta fue modificado por la Constitución Política de 1920 en la que se señalaba que la propiedad minera en toda su amplitud pertenecía al Estado, concediéndoles a los particulares solo la posesión o usufructo, con sujeción a las leyes vigentes o que se emitieran para dicho efecto. Hasta 1950, existieron varios intentos de modificar la legislación minera dispersa desde 1901, en un cuerpo y texto único y uniforme, sin materialización efectiva.⁷³

Artículo. 42.- **La propiedad minera en toda su amplitud pertenece al Estado.** *Sólo podrá concederse la posesión o el usufructo en la forma y bajo las condiciones que las leyes dispongan.*⁷⁴

1.11.2. La minería con el Presidente General Manuel A. Odría

Con una redacción muy similar, la Constitución del año 1933 precisó:

Artículo 37.- Las minas, tierras, bosques, aguas y, en general todas las fuentes naturales de riqueza pertenecen al Estado, salvo los derechos legalmente adquiridos. La ley fijará las condiciones de su utilización por el Estado, o de su concesión, en propiedad o en usufructo, a los particulares.⁷⁵

El gobierno presidido por el General Manuel A. Odría, promulgó el Decreto Ley N°11357 el 12 de mayo de 1950, a través del cual se puso en vigencia el nuevo Código de Minería a partir del 10 de julio de 1950, en el cual se adoptó la tesis dominialista separándose el suelo del subsuelo, corrigiéndose el concepto de propiedad privada de las minas del Código de 1900.

71 MARTINEZ H.. Opus cit

72 MARTINEZ H.. Opus cit

73 Ibidem

74 MARTINEZ H.. Opus cit

75 MARTINEZ H.. Opus cit

En el Código de Minería del 50 se estableció, entre otros: 1. Que la explotación minera es de utilidad pública. 2. Se le confirió una serie de derechos al concesionario, lo cual originó situaciones arbitrarias favoreciendo al minero sin limitación alguna; en esta legislación se excluyó la explotación del petróleo o hidrocarburos.

Durante el gobierno del general Odría se dieron una serie de disposiciones de gran aliento a la inversión privada.

El Código de Minería del 50, virtual traducción de la ley norteamericana: 1. Redujo los impuestos de exportación, equiparándolos a los de las empresas comerciales e industriales, exonerando el pago de derechos de importación de equipos. 2. Gracias al artículo 56 de dicho código, las empresas tenían el derecho de deducir del pago de impuestos hasta el 20% de sus beneficios por el factor agotamiento y además 3. Preveía que los depósitos mineros de calidad marginal se aplicarían tasas impositivas bajas, hasta que el inversionista hubiese amortizado totalmente el capital. 4. Asimismo, estableció que estas condiciones no se modificarían en los próximos 25 años.⁷⁶

En relación a los beneficios tributarios de aquel entonces es oportuno citar lo siguiente: los impuestos sobre el comercio fueron reducidos. Si los impuestos de importación y exportación representaban el 17% del valor del comercio en 1951, diez años más tarde esa proporción había caído al 11%.⁷⁷

La minería fue especialmente favorecida, en tanto que los impuestos a las exportaciones mineras cayeron del 12% del valor de exportaciones en el año 1949 a 3% en el año 1951⁷⁸ y permaneció en 2.1% en 1961.⁷⁹

Durante el gobierno del general Odría, la economía peruana volvió a experimentar, como a principios de siglo, un considerable flujo de inversiones en la minería, con el consiguiente crecimiento de la producción y del comercio exterior.⁸⁰

Al respecto el profesor Hunt, señaló, el resultado fue que entre 1950-1965, se dio un incremento del 379% en el valor de las inversiones norteamericanas directa en la minería peruana, mientras que en la minería chilena fue de 45% (...) más aún, la relativa atracción del Perú al inversionista extranjero se extendió más allá del sector minero: la inversión directa norteamericana en los sectores no mineros se incremento en 180%, comparado con el 111% en toda América Latina.⁸¹

76 COTLER, Julio. *Clases, estado y nación en el Perú*. Lima. IEP. 1978, págs.273-274

77 COTLER, Julio. *Opus cit*, págs.273-274

78 Es oportuno recordar que el gobierno del general Odría se inició con un golpe militar contra el presidente Bustamante y Rivero el 27 de octubre de 1948 hasta el 28 de julio de 1950. Luego de 1950 a 1956, el general Odría asumió el mando supremo, formalmente, por elecciones generales.

79 ROEMER, Michael. *Fishing for growth*. Cambridge. Harvard University Press. 1970, p.48. Citado por Cotler, *Opus cit*, pág. 274.

80 COTLER, Julio. *Opus cit*, pág. 274

81 HUNT, Shane. *The Growth performance of Peru (ms.)*. Princeton University. 1966, p. 21: Citado por Cotler. *Opus cit*, pág. 274.

El Código de Minería de 1950 agregó a los conceptos ya señalados sobre dominio del Estado sobre los yacimientos minerales, una distinción muy precisa entre suelo y yacimiento que llegó hasta nuestros días:⁸²

Artículo 1º.- *Las sustancias minerales de toda naturaleza que se encuentren en el suelo y en el subsuelo del territorio nacional, son bienes de propiedad del Estado, salvo los derechos legalmente adquiridos.*

*Todo lo relativo a su explotación por los concesionarios es de utilidad pública y se regirá por las disposiciones de este Código*⁸³.

Artículo 7º.- *La mina es un inmueble distinto y separado del terreno superficial en que está*⁸⁴.

1.11.3. La minería con el General Juan Velasco Alvarado.

El gobierno de Juan Velasco Alvarado, que irrumpió en el Perú mediante un golpe de estado, el 3 de octubre de 1968, formó parte de los gobiernos militares nacionalistas que, en la misma época, aparecieron también en Ecuador, Panamá, Bolivia y Honduras, cuya característica fue la de una mixtura entre ideas progresistas en lo social, nacionalistas en lo económico y antiimperialista en la política exterior. Guiado por el denominado *Plan Inca*, buscó distribuir la propiedad, reformar el agro, implementar una comunidad industrial y nacionalizar las industrias básicas (petróleo, pesca, minería). Otras medidas fueron la nacionalización de la mayor parte de la banca, la comercialización estatal de los recursos naturales, la reversión de los yacimientos mineros que estaban en manos de empresas transnacionales y la nacionalización de servicios públicos esenciales⁸⁵.

En lo económico el gobierno del general Velasco estuvo signado por las nacionalizaciones y las empresas estatales. El proceso de industrialización estaba destinado a excluir totalmente a los inversores extranjeros. En ese espíritu, el régimen de Velasco de inmediato nacionalizó la IPC⁸⁶ el 9 de octubre de 1968 y, poco después la compañía minera de cobre más grande, mientras se hizo cargo de otras empresas extranjeras con mayor tranquilidad a través de compras de empresas.⁸⁷

El gobierno del general Velasco puso nuevas restricciones a la inversión extranjera y abrió el camino para un acuerdo regional, el Pacto Andino, que

82 MARTINEZ H.. Opus cit

83 MARTINEZ H.. Opus cit

84 MARTINEZ H.. Opus cit

85 HUDSON, Rex. A ed. Peru: A Country Study. Washington: GPO for the Library of Congress, 1992. Recuperado el 26 de mayo 2104 de www.deperu.com/abc/economia/3044/el-gobierno...Velasco.../2

86 Compañía matriculada en el Perú cuya sede principal está en la ciudad de Toronto, Canadá. Sus acciones pertenecen a la Standard Oil de New Jersey.

87 HUDSON, Rex. Opus cit.

contó con los controles más extensos sobre la inversión extranjera intentado aún en el mundo en desarrollo.⁸⁸

La legislación del General Odría, se mantuvo vigente hasta el gobierno del General Juan Velasco Alvarado, en el se introdujeron significativas modificaciones con el claro propósito de regular la actividad minera en su conjunto desde una perspectiva nacionalista y doctrinariamente equidistante del capitalismo.

En este contexto se promulgó el Decreto Ley N°1888o en el que se estableció un nuevo régimen jurídico que derogó el Código de Minería promulgada por Manuel Odría en 1950 y entró en vigencia a partir del 10 de julio 1971 la Ley General de Minería.

En esta Ley, se señalaba, entre otros, que la concesión minera debe considerarse como un inmueble distinto y separado del terreno superficial al igual que la del Código de Minería de 1950 y que por la concesión se otorgaba, al titular, un derecho real, el que tenía por finalidad:

1. Permitir la realización de los contratos mineros,
2. Así como constituir las hipotecas sobre las concesiones, respecto de los minerales extraídos y/o beneficiados en poder del deudor;
3. Establecer prenda minera lo cual significó que el derecho real concedido no lo es sobre los minerales que ella contiene, sino el derecho de explotarlo o explorarlo; es decir que el derecho real comprende solo la propiedad sobre las sustancias minerales extraídas.

En tal sentido con esta legislación se marcó una diferencia respecto a la de 1950 en la que el derecho real así como las derivaciones de ello, tales como las hipotecas, por ejemplo, comprendía también a los minerales probados y listos para su explotación; lo cual ya no era posible con la Ley General de Minería de 1971. El dominio del Estado sobre los recursos mineros coincidió perfectamente con los principios estatistas del Gobierno Revolucionario iniciado en 1968, que en la Ley General de Minería de 1971, Decreto Ley N° 1888o, precisaba:⁸⁹

II.- Son bienes de propiedad del Estado, inalienables e imprescriptibles, los yacimientos minerales, cualquiera que sea la naturaleza de las sustancias que contengan.

Artículo 8°.- La concesión minera es un inmueble distinto y separado de la superficie en donde esté ubicada. (...) Por la concesión se otorga al titular un derecho real.⁹⁰

Con algunas modificaciones, está legislación subsistió hasta la década

88 HUDSON, Rex. Opus cit.

89 MARTINEZ H. Opus cit

90 MARTINEZ H.. Opus cit

del 90, en la que la nueva administración gubernamental impulsó una nueva política económica y cambio estructural en la que la legislación sobre inversión, particularmente la relacionada a la actividad minera, debía modificarse en aras de impulsar la misma ya que constituye en la actualidad, sino la más importante, una de las más significativas para la economía nacional.

1.11.4. La minería con el Presidente Fernando Belaunde

(Segundo gobierno)

En la Constitución de 1979 continúa expresamente recogido el concepto de dominio del Estado sobre los yacimientos minerales:⁹¹

*Art. 118.- Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. Los minerales, tierras, bosques, aguas y, en general, todos **los recursos naturales** y fuentes de energía **pertenecen al Estado**. La ley fija las condiciones de su utilización por éste y de su otorgamiento a los particulares⁹².*

Por Decreto Legislativo N° 109 del 12 de junio de 1981 se promulgó la Ley General de Minería, la que se caracterizó por constituir un nuevo cuerpo legal, que incorporó conceptos nuevos, modificó, derogó y mantuvo parte de la normatividad preexistente en la profusa y dispersa legislación existente.

El Decreto Legislativo N° 109 buscó encontrar un balance entre el estatismo minero del gobierno militar de Velasco Alvarado y los principios neoliberales del gobierno democrático. Con el nuevo texto minero, el concesionario estaba investido de un derecho pleno sobre el área de terreno que denuncia desde que formula el pedido.

El Decreto Legislativo N° 109 coexistió con el Reglamento de la Ley General de Minería aprobado por Decreto Supremo 025-82-EM/VM y estos textos cubrían el ámbito jurídico de los recursos mineros concesionables.

La Ley General de Minería de 1981- Decreto Legislativo N° 109, retomó la redacción utilizada en la Constitución de 1933.⁹³

II. Todos los recursos minerales, incluso los geotérmicos, pertenecen al Estado, cuya propiedad es inalienable e imprescindible.

Artículo 15.- *La concesión minera es un inmueble distinto y separado de la superficie donde está ubicada. (...)*

Artículo 17°.- *La concesión minera otorga a su titular un derecho real, consistente en la suma de los atributos que esta Ley reconoce al concesionario. (...)*⁹⁴

91 MARTINEZ H.. Opus cit

92 MARTINEZ H.. Opus cit

93 MARTINEZ H.. Opus cit

94 MARTINEZ H.. Opus cit

Sub capítulo 2

La minería con el Presidente Alberto Fujimori

1. *Introducción: el “Consenso de Washington”*

Para explicar la reforma de la minería peruana es necesario examinar la historia del Consenso de Washington que data de 1989 cuando la prensa de Estados Unidos aún comentaba la poca disposición que tenían los países de América Latina para emprender las reformas que les permitiría salir de la crisis de la deuda. A mi modo de ver esto era erróneo y, de hecho, las posturas sobre la política económica estaban cambiando radicalmente.⁹⁵

Para comprobarlo, el Instituto de Economía Internacional decidió convocar una conferencia para que autores de 10 naciones latinoamericanas detallaran lo que había estado sucediendo en sus respectivos países.⁹⁶

Para asegurar que todos abordaran un conjunto de cuestiones en común, redacté un documento de referencia donde enumeré *10 Reformas de Política Económica* que casi todos en Washington consideraban necesario emprender en América Latina en ese momento. A este programa de reformas lo denominé “*Consenso de Washington*”, sin imaginar que estaba acuñando una expresión que pasaría a ser el grito de batalla en los debates ideológicos por más de una década. En efecto, pensé que las ideas que estaba presentando eran consensuadas, por lo cual las denominé así. A continuación enumero esas 10 reformas.⁹⁷

2. *Las diez reformas del “Consenso de Washington”*

1. Disciplina fiscal. Esta reforma se dio en el contexto de una región en la que casi todos los países habían acumulado grandes déficit que condujeron a crisis en su balanza de pagos y estaban experimentando inflaciones elevadas que afectaban principalmente a los pobres porque los ricos podían colocar su dinero en el extranjero.
2. Reordenación de las prioridades del gasto público. En este caso se sugirió redistribuir el gasto en beneficio del crecimiento y los pobres.
3. Reforma tributaria. La finalidad era que el sistema tributario combinara una base tributaria amplia con tasas marginales moderadas.

95 GUITIÁN, Manuel y otros. La cultura de la estabilidad y el Consenso de Washington. Colección de Estudios e Informes. N° 15. Caja de Ahorros y pensiones de Barcelona. Barcelona. Creaciones gráficas 1999, pág. 118-120

96 WILLIAMSON, John. No hay consenso. Reseña sobre el Consenso de Washington y sugerencias sobre los pasos a dar. En: Finanzas y Desarrollo, septiembre, 2003, [Documento en Línea].

Disponible: www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2003/09/pdf/williams.pdf [Consulta: 2011, febrero 08], pág 10

97 WILLIAMSON, John. Opus cit, pág 10

4. Liberalización de las tasas de interés.
5. Tipo de cambio competitivo, un país debe optar por un tipo de cambio totalmente fijo o dejarlo flotar “limpiamente.”
6. Liberalización del comercio.
7. Liberalización de la inversión extranjera directa.
8. Privatización. Cómo se hace una privatización: puede ser un proceso sumamente corrupto que transfiere activos a una elite privilegiada por una fracción de su valor real, pero si se realiza como es debido, es beneficioso (en especial en lo atinente a la mejora del servicio) y la empresa privatizada vende en un mercado competitivo o se regula apropiadamente.
9. Desregulación. Distender las barreras al ingreso y a la salida del mercado y no en abolir normas de seguridad o ecológicas (o las normas que determinan los precios en una industria no competitiva).
10. Derechos de propiedad. Proporcionar al sector informal la capacidad de obtener derechos de propiedad a un costo aceptable [*basado en el análisis de Hernando de Soto, del cual se publicó una versión posterior en la edición de marzo de 2001 de Finanzas & Desarrollo*].⁹⁸

3. El “Consenso de Washington” y la lógica de la estabilización

Los años 80 y los primeros 90 registraron la prevalencia intelectual y política de una correlación negativa entre el Estado latinoamericano existente y el desarrollo humano.

Las políticas puestas en marcha, especialmente tras la crisis de la deuda y el fracaso de los intentos de ajuste heterodoxos, se orientaron a enfrentar la crisis fiscal del Estado y a asegurar los equilibrios macroeconómicos, entre ellos:

1. Políticas monetarias antiinflacionarias,
2. Políticas de equilibrios presupuestarios,
3. Políticas de privatizaciones.
4. Políticas de desregulaciones,
5. Políticas de de reducciones drásticas de empleo público y
6. De descentralización territorial fueron las más características de este tiempo.

Estas políticas, generadas en el contexto del llamado “Consenso de Washington”, respondieron más a una lógica de estabilización que propiamente de desarrollo. Sólo los discursos más radicalmente «neoliberales» asumieron el

98 WILLIAMSON, John. Opus cit, pág 10 y GUITIÁN, Manuel y otros, pág. 118-120

retiro del Estado al rol de garantía del equilibrio macroeconómico y de facilitación de la actividad privada vía:

1. Liberalizaciones,
2. Privatizaciones y
3. Desregulaciones,

Sería condición suficiente para provocar el desarrollo de una economía de mercado vibrante. Estos supuestos han sido ampliamente desmentidos tanto por los hechos como por la teoría.⁹⁹

Este Consenso articuló el sentido común prevaleciente en la comunidad académica y las instituciones financieras internacionales y su principal contribución fue el reconocer la importancia de los mercados y las limitaciones de la intervención estatal.

Sin embargo, muchos funcionarios de organismos internacionales –y aún más importantes, funcionarios gubernamentales responsables de las políticas económicas en América Latina– interpretaron el *Consenso de Washington* en forma sesgada e inflexible. Esto los llevó a justificar e imponer medidas extremas de:

1. Liberalización comercial,
2. Desregulación financiera,
3. Privatizaciones apresuradas y
4. Recortes del gasto público sin establecer prioridades, sin tomar en cuenta costos de oportunidad, sin considerar sus efectos secundarios y sin discusión pública.¹⁰⁰

Los años 90 significó una profunda transformación que significó el fin del Estado populista y el ascenso de la economía de mercado como organizadora de las relaciones sociales dentro de la revolución neoliberal.¹⁰¹

4. La Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero

Mediante Decreto Legislativo N° 708 se promulgó la Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero¹⁰² y por mandato de la Novena Disposición Transitoria del Decreto Legislativo N° 708, por Decreto Supremo N° 014-92 EM se aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería; el que señala entre otros los mismos o similares conceptos y términos de la legislación

99 Opus cit, pág. 111

100 Ibidem, pág. 119

101 KRESALJA ROSELLÒ, Baldo. OCHOA CARDICH, César. Derecho constitucional económico. Lima Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2009, p. 123

102 De fecha 6 de noviembre de 1991, es decir, se promulgó al amparo de la Constitución de 1979.

anterior, caracterizándose por incentivar la inversión extranjera. En el indica un tema que es de suma importancia respecto a la Concesión Minera.¹⁰³

Asimismo, es oportuno señalar los beneficios que se otorgó a la inversión minera. El Decreto Legislativo N° 708, Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero, señaló.¹⁰⁴

5. Privatizaciones y concesiones mineras

En 1990 el Gobierno del Presidente Fujimori inició un programa de estabilización y de reformas estructurales con el fin de generar las condiciones para el crecimiento sostenido de la economía sobre la base de la inversión privada. La privatización de las empresas estatales asumió en este contexto un rol central para el logro de los objetivos del programa económico. La transferencia de estas empresas al sector privado era esencial para eliminar una de las principales causas del déficit fiscal y contribuir a la estabilidad macroeconómica.¹⁰⁵

Asimismo, la privatización de estas empresas atraería capitales del exterior, con un aporte significativo de conocimientos y tecnología para modernizar la economía peruana y elevar su competitividad internacional.¹⁰⁶

El proceso de privatización se inició con la promulgación del Decreto Legislativo 674 – Ley de Promoción de la Inversión Privada en Empresas del Estado. Los objetivos del proceso fueron establecer un Estado más pequeño y eficiente, fomentar la inversión privada, el crecimiento del producto, la generación de empleo y mejorar la calidad y cobertura de los bienes y servicios.¹⁰⁷

Con el fin de otorgarle dinamismo y apoyo político al proceso se estableció una estructura para la toma de decisiones en la que participaban Ministros de Estado en representación del Presidente y entidades que se encargaban de conducir el proceso de privatización.¹⁰⁸

103 “La concesión minera otorga a su titular un derecho real, consistente en la suma de atributos que está Ley reconoce al Concesionario. Las concesiones son irrevocables, en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta Ley exige para mantener su vigencia”.

104 Artículo 2.- Con el objeto de promover la inversión privada en la actividad minera, se otorga a los titulares de tal actividad los siguientes beneficios:

- a) Estabilidad tributaria, cambiaria y administrativa;
- d) Las inversiones que efectúen los titulares de actividad minera en infraestructura que constituya servicio público, serán deducibles de la renta imponible, siempre que las inversiones hubieren sido aprobadas por el organismo del sector competente.
- i) Libertad de remisión de utilidades, dividendos, recursos financieros y libre disponibilidad de moneda extranjera en general.
- k) Simplificación administrativa para la celeridad procesal, en base a la presunción de veracidad y silencio administrativo positivo ficto en los trámites administrativos;

105 Bruno Franco, et al. Las privatizaciones y concesiones. Documento de investigación. Lima. Instituto Peruano de Economía. 2003, pp. 6-7.

106 Opus cit, pp. 6-7.

107 Opus cit, p. 7.

108 Opus cit, p. 7.

La estructura organizativa del proceso se diseñó en base a la Comisión de Promoción de la Inversión Privada (COPRI) y a los Comités Especiales de Privatización (CEPRIs).

El Directorio de la COPRI se conformó por cinco Ministros, asignándosele la responsabilidad de establecer las políticas y objetivos del proceso de privatización, el nombramiento de los CEPRIs a cargo de cada uno de los procesos específicos y la aprobación de las decisiones más importantes.¹⁰⁹

Asimismo, a la Dirección Ejecutiva de COPRI se le encargó la gerencia global del proceso y a cada CEPRI la planificación y ejecución de los procesos individuales de privatización. La Copri estableció, en su planteamiento estratégico inicial, los siguientes objetivos¹¹⁰:

6. Objetivos económicos¹¹¹

- Incremento de la inversión nacional y extranjera.
- Crecimiento del producto
- Generación del empleo
- Satisfacción de la demanda de bienes y servicios de calidad.
- Incremento de la competencia.
- Ingresos fiscales.

7. Objetivos empresariales¹¹²

- Viabilidad y prosperidad a largo plazo de las empresas privatizadas.
- Rápida recuperación operativa.
- Generación de empleo productivo.

8. Objetivos legales¹¹³

- Establecer un marco regulatorio moderno y simplificado para el desarrollo eficiente de las operaciones empresariales.
- Efectuar una correcta transferencia de la propiedad sobre los derechos de las operaciones privatizadas.
- Asegurar la irreversibilidad del programa.

En 1992 se promulgaron diversos dispositivos legales para establecer un marco normativo que fuera atractivo para la inversión privada. Se promulgó la Ley Marco

109 Opus cit, p. 7.

110 Opus cit, p. 7.

111 Opus cit, p. 7.

112 Opus cit, p. 7.

113 Opus cit, p. 7.

114 Opus cit, p. 8

para el Crecimiento de la Inversión Privada que garantiza el desarrollo de la inversión bajo los principios de libre competencia, libre iniciativa e igualdad de derechos para inversionistas nacionales y extranjeros. Se expidió además una norma que faculta al Poder Ejecutivo a firmar Convenios de Estabilidad Jurídica con rango de Ley donde se garantizan una serie de derechos en materia tributaria, laboral y libre disponibilidad de divisas, que son fundamentales para la seguridad de las inversiones.¹¹⁴

En 1993 se consolidó este régimen en la nueva Constitución, en la cual se incluyó disposiciones para:

- (i) Promover la libre iniciativa privada, la libre competencia y la igualdad de trato para todas las actividades económicas,
- (ii) Garantizar la posibilidad y la libertad de suscribir Convenios de Estabilidad entre los inversionistas privados y el Estado,
- (iii) Establecer la igualdad entre inversionistas nacionales y extranjeros,
- (iv) Garantizar el derecho a la propiedad privada y
- (v) Permitir al Estado y a las personas de derecho público recurrir al arbitraje nacional o internacional para solucionar potenciales controversias.¹¹⁵

De otro lado, se suscribieron acuerdos internacionales de protección a la inversión extranjera y de resolución de conflictos vía arbitraje internacional tales como:

- El Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA),
- Overseas Private Investment Corporation (OPIC) e
- International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) y
- Se suscribieron Convenios Bilaterales de Promoción a la Inversión con varios países.¹¹⁶

Asimismo, se introdujeron modificaciones al Decreto Legislativo No. 674 para autorizar al Estado a otorgar seguridades y garantías para proteger las adquisiciones e inversiones sin limitación alguna. Se estableció la posibilidad de utilizar los títulos de la deuda externa como parte de pago en los procesos de privatización y se declaró la intangibilidad de los activos de empresas en procesos de privatización, entre otras normas que perfeccionaron el esquema inicial.¹¹⁷

De esta forma se logró un marco legal atractivo para la inversión privada nacional y extranjera en todas las actividades económicas, lo que sin duda fue un requisito básico para el éxito del proceso de privatización.¹¹⁸

115 Opus cit, p. 8

116 Opus cit, p. 8

117 Opus cit, p. 8

118 Opus cit, p. 8

9. *Las privatizaciones*

En el proceso de privatizaciones se distinguieron dos etapas bien marcadas. La primera etapa comprendió el período 1992-96 y se caracterizó por su dinamismo y por la convicción y firmeza –al más nivel político- con la que se condujo el proceso. Durante este período se efectuaron las más importantes y exitosas privatizaciones.¹¹⁹

La segunda etapa que comprendió básicamente el período 1996-99 se caracterizó, en cambio, por una actitud dubitativa del gobierno frente a las privatizaciones. En general, en esta segunda etapa se estancó el proceso. Durante este período el gobierno se limitó a anunciar privatizaciones, que luego fueron postergadas.¹²⁰

El gobierno pospuso indefinidamente importantes privatizaciones en los sectores de saneamiento, electricidad e hidrocarburos, que hubieran atraído un monto significativo de capitales y contribuido a una mayor modernización y eficiencia de estas actividades.¹²¹

Mediante el programa de privatizaciones se transfirió al sector privado cerca de 160 empresas estatales, obteniéndose ingresos por un valor de US\$8,100 millones y compromisos de inversión de US\$6,800 millones.¹²²

Durante el período 1992-96 se privatizó cerca de 110 empresas estatales, lo que generó ingresos para el Estado por US\$ 7,200 millones y compromisos de inversión por US\$ 6,000 millones.¹²³ En este período se efectuaron las principales privatizaciones en los sectores de:

- Telecomunicaciones,
- Electricidad,
- Hidrocarburos y
- Sistema financiero.¹²⁴

A partir del segundo semestre de 1996 el ritmo del proceso y la importancia de las empresas privatizadas se desaceleró, transfiriéndose cerca de 50 empresas de menor importancia y generándose ingresos de aproximadamente US\$900 millones y compromisos de inversión por US\$710 millones. A continuación se describe brevemente las principales privatizaciones efectuadas.¹²⁵

10. *El proceso de privatizaciones en minería*

El proceso de privatizaciones en el sector minero ha sido uno de que ha avanzado con mayor fluidez. En este sector, además de haberse atraído a

119 Opus cit, p. 9

120 Opus cit, p. 9

121 Opus cit, p. 9

122 Opus cit, p. 9

123 Opus cit, p. 9

124 Opus cit, p. 9

125 Opus cit, p. 9

importantes grupos extranjeros, se han comprometido montos significativos de inversión adicional para los próximos años, que contribuirán al fortalecimiento de la balanza de pagos. Las privatizaciones mineras le permitieron recaudar al Estado cerca de US\$1,000 millones y asegurar inversiones por un monto superior a US\$4,000 millones.¹²⁶

La primera operación en este sector fue la transferencia del 100% del capital de Hierro-Perú a la empresa Shougang por un monto de US\$ 120 millones y un compromiso de inversión de US\$ 150 millones.¹²⁷

En 1993 se privatizó la empresa Cerro Verde a un precio de US\$ 35 millones y un compromiso de inversión de US\$ 485 millones.¹²⁸

Meses después se transfirió el 100% de la Empresa Minera Especial Tintaya a un precio de US\$ 283 millones y un compromiso de inversión de US\$ 85 millones.¹²⁹

La refinería de Zinc Cajamarquilla por la que se recibió US\$ 193 millones, con un compromiso de inversión de US\$ 50 millones.¹³⁰ Asimismo, se transfirió la opción para desarrollar el proyecto Antamina que representa un compromiso de inversión de US\$ 2,500 millones en cinco años y el pago de US\$ 20 millones por la opción de desarrollo del proyecto.¹³¹

Este proyecto representa una de las principales inversiones que se vienen ejecutando en el país, a pesar de las dificultades del contexto financiero internacional y las menores cotizaciones de los minerales.¹³²

En 1997 también fue importante la venta de la Empresa Minera Mahr Túnel adjudicada en US\$ 128 millones y un compromiso de inversión de US\$ 60 millones.¹³³

11. ¿Cuáles son las normas que regulan la concesión minera en el Perú?

- I. Constitución Política del Perú. (Art. 66º)¹³⁴
- II. Ley N° 26821 “Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.”¹³⁵

126 Opus cit, p. 12

127 Opus cit, p. 12

128 Opus cit, p. 12

129 Opus cit, p. 12

130 Opus cit, p. 12

131 Opus cit, p. 12

132 Opus cit, p. 12

133 Opus cit, p. 12

134 **Artículo 66º.** *Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.*

135 **Artículo 19.** *Los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las leyes especiales para cada recurso natural. En cualquiera de los casos, el Estado conserva el dominio sobre estos, así como sobre los frutos y productos en tanto ellos no hayan sido concedidos por algún título a los particulares.*

- III. Decreto Supremo N° 014-92-EM “Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería.”¹³⁶
- IV. Decreto Supremo N° 018-92-EM “Reglamento de Procedimientos Mineros.”¹³⁷
- V. Decreto Supremo N° 03-94-EM “Reglamento de Diversos Títulos del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería”¹³⁸
- VI. Ley N° 26615 “Ley del Catastro Minero Nacional”¹³⁹
- VII. Ley N° 27651 “Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y la Minería Artesanal”¹⁴⁰ modificado por D. Leg. 1040.
- VIII. Ley N° 27015 “Ley de Áreas Urbanas y de Expansión Urbana, modificada por la Ley N° 27560¹⁴¹ y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2002-EM”¹⁴²
- IX. Ley N° 27444 “Ley del Procedimiento Administrativo General”

136 **Artículo 9o.-** *La concesión minera otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos, que se encuentren dentro de un sólido de profundidad indefinida, limitado por planos verticales correspondientes a los lados de un cuadrado, rectángulo o poligonal cerrada, cuyos vértices están referidos a coordenadas Universal Transversal Mercator (UTM).*

La concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentre ubicada.

Las partes integrantes y accesorias de la concesión minera siguen su condición de inmueble aunque se ubiquen fuera de su perímetro, salvo que por contrato se pacte la diferenciación de las accesorias.

Son partes integrantes de la concesión minera, las labores ejecutadas tendientes al aprovechamiento de tales sustancias. Son partes accesorias, todos los bienes de propiedad del concesionario que estén aplicados de modo permanente al fin económico de la concesión.

137 **Artículo 2.-** *(Disposiciones generales) El presente Reglamento rige la tramitación de los procedimientos mineros que siguen los interesados ante los órganos jurisdiccionales administrativos contemplados en el Título décimo segundo de la Ley.*

138 **Artículo 38o.- Concesiones de beneficio**

La concesión de beneficio podrá ser solicitada en área menor a cien (100) hectáreas, la que deberá tener la forma de una poligonal cerrada, debiéndose señalar las coordenadas UTM de cada uno de sus vértices.

Artículo 51o.- Concesiones de labor general y concesiones de transporte minero

Las concesiones de labor general y de transporte minero podrán ser solicitadas en área menor a cien (100) hectáreas las que deberán tener la forma de una poligonal cerrada debiéndose señalar las coordenadas UTM de cada uno de sus vértices.

139 **Artículo 1.-** *Créase en el Registro Público de Minería el Catastro Minero Nacional, que comprende:*

d) Las concesiones de beneficio, de labor general y de transporte minero que cuenten con coordenadas UTM definitivas, según lo dispuesto en la presente Ley.

140 **Artículo 2º.- Ambito de aplicación de la ley**

La pequeña minería y la minería artesanal son actividades que se sustentan en la utilización intensiva de mano de obra que las convierten en una gran fuente de generación de empleo y de beneficios colaterales productivos en las áreas de influencia de sus operaciones que generalmente son las más apartadas y deprimidas del país, constituyéndose en polos de desarrollo, por lo que resulta necesario establecer una legislación especial sobre la materia. La pequeña minería y la minería artesanal, las cuales comprenden las labores de extracción y recuperación de sustancias metálicas y no metálicas del suelo y subsuelo, desarrollándose en forma personal o como conjunto de personas naturales o jurídicas que buscan maximizar ingreso de subsistencia.

141 **Artículo 1.- Limitaciones en áreas urbanas**

1.1 No se otorgarán títulos de concesión minera metálica y no metálica, ni se admitirán solicitudes de petitorios mineros en áreas urbanas que hayan sido o sean calificadas como tales por ordenanza municipal expedida por la Municipalidad Provincial, de acuerdo con los procedimientos y parámetros dispuestos por el Reglamento de Acondicionamiento Territorial, Desarrollo Urbano y Medio Ambiente, aprobado por el Decreto Supremo N°

12. Características de la concesión minera

1. Es legal.- La ley fija las condiciones de su utilización y otorgamiento.
2. Es formal.- La ley establece el procedimiento, requisitos y como acto es reglado.
3. Es irrevocable.- En tanto el titular cumpla con las obligaciones: pago del derecho de vigencia y penalidad.
4. Es de plazo indefinido.- La concesión minera no esta sujeta a plazo, sino a condición.
5. Es un derecho real.- Otorga el uso, disfrute y propiedad del recurso concedido.
6. Es un inmueble.- Distinto y separado del predio donde se ubica.
7. Tiene unidad básica de medida.- Con una extensión de 100 Has.
8. Es indivisible.- No podrá dividirse a menos de 100 Has.

007-85-VC, publicado el 20 de febrero de 1985; y que descansen en criterios netamente urbanísticos, conforme a las normas sobre la materia.

1.2 Excepcionalmente, mediante una Ley Especial se autorizará la admisión de petitorios y el otorgamiento de concesiones mineras en áreas urbanas."

142 **Artículo 1.- Disposición General**

Por el presente Decreto Supremo se reglamenta la aplicación de la Ley Nº 27015, Ley Especial que Regula el Otorgamiento de Concesiones Mineras en Áreas Urbanas y de Expansión Urbana, modificada por la Ley Nº 27560, a la que el presente dispositivo se referirá como "la ley".

Reflexiones acerca de la responsabilidad civil en el siglo XXI

Ricardo Luis Lorenzetti

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Buenos Aires

INTRODUCCIÓN

EL DERECHO de la responsabilidad por daños está sometido a una observación crítica por parte de la doctrina: De Ángel¹ manifiesta que hay que replantear la cuestión del papel que juega en la actualidad; Díez Picazo dice se encuentra en un «punto muy sensible de indefinición, pues convergen en él las tendencias doctrinales y jurisprudenciales que han empujado en las últimas décadas su evolución hacia una muy significativa ampliación, y al mismo tiempo, factores que aconsejan someterlo a cierta dosis de restricción»²; André Tunc ha señalado que la materia está en un estado «lamentable»³; Ivonne Lambert-Faivre afirma que evoluciona directamente hacia la seguridad social⁴.

En el Derecho latinoamericano⁵ la tendencia si bien continúa siendo crítica, se mantiene vital, en la medida en que se la concibe como un mecanismo indirecto para canalizar demandas sociales acumuladas que el Estado no satisface.

Esta interrogación sobre aspectos centrales de la materia se debe a que hay visiones diferentes, que pueden ser llamadas «ideologías», «paradigmas», «enfoques», «preconcepciones», según la herramienta analítica que se utilice.

Nuestro propósito es analizar este problema, utilizando dos modelos hermenéuticos.

La cuestión es que, existiendo las mismas normas, se resuelve diferente, analizando el mismo supuesto de hecho, se opina distinto, lo cual muestra que el texto

1 DE ÁNGEL, Ricardo, «Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil», *Civitas*, 1995, p. 19

2 Díez PICAZO, Luis, «Derecho de Daños», *Civitas*, 2000, introducción.

3 TUNC, Ander, «Le visage actuel de la responsabilité civile dans une perspective de droit compare». En *Developpements recents du droit de la responsabilité civile*. Zurci; 1991.

4 LAMBERT-FAIVRE, Ivonne, *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, París, 1987, 1.i.; publicado en versión castellana en el libro Derecho de Daños, de ALTERINI-LOPEZ CABANA, Ed. La Ley, Bs.As., 1992; en el derecho argentino ver BORDA, Guillermo, «Responsabilidad extracontractual: fundamentos y tendencias». En *Derecho de Daños*, La Roca, Bs.As., 1989, p. 93.

5 NOROÑA, Fernando, «Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil», RT, pp. 761831.

se extiende según la interpretación. Las variaciones individuales son explicables por las diferentes opiniones que legítimamente se expresan sobre un punto específico; las diferencias más amplias, pueden ser entendidas mediante modelos analíticos.

Esta perspectiva⁶, permite estudiar la estructuras de pensamiento que condicionan al intérprete (sea autor, juez, o abogado), y ordenadas para estudiar su interacción.

Por nuestra parte, estudiaremos dos modelos (partes uno y dos) y luego presentaremos algunos aspectos de su juego dinámico.

Sintéticamente expresado, hay dos modelos, usados tanto diacrónica como sincrónicamente:

1. **En la responsabilidad como deuda:** hay una valoración de la conducta del sujeto deudor.
 - Los presupuestos más apreciados son la acción, la antijuridicidad y la culpabilidad.
 - La autoría es fundamentalmente individual y la solvencia está enlazada al patrimonio del «solvens».
 - La función de la responsabilidad es sancionar, y se considera que se desnaturaliza el instituto si se amplía su contenido. La tendencia es restrictiva.
 - Se utiliza un modelo orientado hacia las reglas, en la medida en que valora la conducta.
 - Entiende que el mercado es un método suficiente de asignación de los costos indemnizatorios.
 - Se basa en el individualismo metodológico, es fundamentalmente utilitarista y conductista.

Esta corriente presenta dos facetas:

- a. Un largo período histórico en el que se trató de sancionar, como un epifenómeno de la sanción penal;
 - b. Un enfoque más actual, dominado por algunas corrientes del análisis económico, que se acerca a la responsabilidad examinada como una teoría de la acción y como una estructura de incentivos de la conducta del deudor.
2. **En la responsabilidad como crédito,** hay una valoración del interés del sujeto acreedor.

6 Muy usada por muchos autores para comprender fenómenos del Derecho privado. En contratos ver ADAMS, John y BROWNSWORD, Roger, *Understanding contract la2*. London: Sweet-Maxwell, 2000, p. 37.

- Los presupuestos más estudiados son el daño, ya que es el objeto del derecho creditorio y la causalidad.
 - Conceptos como «víctima», «derecho de daños», «daño injusto», han provocado una verdadera expansión del fenómeno resarcitorio, siempre tendiendo a una justa compensación.
 - La autoría deja de ser individual y la solvencia se vincula con el seguro. La base de la responsabilidad consiste fundamentalmente en la imputación de un daño injusto a un sujeto solvente.
 - Es una tesis expansiva y confiere funciones amplias a la disciplina, en muchos casos de carácter excluyente de otras áreas de administración de riesgos.
 - Este modelo está orientado hacia los resultados, en la medida en que valora la satisfacción de la víctima.
 - Entiende que el mercado es un método insuficiente de asignación de los costos indemnizatorios.
 - Es paternalista, se basa en la lógica distributiva, es fundamentalmente altruista.
3. Ambas concepciones constituyen un campo de tensión argumentativo que se revela:
- a. Diacrónicamente, ya que hay una «historia» con períodos de expansión y de restricción.
 - b. Sincrónicamente, ya que en cualquier tema de la materia se resuelve de modo diferente según cada concepción.
 - c. Los dos modelos, desarrollados hasta su máxima expansión, provocarían una crisis de la responsabilidad; el primero por una insatisfacción de las víctimas, el segundo por una crisis económica de los deudores/dañadores. Ello revela su unilateralidad, en la medida en que no pueden captar la complejidad de interacciones de argumentos contrapuestos que requiere el orden social contemporáneo.

Nuestro propósito es mostrar ambos modelos y sugerir un esquema de interacción que permita contraponerlos en forma sistemática.

1. PRIMERA PARTE: LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO DEUDA

1.1. *La concepción de la doctrina*

Durante mucho tiempo la responsabilidad civil fue un epifenómeno de la responsabilidad penal: castigar al autor culpable y, como consecuencia de ello, indemnizar el daño. Desde el punto de vista del lenguaje es sintomático que *reus* significara tanto deudor como culpable.

Para castigar hay que averiguar la causa del daño; por lo tanto la doctrina se preocupa mayormente por aquellos aspectos vinculados con el origen «causal» del daño y menos por sus efectos.

La acción antijurídica culpable es la causa fuente de la deuda. De ello se sigue que los estudios se centran en dicha deuda y en el deudor, averiguando cuándo se produce la configuración del débito. La mirada está puesta en el deudor, en el responsable y en la deuda.

En este esquema los presupuestos que más interesa estudiar son los vinculados con la acción humana y la antijuridicidad, aunque en todos los demás se nota una influencia clara del modo de ver referido.

1. 2. **Los presupuestos estudiados**

1.2.1. La acción

El tema de estudio es la voluntariedad del acto, y se receptan las enseñanzas de la doctrina penal. «Para que la imputación se lleve a cabo hay que investigar si el agente obró voluntariamente, es decir, con discernimiento intención y voluntad»⁷. Interesan los procesos interiores antes que la declaración y la expectativa creada.

Sólo se reconoce la acción cuando hay voluntariedad y sólo hay autoría cuando hay acción voluntaria.

En toda acción humana existe un cálculo físico y jurídico y en base a ello se elabora la previsibilidad subjetiva⁸, la que se diferencia claramente de la causal que es abstracta, estadística, basada en la normalidad que trasciende al sujeto.

1.2.2. La antijuridicidad

También tiene gran influencia la doctrina penal en cuanto al diseño de la misma como antijuridicidad formal; sólo se responde cuando hay una ley expresa que califique la ilicitud del acto (art. 1066 cc). Aunque de un modo implícito, conlleva la noción de tipicidad: por ejemplo, al señalar la sola resarcibilidad del derecho subjetivo lesionado.

La antijuridicidad es subjetiva, puesto que lo antinormativo no prescinde de la culpabilidad. Chironi dice que la culpa tiene un significado amplio, de lesión injusta, y que la lesión culposa del derecho ajeno es la que produce la responsabilidad⁹.

7 BREBBIA, Roberto, *Hechos y Actos jurídicos*, t. 1. Astrea, Bs.As., 1979, p. 84.

8 SOLER, Sebastián, *Las palabras de la ley*. México: Fondo de Cultura Ec., 1969 y su *Derecho Penal Argentino*, 8^{va} reimpr., Tea, Bs.As., 1978.

9 CHIRONI, G. P., *La culpa en el derecho civil moderno*, t. II Madrid: Ed. Reus, 1904, pp. 7-8.

La culpa es considerada como variación de la antijuridicidad¹⁰.

Este tipo de obligaciones indemnizatorias tienen su causa fuente en los delitos y cuasidelitos, y es natural entonces que se considere que la culpabilidad (comprensiva del dolo y de la culpa) debe existir para el nacimiento de la deuda.

Una muestra clara de esta unión es que los libros sobre responsabilidad se titulan *La culpa en el derecho civil moderno* (Chironi), o *Culpa aquiliana* (Colombo), o *Responsabilidades derivadas de la culpa extracontractual civil*¹¹.

1.2.3. La causalidad

La función de la causalidad se desenvuelve principalmente en el plano de la autoría, ya que en la extensión del resarcimiento son el dolo y la culpa los que cumplen el rol fundamental en la determinación del daño resarcible. Se castiga al autor doloso con una mayor carga indemnizatoria.

La función causal en el plano de la autoría, responde a la respuesta siguiente: ¿qué causó este hecho?

Es una pregunta policial, penal, basada en el modelo de la indagación. Se trata de averiguar la causa más próxima, la eficiente, reconstruyendo desde el hecho hasta su causa. El método de la supresión mental hipotética de Thyren que trata de borrar mentalmente la causa para ver si el resultado se produce o no sin ella, es un buen ejemplo de lo que decimos.

Este proceso se realiza en base a datos reales, tomados de la experiencia, y no en relación a modelos estadísticos, como ocurre actualmente. Por esta razón, el «pronóstico objetivo póstumo»¹², importa retrotraerse al momento en que obró el sujeto y averiguar su poder de previsión causal.

Se retrocede hasta el sujeto, no hasta la estadística.

1.2.4. La imputabilidad

No hay responsabilidad sin culpa. En una concepción basada en el deudor, es natural que los daños ocurran sólo por el hecho propio y, consecuentemente, no sean admisibles otras formas de imputabilidad que las vinculadas al obrar humano.

Para que un hecho sea imputable a un autor debe existir un vínculo objetivo (nexo causal) y uno subjetivo, que importa culpa o dolo. La concepción de la culpa es profundamente personal y síquica.

10 SANTOS BRIZ, Jaime, «Derecho de Daños», *Rev. Der. Privado*, 1963.

11 BORREL MACIA, *Responsabilidades derivadas de la culpa extracontractual*. Barcelona: Antonio Bosch, 2ª ed., 1958.

12 HEDEMANN, Justus, «Tratado de Derecho Civil», *Rev. Der. Priv.*, t. III. Madrid, 1958, trad. J. Santos Briz, p. 115.

Cuando se expande la responsabilidad civil, se sigue afirmando que hay una culpa presunta, culpa objetiva, o bien que el fundamento último de la doctrina del riesgo creado es la culpa.

Todo ello para afirmar el lugar central que ostenta dicha noción en una responsabilidad de alto contenido moral.

1.2.5. El daño

El daño tiene un lugar subalterno. En el Derecho histórico español, por ejemplo (Partida 7ª, título XV, ley I), se indicaba que «daño es empeoramiento o menoscabo o detrimento... por culpa de otro».

Es una consecuencia del acto culpable.

La noción de pena ilumina los caracteres del resarcimiento. Por ejemplo, el daño moral se concibe como «agravio», como pena al que produce un detrimento a otro.

Asimismo, la culpa sirve para determinar la extensión del resarcimiento, como sucede en la responsabilidad contractual (arts. 520 y 521 cc): cuando hay culpa se responde por las consecuencias inmediatas y necesarias; cuando hay dolo, también por las mediatas previsibles.

En el Derecho antiguo, además, se incrementaba el valor de lo que debía darse a cambio, porque de esa manera se sancionaba al culpable; así, por ejemplo, en la Ley Aquilia, primer capítulo, se obligaba a quien matara a un esclavo ajeno a dar al dueño el máximo valor que hubiere tenido dicha cosa en el año (*Si quis hominem alienum eamve quadrupedem quae pecudum numero sit iniuria occiderit, quanti ea res in ieo anno plurimi fuerit, tantum domini dare damnetur*).

Otra característica es el carácter «real» de la reparación.

Al decir «ojo por ojo» en la ley del Talión se revela una regla de equivalencia que también era aceptada en la economía del trueque: dar una cosa igual a la pérdida. En legislaciones como el Código de Hammurabi¹³, esta duplicidad se hacía sobre la persona del dañador.

La sanción por equivalente, casuística y personal, era regla en la legislación antigua, incluyendo las XII Tablas.

1.3. Ámbitos de responsabilidad

La concepción de la deuda influye fuertemente la distribución de los ámbitos de la responsabilidad.

13 Conf. traducción de Castro Dassen y González Sánchez, Ed. Libr. del Jurista, Bs.As., 1982.

En primer lugar, se señala una responsabilidad contractual separada totalmente de la extracontractual. La razón fundamental es la causa fuente de la obligación del deudor (delito-cuasidélito-contrato-cuasicontrato), no la del acreedor.

En segundo lugar, la separación entre un régimen cuasidelictual y delictual responde a un criterio de reprochabilidad de la conducta del deudor. No puede ser castigado igual quien incurre en dolo que quien lo hace culposamente.

Como se ve, son la causa fuente de la obligación a cargo del deudor y el grado culpabilístico de su conducta los criterios que sirven para articular los ámbitos de la responsabilidad.

1.4. *La influencia de otras disciplinas en los institutos de la responsabilidad*

El ascendente de la moral y los problemas éticos en general son muy acusados en el período medieval por influencia del cristianismo. La doctrina participa de la idea de que la responsabilidad es un problema moral, es la sanción de una conducta reprochable.

Como derivación de ello importan también las disciplinas como la psicología en la averiguación de la acción, o la filosofía clásica en el problema de la causalidad.

1.5. *Bienes jurídicos protegidos y finalidades*

La noción de autorresponsabilidad y la exaltación del individuo responsable de sus acciones resultan coherentes con la etapa de acumulación de riqueza. Responder por la propia culpa incita a la actuación diligente en la vida social; es coherente con el modelo del hombre emprendedor y protestante del capitalismo temprano.

Responder sólo por la propia culpa significa también un subsidio, sobre todo en actividades industriales. Las externalidades negativas propias del desarrollo no son imputadas al causante sino a toda la sociedad como un costo necesario para el mismo. Así sucede con los daños causados por las cosas o al medio ambiente que no se contemplan en el horizonte de la resarcibilidad.

Además, este tipo de respuesta es ante todo tranquilizadora, puesto que nos exime de la preocupación de los problemas que no provengan directamente de ella¹⁴. La responsabilidad no se ocupa de lo que está fuera de la relación bilateral.

Por último, la temática del resarcimiento se vinculaba con la protección de las situaciones de poder sobre los bienes oponibles a terceros, que

14 VILLEY, Michel, *En torno al contrato, la propiedad y la obligación*. Ghersi Ed., BS.As., 1981.

eran catalogados como derechos subjetivos. El primero era la propiedad. A posteriori se añadiría la tutela de los atributos fundamentales de las personas, como la integridad física, la libertad de movimiento, el nombre, el honor¹⁵.

1.6. *La regulación*

La responsabilidad está basada en unas pocas disposiciones legales, la mayoría vinculadas a acciones humanas. Por ejemplo, el Código Civil francés dedicó cuatro artículos; el Código Civil argentino, dedica 40 artículos (desde el 1066 hasta el 1106); y el Código Civil español comprende 9 artículos (del 1902 al 1910).

En todas estas codificaciones, la víctima está ausente.

1.7. *La revisión basada en el análisis económico*

El análisis económico del Derecho introdujo una serie de interrogantes básicos en el sistema de la responsabilidad. De la gran cantidad de aspectos involucrados, extraemos algunos puntos que permiten señalar una analogía con el modelo de conductas que estamos analizando:

Se trata a las normas jurídicas como incentivos para la conducta, lo que lleva a examinar la influencia de la responsabilidad sobre el deudor.

Si se examina el pago de las indemnizaciones, el efecto de la sentencia es trasladar el pago de los costos desde la víctima al responsable, permaneciendo el costo del accidente invariable.

La razón por la cual esto se hace reside en que el responsable podrá disminuir la frecuencia de los accidentes y podrá difundir el costo.

Si sólo se toma en cuenta la posibilidad de difundir costos, tenemos dos sistemas. Uno en el cual las víctimas podrían pagarse los costos directamente mediante un seguro, y otro mediante el cual lo harán pagando productos más caros¹⁶.

Como consecuencia de este razonamiento, la responsabilidad debe pretender bajar los costos de los accidentes, y fijar reglas de conducta coherentes con ese propósito.

15 LIPARI, Nicolo, *Derecho privado. Un ensayo para la enseñanza*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1980.

16 Se sostiene que esta última es la alternativa que da el sistema actual, ya que si se imputa a las empresas porque pueden difundir sus costos, y esto significa que los trasladan a los precios, el enfoque varía. No se trata de que la empresa paga, ni tampoco lo hace la víctima en el caso. Lo pagan los consumidores, o víctimas, a través del sistema de precios. Se funda ello en que los consumidores, que son más sensibles al sistema de precios que al riesgo, terminarán dejando de comprar productos más caros, que serán los más inseguros. Pero dejarán de comprados no porque sean más inseguros, sino porque son más caros.

2. SEGUNDA PARTE: LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO CRÉDITO

2.1. *La concepción favor victimae*

El Derecho mira a la víctima, y ya no le interesa castigar, sino reparar¹⁷; y es preciso atender a la reparación del daño «injustamente sufrido», antes que al «injustamente causado»¹⁸.

¿Qué ha cambiado con respecto al enfoque anterior?

En la concepción de la responsabilidad como deuda, todo el peso recae sobre la víctima que debe probar la causa fuente de la obligación del deudor.

Se le exige que ponga en marcha el sistema, que acredite la existencia de una acción antijurídica culpable.

En este enfoque hay un principio favor *victimae* que tiende a aliviar su carga.

La sola existencia de daño dispara una flecha contra una categoría de sujetos y cada uno de ellos debe decir «yo no fui» para eximirse; ha cambiado el efecto inercial¹⁹.

En el aspecto obligacional tiene un gran valor paradigmático y explicativo la doctrina que distingue entre deuda y responsabilidad, que trató de trasladar la atención desde la sujeción del deudor a la expectativa de cumplimiento del acreedor sobre el patrimonio del solvens. La deuda es el deber del deudor de adoptar un determinado comportamiento, y la responsabilidad es el poder atribuido al acreedor de exigir coactivamente la prestación. Entonces, la responsabilidad es un «poder de agresión patrimonial» y fundamentalmente un crédito²⁰.

Mucho se ha escrito para señalar que son las mutaciones sociales las que inspiraron este giro copernicano.

Ahora importa la reparación antes que la sanción de autores que se conocen poco o bien son anónimos o tienen una culpa disminuida

El hecho propio ya no es la principal causa dañosa. Se le sumó el hecho ajeno y el hecho de las cosas, en virtud de la industrialización. Además, no siendo el daño *corpore corpori* como era antiguamente, la culpa pierde relevancia.

17 RIPERT, Georges, *El régimen democrático y el derecho civil moderno*. México: Cajica, 1951, p. 266.

18 LÓPEZ OLACIREGÚI, José, «Esencia y fundamento de la responsabilidad civil», *Rev. del Der. comercial y de las obligaciones*, n° 64, t. II, 1978, p. 941. 19 Conf. ALTERINI, Atilio, «Responsabilidad objetiva derivada de la generación de confianza». En *Derecho de Daños*. Ed. La Roca, Bs.As., 1993, p. 558; LORENZEITI, Ricardo, *La responsabilidad civil del médico en el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial*. La Ley, Bs.As., 1988-B-904.

20 Para una exposición y crítica de este distingo conf. GIORGANNI, Michele, *La obligación*. Barcelona: Bosch, 1958, p. 179; BETTI, Emilio, «Teoría General de las Obligaciones», *Rev. Der. Priv.*, t. I. Madrid, 1969, p. 281; VON THUR, «Derecho Civil», Depalma, vol. I, Bs.As., 1946, p. 138; MARTY, Gabriel, *Derecho Civil-Teoría general de las obligaciones*, vol. I. México: Ed. Cajica, 1952, p. 19.

En este contexto, el presupuesto de mayor estudio es el daño, ya que sin él no hay responsabilidad.

En segundo lugar, tiene una enorme trascendencia la adjudicación de ese costo indemnizatorio a alguien, y por ello se estudian los «factores de atribución». Se minusvalora en cambio a la acción, que deviene en autoría, y la antijuridicidad de la cual algunos autores prescinden. La causalidad va dejando de ser averiguación de causas para ser asignación de efectos.

Analicemos un poco mejor estos cambios:

La materia dejó de ser «responsabilidad civil» para ser «responsabilidad por daños» y, consecuentemente, el orden del estudio de los presupuestos varió sustancialmente: ahora se comienza con el daño, que es el «crédito» de la víctima, sigue la causalidad, y se ensanchan ostensiblemente las nociones de antijuridicidad, acción e imputabilidad.

2.2. El daño

El daño se constituye en el centro alrededor del cual gravita la responsabilidad, y es el factor que la expande al ampliarse su concepto.

Este fenómeno se da en varios planos: a) la admisión de la resarcibilidad del daño al interés simple, b) el surgimiento de nuevos bienes, como el daño a la persona, al patrimonio intangible y los bienes colectivos.

Veamos estos aspectos:

2.2.1. Derechos subjetivos. Interés simple. Interés difuso. Intereses individuales homogéneos y colectivos

Resulta de particular interés definir la diferente tipología de bienes jurídicos y de intereses que permiten accionar²¹, de lo que surge el siguiente intento clasificatorio²²:

1.A. Interés individual: cuando la lesión afecta un bien individual, existe un interés individual, que da lugar a un derecho en cabeza de su titular, que puede mostrar tres características diferentes:

- El interés individual da lugar a un derecho subjetivo resarcible, que es la situación más conocida y habitual.
- El interés individual da lugar a un interés simple, o de he-

21 En la doctrina argentina se ha elaborado este tema con profundidad, desde hace varios años. En el Derecho procesal la obra de Morello, Berzonce, Gozaini. En el ámbito administrativo ver GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo. Fundación de Derecho Administrativo, 2ª ed., t. 2 (La defensa del usuario y del administrado).

22 El Código de Consumidores de Brasil (Ley 8078) define en su arto 81, a los intereses difusos como los transindividuales de naturaleza indivisible, en los que son titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho; los intereses o derechos colectivos que son transindividuales de naturaleza indivisible en los que es titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base; y los derechos individuales homogéneos que son los derivados de un origen común.

cho, no reprobado por la ley, que resulta también resarcible²³. Mientras el derecho subjetivo otorga poder para actuar, el interés simple no lo confiere, y por ello, durante mucho tiempo se entendió que su lesión no daba lugar al resarcimiento. El caso que abrió las compuertas fue el de la concubina o familia de hecho, que no tenía derecho subjetivo, pero, ostentaba un interés simple derivado de la cohabitación. El crédito da a su titular un derecho subjetivo contra el deudor, pero cuando esta creencia es lesionada por un tercero, no hay derecho subjetivo, sino interés simple digno de tutela: es el caso de la lesión al crédito, el desbaratamiento de derechos acordados, la afectación del crédito laboral por fraude de terceros, etc.

- Intereses pluriindividuales homogéneos: en este caso hay una afectación de intereses individuales en forma masiva. Por eso es razonable que se dicte una sentencia que sirva para todos los casos similares, dándosele efectos erga omnes a la cosa juzgada. El interés es individual, la legitimación es individual, pero hay homogeneidad objetiva entre todos ellos que facilita una sola decisión. El problema aquí es fundamentalmente procesal, es la justicia agregativa, la masividad de los reclamos, y por ello se desarrollan las acciones de clase.

1B. Interés transindividual colectivo:

El bien afectado es colectivo, el titular del interés es el grupo y no un individuo en particular, lo cual nos lleva a distinguir:

El bien afectado es colectivo²⁴, que es indivisible y, por lo tanto, no puede haber derechos subjetivos sobre ellos, ni relación de dominio. La titularidad es comunitaria y, por ello, las indemnizaciones que hubiere no son adjudicadas al reclamante, sino a satisfacer la finalidad comunitaria que proveía el bien afectado. Los habilitados para reclamar sólo tienen legitimación y no un derecho subjetivo.

La legitimación es difusa en cabeza y viene encarnada por uno de los sujetos que integran el grupo (interés difuso), por una asociación que tiene representatividad en el tema (interés colectivo), o por el Estado (interés público).

23 MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, t. 1, p. 143.

24 Por ejemplo: el ambiente, las relaciones de consumo, las relaciones de competencia, la discriminación, etc.

En el interés individual y pluriindividual hay una relación directa del titular con el bien. Este vínculo se asemeja a la misma noción difundida en el Derecho privado patrimonial: disfrute sobre un bien o una cosa, calcada sobre el modelo del dominio; hay una relación de inmediatez²⁵. En cambio, en los intereses colectivos no hay un vínculo directo. Semejante al vínculo dominial ni a su inmediatez.

La cotitularidad de la legitimación no surge de un contrato, ni de una obligación legal, sino:

- a) En el caso del «afectado», existe un contacto social, o de hecho, cuya cercanía es reconocida por el legislador como supuesto de hecho de la cotitularidad.
- b) En el caso de las asociaciones, hay una concentración del interés difuso en la asociación que lo representa por virtud de la ley que habilita su funcionamiento y le confiere legitimación.
- c) En el caso del Estado hay un interés público que fundamenta su legitimación.

La clasificación precedente da lugar a:

- Daños individuales, en los que se afectan bienes individuales, de titularidad individual: daño a la persona y daño al patrimonio.
- Daños masivos: en lo que se afecta a una pluralidad de individuos.
- Daños colectivos: en los que se lesiona un bien colectivo.

2.2.2. Daño a la persona

En el contexto de una noción patrimonialista del resarcimiento, lo que no era pecuniario quedaba librado a la moral, o a la religión, ya que el sufrimiento enaltece al hombre estoico y no era un verdadero daño. El daño «moral» fue identificado con el *pretium doloris*²⁶.

Esta concepción negativa, ha sido sustituida por una «positiva», que vincula al daño moral con la lesión a los derechos fundamentales de la persona.

25 Por ejemplo en el caso del dueño de un automóvil que reclama por el daño causado al vehículo, o por daños personales.

26 MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, vol. IV. El daño moral, Bs.As., 1986; GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. xxv. Montevideo: Fund. Culto Universit., 1994; VENTURINI, Beatriz, *El daño moral en nuestra jurisprudencia y en el derecho comparado*. Montevideo: Fund. Culto Universit., 1992.

Este movimiento analítico llevó a una expansión enorme del contenido del daño moral.

Para algunos, el daño moral es el resarcimiento concedido por los sufrimientos, las molestias, las heridas en las afecciones, el dolor físico, el padecimiento del ánimo. Esta idea del *pretium doloris*, se ve superada cuando comienza a admitirse que el «patrimonio moral» de una persona está compuesta por una parte subjetiva o afectiva, y la social, constituida por el honor, o la consideración social de la persona.

Se reconoce patrimonio a la persona, pecuniario y moral, y este último subjetivo y social.

En los últimos años hubo una gran revolución en el contenido del daño moral, motivada en gran parte por la presencia de derechos fundamentales.

El daño a la integridad física, permite resarcir a quien sufre lesiones corporales y no trabaja, o no tiene pérdidas económicas.

También el daño estético se expandió. Primero se admitió en el caso de la artista que tiene una afectación en la cara, porque ello le reduce sus posibilidades laborales; luego en el caso del hombre común, y luego, aunque la lesión no sea visible ni tenga consecuencias laborales. La estética se resarce cuando es afeamiento de la imagen de uno mismo, trabaje o no lo haga, sea o no pública, por la existencia de ese derecho al cuerpo.

Se admite así el daño a la vida en relación, concebido como la inferioridad para desarrollar vínculos sociales, deportivos recreativos, artísticos, sexuales. La vida en relación con la familia, con los vecinos, con la participación comunitaria, es lo que define al hombre; todo ello integra también su «patrimonio» y resulta resarcible.

Se comienza a descubrir que el hombre también tiene proyectos y que ellos prolongan su vida, lo realizan más plenamente. Un hombre que como consecuencia de la minusvalía que le produjo el evento dañoso, no puede desarrollar sus proyectos, pierde esa alegría de vivir. Surge así ese daño denominado como pérdida de los placeres de vivir²⁷, que es la disminución de los placeres de la vida causada por la imposibilidad o la dificultad de realizar ciertas actividades normales²⁸.

27 En inglés se le ha caracterizado como *Loss of amenities, hedonic value of life* y en francés como *prejudice d'agrément*.

28 Para Genevieve Viney este concepto integra todos «los inconvenientes provocados por una mutilación, una enfermedad o un ataque al equilibrio psíquico o nervioso y todas las frustraciones que ellas traen, o sea, todas las formas de sufrimiento moral que trae un ataque a la integridad física (...); VINEY, Genevieve y MARKESINIS, Basil, «La réparation du dommage corporel», *Economica*. Paris, 1985, p. 71).

El hombre que vive va dejando una identidad, un rastro que lo destaca ante los demás por tener un estilo propio identificable en una serie de actos. La lesión puede afectar esta identidad dinámica del individuo, que expresa el modo en que los demás lo ven, y que se forma a partir de lo que él ha realizado. Arrojar falsa luz sobre el individuo ante la mirada pública desfigura a la persona.

Luego de esta breve reseña resulta ya difícil hablar de «daño mora», En la mayoría de los supuestos la lesión moral no define la cuestión de la admisibilidad del resarcimiento. Señala Viney²⁹ que en algunos casos se produce daño moral por la sola violación formal de un derecho subjetivo.

Comienza a hablarse de «daño a la persona»³⁰.

Los debates se han orientado principalmente alrededor del problema clasificatorio, y en especial atendiendo a la llamada autonomía del daño a la persona. Dice Busnelli que si no hay rigor dogmático en la reconstrucción sistemática del concepto, pueden darse indemnizaciones varias por el mismo daño³¹.

En una tendencia importante de la doctrina actual se habla de una clasificación tripartita. Al daño material y moral se le adiciona un tercer género, que es el perjuicio a la salud y constituye una categoría específica, renuente al dualismo daño patrimonial/moral. Carbonnier³² lo explica diciendo que a la antítesis tradicional se le ha agregado una tercera categoría, el daño corporal, que comprende aspectos a la vez materiales y morales. En la doctrina italiana Sconagmiglio ha sostenido la independencia del daño biológico³³. Gamarra³⁴, señala que hay que simplificar y señalar dos parejas clasificatorias: 1) el daño a la persona y a las cosas; 2) el daño material y moral. Ambas se cruzan y el daño a la persona puede ser material y moral³⁵.

Pensamos que la cuestión debe ser enfocada a través de la lesión de derechos fundamentales de la persona y que en consecuencia puede hablarse de daño a la persona.

29 VINEY, Genevieve, «Les obligations La responsabilite: conditions». En GHESTIN, Jacques, *Traite de Droit Civil*, p. 314.

30 En Latinoamérica se debe fundamentalmente al jurista peruano Carlos Fernández Sessarego.

31 BUSNELLI, Francisco, «Danno biologico e Danno alla salute». En *La valutazione del danno alla salute*. Padova: Cedam, 1988, p. 3.

32 CARBONNIER, Jean, *Derecho Civil*, t. II, vol. III. Barcelona: Bosch, 1971, p. 65.

33 SCONAGMIGLIO, R., «Danno morale (Contributo alla teoria del danno extracontrattuale)», *Riv. Dir. Civile*, I, 1957, p. 292.

34 GAMARRA, Jorge, «Tratado de derecho civil uruguayo». En *La reparación del perjuicio-daño a la persona*, t. XXIII, vol. 5, parte VII. Montevideo: Fund. Culto Universit., 1991, p. 17.

35 Conf. IRIBARNE, Héctor, *De los daños a la persona*. Ediar, Bs.As., 1993.

2.2.3. Daño al patrimonio

El daño al patrimonio también ha sufrido una notable expansión y comprende:

- El daño a la propiedad mueble e inmueble: es un sector tradicional que abarca las invasiones y lesiones al derecho de propiedad.
- El daño a los bienes intangibles: al igual que en el caso anterior se trata de daños causados a bienes sobre los que hay titularidad pero son intangibles. Por ello, esta titularidad puede derivar de un derecho real de propiedad (derecho de autor y de propiedad industrial), o de un derecho personal contractual (*know how*, imagen empresarial, información confidencial)³⁶.
- *Lesión a la posición contractual*: tradicionalmente se estudió este tema como lesión al crédito, contemplando el supuesto en que un tercero causa un daño al deudor: accidentes en los que se afecta al deudor alimentario, al empleado de una fábrica, al socio de una firma. Actualmente el campo se ha ampliado ostensiblemente, y no sólo se puede causar daños al crédito, sino a la posición contractual como tal, y no sólo por una vía extracontractual, sino también contractual. La lesión al crédito se ha convertido en lesión a la posición contractual³⁷.

2.2.4. Daños masivos

Se trata de daños causados a bienes individuales, daños a la persona o al patrimonio, pero que afectan a una multiplicidad de individuos y responden a una causa homogénea. Se ha señalado³⁸ que muchos perjuicios tocan a categorías de personas: usuarios de teléfonos, la Comunidad habitacional de un edificio, los consumidores

36 Sobre estos conceptos ampliamos en Tratado de los contratos, t. 3.

37 Conf. DE LORENZO, Federico, «La protección extracontractual del contrato», LL, 1998-F-927. Este tema ha sido muy tratado sobre todo en el campo de la responsabilidad por productos, donde el principio del efecto relativo de los contratos ha caído para imputar a los contratantes por daños causados a terceros. SCBA, «Torello Hnos. S.A. c. Cauchet Chemical s/daños», 6/2/96 (Ac. 47.806), Ed., 173-328. En el voto de la mayoría se afirma que: «la aparente amplitud con que se encuentra redactado el art. 1079 del Cód. Civil en cuando extiende la obligación de reparar el daño causado por el hecho ilícito a los terceros afectados por aquél aun de manera indirecta, encuentra límites en la *propia naturaleza* del menoscabo ya que *no cualquier lesión* genera el derecho a ser reparada». De modo que, únicamente -se sostiene en el voto- aquellos que han sufrido el quebrantamiento de un derecho subjetivo o interés legítimo hallarían, en el marco del art. 1079 -protección *aquiliana*. No se hace lugar entonces a la pretensión indemnizatoria de una empresa que reclama por los daños sufridos por gastos derivados del accidente de un dependiente suyo y que reclama del tercero autor del perjuicio.

38 MORELLO, Augusto y STIGLITZ, Gabriel, «Daño moral colectivo», LL, 1984-C-1197.

de una propaganda desleal, que podrían ver afectados sus sentimientos grupales, y se ha hecho referencia a la existencia de daño colectivo³⁹.

En reciente sentencia dictada en fecha 16 de marzo de 2000⁴⁰, por la Excma. Cámara Federal Civil y Comercial, Número I, se reconoce la legitimación de la

Defensoría del Pueblo para accionar en defensa de derechos individuales, y no sólo de los bienes de incidencia colectiva, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; se declara la responsabilidad de Edesur S.A., por los daños sufridos por los usuarios del servicio como consecuencia del corte de electricidad del 15 de febrero de 1999; y se establece que los usuarios que acrediten esa calidad «podrán concurrir ante los Tribunales correspondientes y por la vía que estimen pertinente, o que en cada caso se fije de acuerdo con las particularidades que cada uno pudiera presentar». En esos «eventuales juicios que se inicien para probar y determinar los daños y perjuicios de los usuarios afectados por el corte de energía en cuestión, la demandada podrá plantear, en lo que hace a los daños, aspectos propios de cada caso particular, que no hayan sido materia de este pleito».

2.2.5. Daño colectivo

El bien afectado es colectivo, la titularidad y la legitimación es difusa.

La competencia desleal da lugar al resarcimiento de los daños causados, justamente porque puede haber una lesión a un crédito contractual⁴¹, los supuestos en los que un competidor hace publicidad comparativa lesionando el crédito de otro; aquellos otros en los que se divulga una información confidencial⁴², la responsabilidad por

39 ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, «El daño colectivo» En TRIGO REPRESAS Y STIGLITZ, (dirs.), *Derecho de Daños*, La Roca, Bs.As., 1991, p. 437; AGOGLIA, BORAGINA y MEZA, «La lesión a los intereses difusos», JA, 1993-III-887.

40 La Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires interpuso demanda contra Edesur S.A., con el objeto de que se repararan los daños sufridos por los damnificados de la ciudad de Buenos Aires, a raíz de la falta de provisión eléctrica ocasionada por el corte de energía que tuvo lugar el 15 de febrero de 1999. La Cámara examina la legitimación en base al artículo 43 de la Constitución, el que se refiere a los bienes de incidencia colectiva. Con abundantes citas de doctrina y jurisprudencia, llega a la conclusión de que la Defensoría está autorizada para accionar para la defensa de tales bienes, pero no es el caso de autos, porque se trata de bienes individuales y no colectivos. Con toda precisión, señala la Cámara que cada afectado tiene en este caso un derecho subjetivo, individual y exclusivo, y por lo tanto posee legitimación para reclamar el resarcimiento por sí mismo. Los jueces examinan luego la legitimación con base en el art. 137 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La norma autoriza a la Defensoría del Pueblo a la defensa de «derechos e intereses individuales»... «frente a los actos, hechos u omisiones de... prestadores de servicios públicos». Interpretando esa regla constitucional, señalan que no es contradictoria con la prevista en la Constitución nacional, sino ampliatoria, y que permite la legitimación sustancial de la Defensoría para accionar por la reparación de daños a derechos subjetivos individuales indeterminados.

41 Ley 15156: Las personas físicas o jurídicas damnificadas por los actos prohibidos por la Ley podrán ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicio conforme a las normas del Derecho común ante el juez competente en la materia (art. 51), con una prescripción de cinco años (art. 54).

42 Caso típico de la información que afecta la cotización de las acciones en la bolsa.

informaciones inexactas en el caso de profesionales de la información en general⁴³. En todos esos supuestos hay lesión a derechos subjetivos, pero también puede causar un daño a la competencia como tal, que es un bien de incidencia colectiva, protegido constitucionalmente y por la ley que regula la competencia.

En la causa «Municipalidad de Tandil C.T.A. La Estrella S.A. y otros daños y perjuicios» el Estado Municipal de Tandil demandó a la empresa «Transporte Automotores La Estrella S.A.» pretendiendo el resarcimiento de los daños derivados de un accidente de tránsito⁴⁴. El mismo ocurrió cuando un ómnibus de la empresa se desplazó, sin conductor alguno, por una calle y colisionó contra una fuente y grupo escultórico denominado «Las Nereidas», que se ubicaba en la intersección de dicha calle con otra de la misma ciudad de Tandil. La municipalidad actuó en un doble carácter: como titular del dominio público del bien dañado, demanda el resarcimiento de los perjuicios materiales causados por la destrucción parcial de la escultura, consistentes en los gastos para su reconstrucción. Como representante de la Comunidad entera pretendió el resarcimiento del daño moral producido por la privación del goce estético de la escultura. Lo más importante del caso es el reclamo del daño moral colectivo, y el acogimiento de esta pretensión con base en un voto excelente del juez Galdós. El vehículo destruyó parcialmente una escultura. Luego de reparada a costa del responsable, y de pagada la disminución de su valor económico de reventa, es decir, satisfecha la reparación patrimonial, se invocó que la estatua no quedara igual que antes, notándose las modificaciones que debieron hacer para restaurada. Se afirma que ello ocasiona una privación del goce estético, y que quien se ve privado de ello es la Comunidad. Surge entonces una pretensión resarcitoria de naturaleza extrapatrimonial y cuyo titular es la Comunidad, es decir, un grupo. Se plantea así el daño moral colectivo.

2.3. La antijuridicidad

2.3.1. Las reglas

La antijuridicidad formal y subjetiva, propia del paradigma de la deuda, es restrictiva respecto del nacimiento del crédito resarcitorio;

43 Es el caso de los auditores, de los que suministran información sobre la bolsa, el tiempo, etc.; sobre la base de esos datos se contrata y si resultan erróneos se sufre un perjuicio.

44 MORELLO, Augusto y STIGLITZ, Gabriel, «Daño moral colectivo», *LL*, 1984-C-1197. LORENZETTI, Ricardo L., «Daño moral colectivo: su reconocimiento jurisprudencial», *JA*, 1997-III-233, cap. VI; GALDÓS, Jorge Mario, «Daño moral colectivo, daños punitivos y legitimación procesal activa», *Revista de Derecho de Daños*. Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni Editores, 1999, p. 113; CSJ de Santa Fe, 19-9-91, «Federación de Cooperadoras Escolares (Dpto. Rosario) c/. Prov. de Santa Fe», con nota de MORELLO, Augusto M. y STIGLITZ, Gabriel A., «Concientización de criterios definitivos en torno de la tutela de los intereses difusos», *JA*, 1991-IV-325. TRIGO REPRESAS, Félix, «Un caso de daño moral colectivo», *ED*, pp. 171-373; AGOGLIA, María M., *El daño jurídico. Enfoque actual*. Buenos Aires: La Ley, 1999, p. 18.

sólo en los casos en que hay una prohibición expresa y culpa, nace la acreencia

La doctrina actual coincide en calificar la conducta antijurídica como aquella que menosprecia al ordenamiento jurídico en su conjunto, y no sólo a la ley⁴⁵, por lo tanto quedan incluidos los actos contrarios a los principios jurídicos, las cláusulas generales e incluso los valores de rango normativo, con lo cual se expande el campo enormemente.

Posteriormente la antijuridicidad se separa de la culpabilidad, al indicarse que consiste en la infracción de un deber, y su carácter objetivo surge de la observación previa y primaria del acto, ajena a toda consideración de la subjetividad del agente⁴⁶.

La antijuridicidad se desprende también de la tipicidad, siendo innecesaria la descripción previa del ilícito. Surgen los actos ilícitos atípicos derivados de la violación del deber genérico de no dañar.

Finalmente, se consideran supuestos de responsabilidad por actividad lícita, como la del Estado cuando distribuye las cargas públicas en forma no igualitaria, o la responsabilidad por equidad.

2.3.2. La atipicidad del ilícito

En el Derecho comparado existen Códigos que «tipifican» los ilícitos civiles y otros que se valen de una cláusula general de responsabilidad⁴⁷. Sin embargo, en la interpretación tradicional (paradigma de la deuda) estas diferencias se diluyen en el plano de las soluciones concretas⁴⁸, ya que el *alterum non laedere* (cláusula general) termina, en concreto, por concretarse en un sistema de ilícitos tipificados⁴⁹, requiriéndose siempre una actuación contraria a una norma previa, para aplicar el sistema sancionatorio⁵⁰.

La aceptación de que la responsabilidad actúa no sólo cuando existe un comportamiento ilícito, sino cuando hay un interés digno

45 En los iusnaturalistas encontramos por primera vez la afirmación de que todo daño, derive o no del incumplimiento de una obligación, debe ser resarcido no sólo cuando así lo sancionen específicas disposiciones, sino también cuando concurren los requisitos de la contravención a una ley natural que castigue el dolo o la culpa. Pothier, por su parte, afirma (POTHIER, Robert, *Tratado de las obligaciones*. Ed. Heliasta, Bs.As., 1978, p. 72) que delito es el hecho de la persona que, con dolo, causa un daño o un mal a otro, mientras que cuasidelito es el cometido mediante una imprudencia inexcusable. Tales afirmaciones aparecen sostenidas de nuevo en los varios proyectos del Código Civil francés, y en el Código Napoleónico dándose la base para la expansión de la antijuridicidad material a través del principio genérico de no dañar a otro.

46 Conf. ALTERINI, Atilio, *Responsabilidad Civil*. Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 1979, p. 66; LÓPEZ CABANA, Roberto, *La demora en el derecho privado*. Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 1969, p. 63.

47 Seguimos en esta parte al importante trabajo Federico de Lorenzo.

48 MARKESINIS, BASI y DEAKIN, Simon, *Tort law*, 4ª ed. Oxford: Clarendon Press, 1999. TRIMARCHI, Pietro, «Illecito». En *Enciclopedia del Diritto*, s/f, p. 92.

49 BREBBIA, Roberto, «Responsabilidad civil e illicitud», *ED*, t. 88, p. 903.

50 ESSER, Joseph, «Responsabilité et garantie dans la nouvelle doctrine Allemande des actes illicites», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1961, pp. 481 y ss.

de protección⁵¹, modificó el panorama: el daño contra derecho se transformó en daño sin derecho. De esta forma, el problema de la identificación y jerarquización de intereses resarcibles, adquiere una nueva perspectiva y dimensión⁵², ya que el principio general del daño injusto queda replanteado en estos términos⁵³: toda persona debe abstenerse de todo acto que pueda producir daño a otro, salvo que el comportamiento sea justificado⁵⁴. O de la siguiente manera: en principio todo daño sufrido es injusto salvo que haya sido justificado por un interés preponderante con relación al lesionado⁵⁵.

Se admiten actos ilícitos atípicos como la lesión al crédito, la lesión a la libertad contractual, a la circulación de información económica, la tutela del consumidor frente a la publicidad engañosa, y muchos otros supuestos en constante evolución⁵⁶.

2.4. La imputabilidad

2.4.1. Prevalencia de los factores objetivos

El principio de que no hay responsabilidad sin culpa fue superado por la explosión de numerosos factores objetivos de atribución: el riesgo creado, la garantía, el abuso de derecho, la equidad, etc.

La jerarquía entre todos ellos es igualitaria, pero es claro que cuantitativamente apreciados, son mucho más trascendentes los factores objetivos, ya que la mayoría de las pretensiones se canalizan a través de ellos⁵⁷.

Los factores objetivos de atribución son recibidos como regla en materia de responsabilidad empresaria, responsabilidad por productos, servicios, automotores, daños nucleares, daño ambiental, residuos peligrosos. Muchas de estas reglas nacidas en la legislación especial se incorporan en los Códigos más recientes: el nuevo Código Civil brasileño dispone (art. 931) que los empresarios individuales y las empresas responden, independientemente de culpa, por los daños

51 SCHLESINGER, Piero, *La ingiustizia del danno nell'illecito civile*, cit. pp. 336 y ss. GOLDENBERG, Isidoro, H., *Indemnización por daños y perjuicios*. Bs.As., 1993, p. 497; ALTERINI, Atilio A., *Contornos... cit.*, pp. 13-14, y *La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil*, Bs.As., 1997, p. 14.

52 DE LORENZO, M. E., *El daño injusto ...*, cit. p. 77.

53 DE LORENZO, M. E., *El daño injusto ...*, p. 77.

54 Proyecto Código Civil 1998, art. 1585, inc. a).

55 Proyecto Código Civil 1998, art. 1588.

56 ALPA, Guido; BESSONE, Mario y CARBONE, Vincenzo, «Atipicidad dell'illecito», Giuffrè, terza edizione Milano, 1995.

57 Conclusión de las Jornadas Marplatenses sobre responsabilidad civil y seguro, 1989, concl. 3.B. firmado por Bueres, Pizarra, Gherzi, Alterinni, López Cabana, Parellada, Kemelmajer de Carlucci, Mosset Iturraspe, Gabriel Stiglitz, Goldemberg, Gesualdi, Banchio, Giménez, Sandoval, Bazán, Flah, Smayevsky, Laplacette, Liz, Messina, Marsili, Lorenzetti. Sobre los últimos fallos ver ALFREDO SAGARNA, Fernando, «Daños causados por riesgo de la vereda o piso. Dos sentencias sobre daños por caídas. Prueba de la calidad de la cosa riesgosa», *LL*, 24/07/2000, p. 4.

causados por los productos puestos en circulación⁵⁸. Es decir, no se requiere existencia de defecto, y la vinculación causal es entre el acto del producto y el daño. Asimismo, el art. 927 CC brasileño establece que hay responsabilidad objetiva cuando «la actividad normalmente desempeñada por el autor del daño implica por su naturaleza, riesgo para los derechos de otro». El art. 1846 del Código Civil de Paraguay establece que el que crea un peligro con su actividad o profesión, por la naturaleza de ellas, o por los medios empleados, responde por el daño causado, salvo que pruebe fuerza mayor o que el perjuicio fue ocasionado por culpa exclusiva de la víctima, o de un tercero por cuyo hecho no deba responder».

2.4.2. La culpa

La culpa se aplica todavía en un amplio campo, en los que hay conductas susceptibles de valoración: responsabilidades de los médicos, abogados, jueces, contadores, auditores, administradores de sociedades, y de personas jurídicas en general, y muchos otros. No es la misma concepción de la culpa que predominaba en el paradigma de la deuda: la culpa civil se separa de la penal, como clara derivación de la nueva concepción creditoria. También se independiza paulatinamente de toda consideración psicológica, adoptando un carácter normativo, como un déficit entre la conducta obrada y la debida.

Esta mutación se traslada también a los criterios de apreciación, que aun siendo concretos de conformidad con el art. 512 del Código Civil argentino, se valen cada vez más de modelos. Éstos derivan del *bonus pater familiae* y, se denominan «buen empleador», «buen médico», «buen administrador»; suponen una exigencia mayor para el deudor, quien debe comportarse de acuerdo con comportamientos sociales objetivados.

2.4.3. El dolo

El dolo ha sido revalorizado, principalmente en el campo de las actividades económicas: cuando se incurre en fraude a la ley, estafa, falsificación de balances, omisión deliberada de información en perjuicio de terceros, insolvencia fraudulenta, o cuando el contrato es instrumento de una acción dolosa, destinada al debaratamiento de derechos u otros ilícitos penales.

58 NERY JUNIOR, Nelson y DE ANDRADE NERY, Rosa María, «Nova Código civi e legislação extravagante anotados», *Rev. Dos Tribunais*, 2002.

2.4.4. Apariencia jurídica-confianza

Existen supuestos en los que la confianza y la apariencia se constituyen en factores de atribución⁵⁹. En estos casos, hay una actuación profesional que produce expectativas razonables en el tercero, que actúa en base a la confianza.

Por ejemplo es el caso de la responsabilidad de los auditores. Una postura restrictiva señala que el auditor sólo es responsable si ha cometido fraude o ha participado en una maniobra dolosa⁶⁰. Sin embargo, la tendencia actual es fundar la responsabilidad en la culpa⁶¹, con lo cual se abre un campo muy importante de responsabilidad profesional. En estos casos estamos en presencia de un perjuicio sufrido por un tercero sobre la base de una información elaborada profesionalmente por el contador o auditor y que sirvió de base de la conducta del mencionado tercero; ello es habitual en el caso de los socios de una sociedad, o en el supuesto de inversores o prestamistas que basan sus análisis de riesgo en el dato profesional.

2. 5. La causalidad

2.5.1. Reglas

La relación de causalidad presenta dos aspectos:

1. *La causalidad a nivel de autoría*, trata de determinar el vínculo existente entre la actuación de un sujeto y el resultado dañoso.
2. *La causalidad a nivel de extensión del daño resarcible*, se ocupa de fijar el espectro de la resarcibilidad⁶²: se repara todo el daño causado o algunas consecuencias, en especial las inmediatas, mediatas previsibles y las casuales.

Las principales características del análisis jurídico sobre la causalidad son las siguientes:

1. Es retrospectivo y prospectivo, ya que el juez no sólo reconstruye lo que sucedió, sino que examina los efectos

59 Ampliamos en LORENZETTI, Ricardo, «La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza», *LL*, 2000-D-1155.

60 Sobre este tema MARTORELL, Ernesto Eduardo, «Reflexiones sobre contratos de empresas, Alcances de la responsabilidad de los estudios de auditores», *LL*, 1995-B-1098; MARTORELL, Ernesto, «Nuevos estudios societarios. La responsabilidad de los estudios de auditores hoy», *LL*, 9.11.98... Cita el caso «Ultramaras Corp c. Touche» (255, N.Y. 170, 174, N.E., 441), del año 1931, se dispuso que -en caso de negligencia simple- el autor responde sólo ante aquellos con quienes tiene una relación contractual privada, y únicamente puede ser demandado por terceras personas, si su conducta constituye o involucra fraude o negligencia grave equivalente al anterior.

61 En nuestro país es la opinión de Martorell. Ver también COOK, John N. y WINKLE, Gary M., op. cit., p. 105.

62 Tema muy importante en la responsabilidad contractual. Ampliamos en LORENZETTI, Ricardo, *La previsibilidad del daño contractual*.

futuros que tendrá su decisión sobre la conducta del agente involucrado y de otros sujetos similares.

2. Es abstracto, ya que, a diferencia de la culpa que examina la diligencia concreta del agente en el caso, el análisis causal se ocupa de la regularidad «según el curso normal y ordinario de las cosas» (ccArg), lo cual implica recurrir los pronósticos científicos.
3. El análisis es siempre objetivo, en el sentido de que se toma en cuenta la conducta media de las personas⁶³.

2.5.2. La causalidad como problema de asignación

La causalidad a nivel de autoría estuvo impregnada de un «aura filosófica» que lleva a la consabida cita de las distintas escuelas. Este aspecto, de relevancia por cierto, no debiera ocultar que la cuestión es en definitiva, disponer de un criterio para establecer quién es responsable y hasta qué punto lo es⁶⁴.

De modo que, además de la cita de las doctrinas iusfilosóficas conviene cotejar los datos con una hermenéutica de la intención del legislador en materia de asignación de riesgos y cargas indemnizatorias.

La búsqueda de la autoría es algo similar a la búsqueda policial del autor, a la investigación del pasado para establecer lo sucedido. Todo se resuelve en un problema ontológico que responde a la pregunta ¿cuál es la causa verdadera? La causa verdadera, en la realidad, involucra una multiplicidad de factores, pero el Derecho sólo toma algunos, estableciendo una selección. Por esta razón se orienta la tarea hacia la causa temporalmente más próxima, o a la más eficiente, o a la más adecuada. En este análisis se separa de «lo real». El investigador policial y el jurídico utilizan distintos métodos y pueden llegar a distintas conclusiones.

Esta idea «policíaca» de la causalidad a nivel de autoría se ha relativizado bastante en nuestros tiempos. Se admite, no sin cierto desencanto, que el problema del Derecho no es averiguar la verdad sino solucionar un problema a la luz de la justicia.

La pregunta actual no es tanto si causó o no el daño en el plano de la averiguación policial, sino si es justo o no que el autor responda por tales consecuencias.

63 Conf. GOLDBERGER, Isidoro, *La relación de causalidad en la Responsabilidad civil*, Bs.As., 1984; BREBBIA, Roberto, *La relación de causalidad en el Derecho Civil*. Rosario, 1975.

64 Conf. CALABRESI, Guido, «Concerning Cause and the law of torts: an Essay for Harry Kalven jr.», *Univ. of Chicago Law Review*, vol. 43. Chicago, 1975, p. 69.

Con estos fundamentos, aparecen en el plano jurídico, una serie de sujetos que son tratados como autores, pero que no han causado realmente el daño. Son legitimados pasivos extraordinarios, que son declarados autores en virtud de una decisión legislativa, que no se asienta en un supuesto de hecho: la relación causa efecto real. Los fundamentos de esa decisión del legislador son otros, y se relacionan con la adjudicación de los costos indemnizatorios, y en otros casos con una idea de valoración sancionatoria⁶⁵.

Permanentemente «nacen» nuevas doctrinas causales que enlazan distintos eventos que se apartan de la causalidad adecuada. En realidad, no se trata de nuevos descubrimientos de hechos o de nexos causales, sino de intentos de justificar que alguien que no causó el evento sea responsabilizado.

2.5.3. La doctrina de la creación de un peligro abstracto

Una de esas teorías es la «La creación de una fuente de riesgo como elemento de prueba del nexo causal».

Esta idea proviene de Viney⁶⁶ y sostiene que se considera probado el nexo causal cuando el daño fue precedido por la creación de un riesgo injustificado o por la creación culposa de peligro. En realidad, más que una teoría causal, es una regla probatoria acerca de la causa. En Argentina, el

65 En un caso fallado en la jurisprudencia argentina (CNFed. Civil y Com., sala I, 1999/06/01. «González de Boggiano, Ramona y otro c. Estado Nacional», *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*. La Ley, nº 1, enero-febrero de 2000, p. 275) se trató la pretensión deducida en juicio por los herederos de una víctima fallecida en un intento de robo, producido en la vía pública; se acusa a la policía de no haber sido diligente en la preservación de las pruebas. En este caso hay un encadenamiento causal complejo: la policía no causó la muerte, pero no preservó el lugar, lo que hizo perder la *chance* de encontrar pruebas, que podrían o no haber existido, y que podrían, o no, haber llevado a encontrar a los culpables. Los actores, Ramona González y Daniel Boggiano (esposa e hijo de la víctima) y sobre la base de considerar que «... tienen la certeza que el homicidio no será esclarecido...», promovieron demanda a fin de obtener el resarcimiento de daño moral que la negligencia policial les ocasionó, la cual imputan a la sola circunstancia de que se perdieron las huellas dactilares con que se hubiera podido identificar a los responsables, toda vez que por este obrar policial no se preservó el lugar del crimen, y con ello los elementos probatorios que allí se hubiesen encontrado. El Tribunal hace lugar a la demanda por daño a la *chance*. Dice que «es posible que se hubieran dejado marcas o señales dactilares o simples restos que signifiquen «rastros» humanos identificables (pelos, pedazos de ropa, etc.) que se hubieran producido en el registro y extracción o manipuleo de la mencionada caja, que además, allí aparece a la vista, y bien pudo ser necesario revisar el local para ser encontrada por los delincuentes. La mínima prevención indica que, con este cuadro, la policía debió preservar el lugar -tal como lo ordena la Ley- a fin de salvaguardar las «pruebas» (art. 183 y 184, Cód. Procesal Penal citado). Es entonces que, sea por acción o por omisión la Policía es responsable por la pérdida de la posibilidad de recabar esta prueba antes de que quede definitivamente frustrado su resultado.... Establecida así la responsabilidad policial corresponde limitar su alcance, habida cuenta que la imposibilidad de encontrar rastros por el tiempo transcurrido y por la limpieza efectuada en el local, sólo tiene la trascendencia de haber limitado una chance en la investigación para la averiguación e individualización de los responsables del delito, puesto que la existencia de huellas es meramente conjetural, no pudiéndose afirmar que sólo por esto la situación se tornó irreversible (tal como lo sostienen los actores), si se tienen en cuenta otros elementos de prueba existentes en la causa penal».

Otros casos interesantes: «CNFED. Civil y Com., sala III, 1999-04-24»; «C. J. O. y otros c. Policía Federal Argentina y otro», *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*. La Ley, enero-febrero de 2000, p. 91), CNCIV., sala L, marzo 24-1999(*). «T., V.L. c. Municipalidad de Buenos Aires», publicado en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*. La Ley, mayo y junio, 1999, p. 94; CNCIV., sala D, «Turón c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires del 29-2-96». La Ley, 1996-D-24.

66 VINEY, Genevieve, «Les obligations. La responsabilité. Conditions». En *Traite de Droit Civil*. Paris: Ghestin, 1982, p. 433.

tema fue tratado por Bueres, quien lo criticó si se lo emplea como único elemento de valoración de la relación causal, porque se acordaría al juzgador una libertad excesiva; asimismo, la tesis importa una confusión entre causalidad y culpabilidad, pero admite su aplicación con carácter residual⁶⁷.

La creación de un peligro abstracto puede significar una violación genérica del esquema de diligencia; esta violación puede implicar un nexo causal. En general, cuando esta fuente de peligro es creada, normalmente es la que produce el evento dañoso. Las situaciones excepcionales en que puede invocarse esta tesis, según Bueres, están relacionadas con casos en que resulta difícil la prueba del contacto causal con la cosa, y la adecuación del mismo. En ellos es suficiente entonces con la prueba del contacto con la fuente de riesgo.

En la jurisprudencia española⁶⁸ se decidió un caso por parte del Tribunal Supremo, cuyos principales hechos fueron los siguientes: una empresa titular de una concesión minera ubicada en la localidad de Matarrosa del Sil, en la provincia de León, contrata a un obrero para trabajar en una mina que estaba en explotación, que carecía de la aprobación administrativa; no se conoce con exactitud qué tipo de trabajo era; el contrato de trabajo era «informal». El día 22 de octubre de 1981, el trabajador sufre un accidente, cuyas características se desconocen: sólo se supo que se produjo en el interior de la mina. Promueven demanda siendo desestimada en la primera instancia en Ponferrada; en la segunda instancia, en la Audiencia de Valladolid, se hace lugar a la demanda, porque el demandado no probó que el accidente fuera un caso de fuerza mayor o se hubiera producido por culpa o negligencia de la víctima; el Supremo declaró no haber lugar al recurso. Díez Picazo critica la sentencia señalando que no hay ningún criterio estable para conocer de antemano cuál es el régimen imputativo vigente, si hay culpa o imputación objetiva, y sobre todo, no hay nexo causal probado en la causa.

2.5.4. Presunción de la adecuación del nexo causal

La jurisprudencia y doctrina han ido avanzando en la regla de la presunción de la adecuación del nexo causal: si se prueba el contacto entre una causa y otra, se presume que es adecuado a los fines de

67 BUERES, Alberto, Responsabilidad civil de los médicos, cit., t. I, p. 333. CNCIV., sala D, 29-2-96; TURÓN, Claudia]. V, «Municipalidad de Buenos Aires», JA, 2-10-96, con nota aprobatoria de VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., «Responsabilidad civil médica por contagio de enfermedades (Antijuridicidad y prueba de la relación causal)», JA, 2-10-96. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, «La relación de causalidad y la antijuridicidad en la responsabilidad extracontractual», LL, 5-8-96; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, «La prueba de la relación causal en la responsabilidad civil» hacia un alivio en la carga probatoria», LL 2.8.96.

68 Ver estos casos en DÍEZ PICAZO, *Derecho de Daños*, cit. pp. 20 y ss.

la aplicación de la regla de la causalidad adecuada, incumbiendo al responsable la demostración contraria.

En una causa fallada en Argentina⁶⁹, se trató de una imputación de responsabilidad a un médico. El paciente estaba internado y convaleciente de una nefrectomía, el médico le prescribió la aplicación por vía endovenosa del medicamento «Lisalgil», lo cual le habría provocado en forma inmediata, por ser alérgico a la sustancia que compone tal específico, un shock anafiláctico y un paro cardiorespiratorio, a consecuencia del cual falleció. La Corte se inclinó por la condena, afirmando que hubo una serie de indicios: el paciente era alérgico a la «dipirona»; le fue aplicada una ampolla de «Lisalgil»; tal medicamento mantiene en su fórmula la sustancia a la que el paciente era hipersensible; «inmediatamente» después de suministrar el analgésico se produjo una reacción que se profundizó con un paro cardíaco y respiratorio.

2.6. La acción y la autoría

En este presupuesto de la responsabilidad corresponde hablar de «AII TORÍA»; puesto que se trata de calificar la atribución de responsabilidad en diferentes supuestos:

1. *El acto humano individual*, comprende todos los supuestos en que las personas físicas incurren en responsabilidad. Se supera la noción voluntarista de la acción, depurándose el concepto y llegando a la conclusión de que la acción puede comprender tanto los actos voluntarios como los involuntarios. Hay acción siempre que se advierta un poder de control del sujeto sobre lo actuado, aunque no existan conjuntamente la intención, el discernimiento y la libertad⁷⁰. Lo que importa es que sea atribuible, y no la voluntariedad.

2. El acto humano grupal:

En este caso hay que distinguir varios diferentes:

- *Actuación plural*: en este caso varias personas cooperan a la producción del mismo resultado dañoso; existe causación común, aunque individualizada. Por ejemplo, cuando hay dos o más coautores de un hecho ilícito o autores y partícipes, tenemos una pluralidad de sujetos que aportan una acción cuya contribución al resultado final es identificable. Éste es un supuesto de responsabilidad individual, aunque sean solidariamente responsables. Por esta razón, la ley dice claramente que cada uno contribuyó en partes: en el caso

69 CS, «Ahuad, Alfredo H», LL, 1990-E-442.

70 MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, t. I. Ediar, Bs.As., 1979, p. 11; BUERES, Alberto, «El daño injusto y la ilicitud de la conducta». En *Derecho de Daños*. Ed. La Roca, Bs.As., 1989, p. 142.

de los cuasidelitos admite que cuando «uno de los coautores hubiere indemnizado una parte mayor que la que le corresponde, podrá ejercer la acción de reintegro» (art. 1109 Código Civil), mientras que en los delitos aunque se reconoce una contribución causal diferente que hace que le correspondan distintas partes, niega la acción de repetición por la intención dolosa existente (arts. 1081 y 1082 Código Civil). Las acciones son individuales y no hay responsabilidad colectiva, sino una obligación con pluralidad subjetiva pasiva, solidaria o mancomunada según los casos.

- *Intervención disyunta o alternativa*: sucede cuando el hecho parece atribuible a una u otra persona pero no se puede probar cuál de ellos ha sido. Es el caso del individuo no identificado dentro de un grupo determinado. Aquí la autoría es anónima, pero la imputación es grupal: el individuo se exime, normalmente, probando quién es el autor del daño, es decir, eliminando el anonimato.
 - *Intervención grupal*: en este caso, el hecho es atribuible al grupo como tal, no siendo posible que lo cause un individuo. El resultado dañoso es la suma de actuaciones que son necesariamente colectivas. Aquí la autoría es grupal y la imputación también; el individuo sólo se exime probando que no integró el grupo, pero no demostrando quién fue el autor.
3. *El acto de las personas jurídicas*, es un supuesto en el que el ordenamiento atribuye efectos a un centro imputativo, definido según el derecho societario.
 4. *El hecho de las cosas*, comprende todos los casos en que las cosas riesgosas causan daño, y el ordenamiento atribuye responsabilidad a su dueño o guardián, como supuesto de legitimación extraordinaria.

2.7. La prueba

Si se piensa en el resarcimiento del daño, es muy importante facilitar el trámite que debe seguir la víctima, ya sea para la identificación del responsable, del nexo causal o la acción.

Este tema, que antes no merecía mayor atención, va progresivamente interesando al estudioso.

Se habla de una regla *favor victimae*, de presunciones de causalidad, de responsabilidad, de culpa, a través de la prueba *in re ipsa*, y de la inversión de la carga probatoria⁷¹.

71 Ver entre otras: ALTERINI, Atilio, «Carga y contenido de la prueba del factor de atribución en la responsabilidad contractual». En ALTERINI, Atilio, *Derecho de Daños, LL*, 1992, p. 135; VÁZQUEZ FERREYRA, *La prueba de la culpa médica*. Ed. Hammurabi, Bs.As., 1992; LORENZETTI, Ricardo, *Carga de la prueba en los procesos de daños*. La Ley, 1991-A-995.

2.8. La unidad de lo ilícito

La doctrina fue elaborando poco a poco unos principios fundamentales que dan unidad sistemática a la materia a partir de concebir al daño como el centro de gravedad del sistema⁷².

Es claro que aquí se aprecia el instituto casi exclusivamente en su función reparadora.

Consecuentemente, los principios de la reparación se pueden aplicar cualquiera sea la fuente del crédito. Por esta razón se concluye en la unicidad de lo ilícito, indicando que la sistemática de la reparación se aplica en el ámbito extracontractual, contractual, en el derecho público y privado.

Si se prescinde de una consideración exclusiva de la causa fuente de la obligación del deudor, pierden su interés algunos distingos:

- El primero que fue esfumándose es el que separa el ámbito delictual del cuasidelictual, ya que si no interesa castigar, no se justifica esta separación.
- En segundo lugar se avanza en la unificación entre el ámbito contractual y extra contractual, conceptualizando distintos regímenes de lo ilícito.

Como consecuencia de este ordenamiento hay temas que pierden relevancia. Por ejemplo, si en lo sustancial, el dolo tiene la misma consecuencia que la culpa, su aplicación práctica se debilita.

La influencia de la sentencia penal sobre la civil y el complejo mecanismo que se articuló en las codificaciones del siglo XIX, ha sido relativizado. Si la responsabilidad civil persigue otros fines, si el juez civil puede condenar por un factor objetivo aun cuando el penal absuelva de uno subjetivo, pareciera disminuirse el riesgo del «escándalo jurídico» ante las sentencias contradictorias que fundó el sistema referido.

Sólo en aquellos casos en que hay una conducta dolosa o de culpa grave de un autor identificado importa realmente la sentencia penal.

En otros casos obstaculiza. En los accidentes de tránsito, el interés por la culpa se ha devaluado frente a la imputación objetiva derivada del riesgo del automóvil y la no neutralización de riesgos. En consecuencia, el juicio penal sólo retarda y complica al problema de la reparación, salvo los casos en que hay un verdadero interés público en sancionar por conductas culposas graves o dolo.

A. Unidad científica y diversidad de problemas

Hay coincidencia doctrinaria en que la ilicitud es un fenómeno que responde a una unidad sistemática. En virtud de ello la antijuridicidad, im-

72 GOLDEMBERG, Isidora, «La unicidad de lo ilícito. Su problemática», *Rev. Jur. San Isidro*, pp. 1-75; conclusión XII Jornadas Nacionales Der. Civil.

putabilidad, nexo causal y daño son presupuestos aplicables a los casos que surgen en el ámbito contractual, aquiliano, público o privado.

Esta unicidad se refiere a la independencia de la causa fuente del crédito: cualquiera que sea la causa se aplican los mismos principios.

Sin embargo, los valores inherentes son distintos y cada vez más parcelados.

Si bien todos responden a los principios de la responsabilidad aquiliana, no es lo mismo un accidente de tránsito que la responsabilidad precontractual; no es equivalente el daño ecológico que la transmisión de enfermedades de padre a hijo.

Por esta razón, surge el derecho estatutario en la responsabilidad civil: los accidentes de trabajo (Ley 24028), los de minería (Cód. de Minería), Código Aeronáutico (17285), daños nucleares (Convención de Viena, Ley 17048), actos discriminatorios (Ley 23592), accidentes de tránsito (decr. 692/92), los deportivos (Ley 24192).

Dentro de una unidad científica sistemática hay que identificar el bien jurídico protegido y, en función de ello, se concretizan los principios.

Por otra parte, cada subsistema tiene su economía interna y, es por ello, que hay pluralidad de sistemas compensatorios. No es posible pensar que el tipo de resarcimiento que se prevee para el hecho del dependiente de la gran empresa sea aplicable al hecho de la dependiente doméstica de una maestra que sale a trabajar.

B. Responsabilidad contractual y extracontractual

Tampoco son iguales la responsabilidad contractual y la aquiliana. Lo que ha pretendido la doctrina es suprimir las injusticias que derivan de un diferente régimen en materia de prescripción, de competencias, de extensión de la reparación, que tienen su origen en la fuente del crédito.

Ya no se admite un distingo basado en que en uno se viola la autonomía privada y en el otro el deber genérico de no dañar, porque es claro que en el contrato hay también numerosas normas impuestas que impregnan al mismo de los valores colectivos que sustentan al *naeminen laedere*.

Las similitudes se dan claramente entre los daños causados con ocasión del contrato o al margen del mismo, que son manifiestamente aquilianos, como sucede con quien sufre lesiones en un espectáculo deportivo. Sin embargo, la unificación absoluta no es tarea fácil, y subsisten diferencias entre uno y otro.

La responsabilidad derivada del incumplimiento de la prestación comprometida no es igual a la tutela aquiliana, porque obedecen a distintos problemas y valoraciones.

La responsabilidad contractual tiene por objeto garantizar una actividad de cooperación de otro sujeto, mientras que la aquiliana apunta a evitada. Se pretende preservar la esfera jurídica subjetiva de interferencias ajenas.

En la materia contractual, interesa determinar si se trata de prestaciones a los consumidores o entre empresas, cuestión que es ajena a la tutela aquiliana.

2. 9. La influencia de otras disciplinas en los institutos de la responsabilidad

Decía Ripert que el espíritu científico que estudia la causalidad de los acontecimientos debe sustituir al teológico, que se ocupa de la moralidad de las acciones.⁷³

La ciencia que vino a cumplir esa función, de la mano del realismo jurídico, ha sido la sociología. La responsabilidad por daños fue altamente sensible a las mutaciones sociológicas, y en el intercambio con ellas ha configurado sus actuales institutos.

Es notable la frecuencia con que se recurre a la economía y la sociología para fundar soluciones jurídicas. Ello plantea otro problema: ¿está capacitado el abogado para comprender los problemas y las técnicas de otras ciencias? En realidad, se recurre poco al aparato científico de la sociología y de la economía, puesto que no se le conoce a fondo y no hay un trabajo interdisciplinario.

En muchos casos se toman argumentos aislados, libros de difusión, modas intelectuales, para sostener un criterio que ya se tiene y que no se funda en tales ciencias.

Se cae así en un economicismo sin economía y en un sociologismo sin sociología, dentro del cual es muy difícil hacer ciencia. Todo vale y nada es verificable si no hay metodología.

2.10. Bienes jurídicos protegidos y finalidades

La responsabilidad deja de ser el instrumento utilizado para sancionar un comportamiento culpable, y se convierte, en cambio, en el medio de asistencia a la víctima de un accidente.

De este modo, la atención se traslada desde el juicio de reproche a la identificación del sujeto que se encuentre en la posición más idónea para

73 RIPERT, Georges, *El régimen democrático y el derecho civil moderno*. México: Cajica, 1951, p. 289.

distribuir el costo de los accidentes; dicho sujeto, en efecto, será estimulado a recurrir al mecanismo del seguro, para no sufrir en su propio patrimonio la carga del resarcimiento.⁷⁴

2.11. La regulación

Ante la insuficiencia de los Códigos, la responsabilidad civil creció en virtud de la doctrina, la jurisprudencia y la legislación especial.

3. TERCERA PARTE: ÁMBITOS Y FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD

3.1. La hermenéutica constitucional

Hemos descrito dos modelos que coexisten produciendo campos de tensión⁷⁵:

La tesis restrictiva, el paradigma de la deuda, el análisis económico de la responsabilidad, la previsibilidad, la seguridad jurídica.

La tesis expansiva, el paradigma del «crédito a la indemnización»⁷⁶, del «daño a la propiedad» al «daño a la persona»⁷⁷, del daño individual al daño colectivo⁷⁸, de la reparación a la prevención.

Es importante advertir que la norma jurídica está constituida por la regla y su interpretación; esta última complementa la primera⁷⁹. En este sentido se ha dicho que el enlazamiento entre caso y sistema se logra mediante una «hermenéutica de concretización»⁸⁰. La interpretación es parte de la juridicidad, y sometida a criterios de control y de validación constitucional. La doctrina de la arbitrariedad de las sentencias avala esta postura, en tanto se ha producido su descalificación cuando la sentencia contiene una fundamentación sólo aparente⁸¹.

En esta perspectiva una regla de la responsabilidad civil es bien diferente si es interpretada en forma restrictiva o en forma expansiva.

74 TUCCI, G., «Derecho Privado», *Publ. Real Col. de Esp.* Bolonia, 1980, p. 423.

75 Ampliamos en LORENZETTI, «El Juez y las sentencias difíciles. Colisión de derechos, principios y valores», *LL*, 1998-A-1039.

76 Ampliamos en LORENZETTI, Ricardo, «El sistema de responsabilidad civil: ¿una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica?», *LL*, 1993-D-1140.

77 Véase AGOGLIA, María M., El daño jurídico. Enfoque actual, Bs.As., 1999, pp. 73 y ss.

78 cCIV. y Como Azul, sala II, 22-1096 «Municipalidad de Tandil» (voto del juez Galdós). En *LLBA*, 1997-273; *SCBA* «Almada», 19-5-98. *En Resp. Civil y Seguros*, n°1, p. 106.

79 Nuestra tradición jurídica muestra una división tajante entre la norma y su aplicación, siendo concebidos como dos actos distintos, emanados del legislador y del juez respectivamente. Actos disímiles, emanados de sujetos distintos, y con objetivos dispares. Esta segmentación ha ido cambiando hacia una concepción que ve en el acto judicial un acto que no es de mera aplicación, sino de creación normativa, sólo que de distinto nivel que el que elabora el legislador. El juez crea la norma del caso, y en ese acto conecta el caso al sistema, y se elabora una norma jurídica individualizada, cuyas reglas de producción deben ser respetadas, como sucede en el acto legislativo.

80 Conf. Friedrich MULLER, tal vez el más importante pensador alemán de la metodología jurídica actual ha realizado un aporte decisivo con su teoría estructurante del derecho, desarrollada en su obra *Normstruktur und Normativität*. Berlin, 1966. Sobre MULLER conf., Castanheira Neves, op. cit.

81 GUASTAVINO, Elías, *Recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, t. I, Ed. La Roca, Bs.As.

Por esta razón, es imprescindible el control de la interpretación y aplicación de la norma, lo que debe hacerse mediante un juicio de ponderación entre normas iusfundamentales.

La responsabilidad tiene su norma básica en la Constitución Nacional, y en ella se detectan principios: no dañar a otro, *favor victimae*, libertad de comercio, etc.

Dado este rango constitucional, los principios son normas jurídicas⁸² y como tales, son enunciados amplios que permiten solucionar un problema y orientar un comportamiento⁸³. De manera que el juego de los principios jurídicos de rango constitucional aporta la determinación de valores necesaria para llenar de contenido la cláusula general, conforme a un criterio normativo.

Esta tarea debe cumplirse en planos diferentes.

3.2. El campo obligacional: obligación principal y derivada

1. Hay una obligación principal que es la establecida entre la víctima y los dañadores:
 - Su función es la protección.
 - Está regulada por el orden público de protección, que propone una rampa legal e imperativa de acceso al objeto de la responsabilidad, cuya sede de regulación es el Código Civil que establece principios generales.
 - El objeto puede ser preventivo o resarcitorio.
 - La objetivación es creciente como modo de favorecer el acceso.
 - Hay unicidad de lo ilícito.
2. En un grado de dependencia unilateral, surge una obligación indemnizatoria derivada, cuyo sujeto activo es quien pagó y el pasivo es el verdadero responsable.
 - Su función es la distribución eficiente de los daños, entendiendo por tal su difusión adecuada y la disminución, al menor costo de administración.
 - Está regulada principalmente en los estatutos especiales.
 - Es admisible la imputación subjetiva, y la idea de punibilidad.
 - Hay pluralidad de sistemas compensatorios.

82 BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*. Bogotá: Temis, 1987, p. 239; VIGO, «Los principios generales del Derecho», *JA*, 1986-III-860.

83 ALPA, Guido, «I principi Generali». En *Trattato di diritto Privato* a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti. Milán: Giufre, 1993, p. 69.

3.3. El sistema general de administración de riesgos

La responsabilidad civil es una herramienta de control y distribución de riesgos. Existen daños en la sociedad que pueden ser adjudicados a través de la seguridad social, de la responsabilidad civil, de sistemas intermedios como el seguro obligatorio, del seguro a cargo de «primeras o terceras partes». Ello es motivo de una disciplina, la administración de riesgos, que estudia los aspectos macroeconómicos, sociológicos y jurídicos, basándose en una lógica distributiva de costos y beneficios.

En este caso, es necesario examinar la regla de la difusión de los riesgos, el modo de adjudicados a quien está en mejores condiciones de soportados; ello hace a una protección eficiente de la víctima. En este sentido propiciamos una regulación más apropiada de la intermediación, y de la pequeña y mediana empresa⁸⁴, con el fin de que puedan derivar costos que hoy día resultan asfixiantes y llevan a una frustración, tanto del deudor como del acreedor.

También es necesario distinguir entre riesgo evitable e inevitable: la responsabilidad civil mantiene su pertinencia en áreas donde la conducta del responsable tiene alguna incidencia en la disminución de los daños. Por eso es que la vejez, que no puede disminuirse, es administrada por la Seguridad Social; mientras que los accidentes son regulados por el sistema de responsabilidad. Los riesgos inevitables, que constituyen supuestos de caso fortuito deben ser soportados por la Seguridad Social como sistema complementario de la responsabilidad.

3.4. Las funciones responsabilidad civil

Son objetivos de la responsabilidad⁸⁵:

3.4.1. La prevención

Esta denominada «tutela inhibitoria» consiste en una serie de acciones (medidas cautelares inhibitorias, *injuctions*, daños punitivos,

84 El estatuto de la pequeña empresa: la imputación objetiva dañosa ha sido pensada para la gran empresa, y no para las pequeñas empresas, que son mayoría en nuestros países. La solución legislativa unificada es perjudicial también para las víctimas, en la medida en que en los ciclos de retroceso se imponen límites que logran las grandes y se trasladan a las pequeñas. Es posible un estatuto diferenciado que provoque la traslación de costos desde la pequeña hacia la gran empresa. Esto es principalmente posible en áreas donde las pequeñas empresas son integrantes de cadenas de distribución, de franquicias, o donde se «inventan pocos productos, siendo principalmente importadores. Tanto las reglas que las eximen de responsabilidad cuando identifican al responsable, como la imputación al que organiza el sistema, son vehículos de derivación de costos. Ello permite una solución transaccional en el plano del desempleo, ya que las pequeñas empresas son importantes creadoras de trabajo.

85 Sobre este tema hay opiniones muy diferentes, para tener un panorama diverso conf: Conf. SALMOND y HEUSTON, *On the law of torts*, 20 ed. London: Sweet Maxwell, 1992. PROSSER y KEETON, *On. torts*, 5ª ed., West. VINEY, Genevieve. En *Traité de droit civil. Les obligations. La responsabilité*. Dir. por GHESTIN. Paris, 1982, p. 51; ALPA, Guido, «La responsabilité civile en Italie: problemes et perspectives», *Revue Internationale de Droit Comparée*, nº 4, 1986, p. 1101; CALABRESSI, Guido, *El coste de los accidentes*. Barcelona: Ariel, 1984, p. 11. FLEMING, J., *An Introduction to the law of Torts*. Oxford, 1967, p. 8. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*. Milán, 1961, pp. 53 y ss. Del mismo autor, cf. «Economia e diritto nel sistema della responsabilita civile», *Politica del diritto*, 1971, pp. 353 y ss.

etc.) destinadas a actuar antes que el daño se produzca. Modifican el elemento central de la responsabilidad, que está basada en el daño, para actuar con anterioridad ante la mera amenaza, lo cual importa reconstruir uno de los principios básicos del sistema: «no hay responsabilidad sin daño». O se considera que la tutela es una rama diferente, o bien se la considera incluida dentro de la responsabilidad, que no será solamente por daños, sino genérica: responsabilidad civil.

La tutela inhibitoria, tanto definitiva como cautelar, ha sido reconstruida a partir de sus orígenes romanos⁸⁶, vinculados a la defensa de la propiedad. Actualmente proponemos proveer de instrumentos inhibitorios para la defensa de los derechos fundamentales⁸⁷, dentro de los que se encuentra la protección del consumidor, del ambiente, de la persona. Esta tutela preventiva, es ampliamente reconocida y aplicada en la jurisprudencia en Argentina⁸⁸ y en Brasil⁸⁹.

La tutela inhibitoria tiene finalidad preventiva, ya que el elemento activante es la posibilidad de un ilícito futuro; es la amenaza de violación.

Este dato normativo le confiere algunas características especiales: a) En primer lugar, prescinde de la verificación del daño en la esfera jurídica del titular, siendo suficiente la mera amenaza; b) El acto ilícito se caracteriza normalmente por una actividad continuativa, o bien por una pluralidad de actos susceptibles de repetición, o bien por la inminencia de un acto ilícito. Este elemento es necesario porque afecta a la posibilidad de prevenir; c) La acción ilícita debe ser susceptible de ser detenida en sus efectos futuros, ya sea evitando que se produzcan nuevos daños o disminuyendo el ya producido; d) La culpa no tiene ninguna relevancia en la disciplina inhibitoria, puesto que no

86 El interdicto era una orden cautelar del magistrado que podía consistir en vedar un acto aplicándose cuando había un interés; también la *actio confessoria*, la *actio negatoria*, o el juicio de jactancia. BONFANTE, Pedro, *Instituciones de Derecho Romano*. Reus/Madrid, 1979, p. 135. Sobre estas semejanzas conf.: RAPISARDA, Cristina, *Profili della tutela civile inhibitoria*. Padova: Cedam, 1987.

87 Ampliamos en nuestro trabajo «La tutela civil inhibitoria», LL, 14-7-95.

88 Existen numerosos trabajos de doctrina y jurisprudencia sobre la aplicación del amparo, la medida cautelar innovativa en el campo de la protección del derecho del consumidor. PEYRANO, Jorge, «El mandato preventivo», LL, 1991-E-1276; ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, «La tutela inhibitoria contra daños», *Resp. Civil y Seg.*, n° 1, 1999, pp. 1 y ss.; LORENZETTI, Ricardo «La tutela civil inhibitoria», LL, 1995-c-1217; NICOLAU, Noemí, «La tutela inhibitoria y el nuevo artº 43 de la CN», LL, 1996-A-1245 y ss.; THIBIERGE, Catherine, «Libres pro pos sur l'evolution du droit de la responsabilité», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1999, pp. 561 y ss.

89 MOREIRA, José Carlos Barbosa, «A acao popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdiccional dos chamados interesses difusos», *Temas de direito processual*, 1ª serie. Sao Paulo: Saraiva, y «Tutela jurisdiccional dos interesses colectivos ou ifusos», *Temas de direito processual*, 3ª serie. Sao Paulo: Saraiva, 1984; WATANABE, Kazuo, *Controle jurisdiccional e mandado de seguranca contra actos judiciais*. Sao Paulo, R.t., 1980; PELLEGRINI GRINOVER, Ada, «A tutela jurisdiccional dos interesses difusos». En *Novas tendencias do direito Processual Forense*, 1990, pp. 137 y ss).

es posible evaluar el elemento subjetivo de una conducta antijurídica futura; e) Es habitual que se trate de perjuicios que, si se concretan, no son monetizables. Si bien este elemento no es esencial, es en este campo donde mayor desarrollo ha tenido; f) También es habitual que se refiera a bienes infungibles, porque en ellos se revela claramente la necesidad de prevención.

3.4.2. El resarcimiento

Esta área consiste en una serie de dispositivos destinados resarcir el daño causado, para lo cual se requiere un hecho antijurídico imputable a un autor.

3.4.3. La punición

La responsabilidad civil pretende, desde sus orígenes, sancionar al culpable de un acto moralmente censurable⁹⁰. Esta finalidad que tuvo un protagonismo menor en los últimos años, retorna un lugar en varios ámbitos en los que la noción de «pena civil» sirve para censurar conductas represensibles, como en los daños ambientales, los causados por productos elaborados, y en general, en los daños masivos.

3.5. *La eficacia: el paradigma del acceso a los bienes*

Un derecho privado construido sobre la noción de mercado reproduce sus fallas estructurales⁹¹, ya que se toma como presupuesto y no como objeto de regulación.

En el ámbito latinoamericano, el mercado tiene fallos estructurales importantes, al excluir a una gran masa de sujetos, y un Derecho privado homólogo al mercado presenta los mismos defectos: no se aplica a un grupo importante de ciudadanos⁹². Existe un umbral de entrada al Derecho privado que importa la exclusión de grandes grupos de personas: no todos llegan a ser propietarios, contratantes, trabajadores, o actores en un proceso. En el Derecho privado latinoamericano, se puede advertir una cantidad de normas vinculadas con el «paradigma de acceso a los bienes»⁹³. Se trata de

90 PONZANELLI, G., *La responsabilità civile (Profili di diritto comparato)*. Bolona, 1992.

91 Sobre las relaciones homólogas entre Mercado y Derecho ver POSNER, Richard, *Economic Analysis of Law*, 1978.

92 Los rasgos de este fenómeno son evidentes: 1) La propiedad se ocupaba centralmente de los problemas de quien ya es propietaria: el uso de la cosa y la exclusión de terceros que pudieran afectar ese uso; 2) El contrato se interesaba por quien ya era contratante. Los principales institutos se referían a las obligaciones de las partes, los modos de extinción, y responsabilidad por incumplimiento; 3) El Derecho del Trabajo, desprendimiento de la locación de servicios, se ocupó siempre del obrero que ya tenía empleo: «el trabajador». Sus regulaciones atendían a los horarios, adjudicación de tareas, accidentes de trabajo, salubridad, remuneración. Uno de sus capítulos más relevantes ha sido el de la protección contra el despido arbitrario; 4) El Derecho procesal se interesó por quien ya era litigante. El actor y el demandado son sus figuras principales; sus regulaciones refieren a la demanda, la contestación, la prueba, la extinción del proceso. La garantía del «debido proceso» se representa entre quienes están sometidos a la justicia. Ampliamos en: LORENZETI, *Las normas fundamentales de Derecho privado*.

93 Sobre este concepto ampliamos en *Las normas fundamentales de Derecho Privado*, cit.

la construcción de un puente con los excluidos, surgiendo nuevas figuras y técnicas: el desempleado en el Derecho laboral; el acceso a la justicia en el Derecho procesal, el acceso a la propiedad, al consumo, a la contratación, y al resarcimiento en la responsabilidad extracontractual.

Por lo tanto, el campo de la eficacia es un elemento de considerable importancia a la hora de examinar el instituto.

PÉRDIDA DE LA CHANCE COMO DAÑO RESARCIBLE ¿ILUSIÓN O REALIDAD?

Prof. Dr. Gustavo Ordoqui Castilla'
(Montevideo - URUGUAY)

I. PRESENTACIÓN E IMPORTANCIA DEL TEMA

Nuestro tema aparece en doctrina con diferentes denominaciones tales como “*pérdida de una ocasión favorable*” (BIANCA *Diritto Civile*, T.V Milán 2004 Pág. 161); “*pérdida de una oportunidad*” (MEDINA ALCOZ, *La Teoría de la Pérdida de la Oportunidad*, Madrid, 2007), “*la pérdida de una expectativa*” (DE ANGEL YAGUEZ, *Responsabilidad civil por Actos Médicos*, Madrid, 1990, pág. 127, CRESPO MORA, *La Responsabilidad Civil del Abogado*, Madrid, 2005) Se alude a un tema de particular interés práctico a la hora de exigir la reparación integral de ciertos daños como pueden ser los emergentes de la “mala praxis médica (como en el caso demora en un diagnóstico) o jurídica que determinan la pérdida de la oportunidad de curarse o de ganar un juicio.

Existen ciertas actividades en las que es muy difícil demostrar la probabilidad cierta de que de no haberse cometido cierto acto ilícito la víctima hubiera dejado de padecer un daño u obtener un beneficio.- Así, en la carrera administrativa por la pérdida de concurrir a un concurso, en la actividad médica por error en el diagnóstico o en la actividad letrada por no plantear el proceso adecuado.- No obstante no ser posible probar el daño a la víctima se le facilita el camino admitiendo la posibilidad de probar como daño la pérdida de la chance.

La doctrina de la pérdida de la chance como daño resarcible tiende a garantizar una indemnización a la víctima en situaciones en las que la prueba de la causalidad es solo probable pero no cierta y segura.- Llegado el momento

1 Autor de numerosas otras publicaciones jurídicas, es Director del Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Montevideo (URUGUAY), Profesor de Derecho Civil (G5) de la Universidad Católica Montevideo (URUGUAY), Miembro correspondiente de la Academia de Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina), Miembro del Grupo de Investigaciones de Derecho Civil y Comercial de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia), Miembro Correspondiente de la Academia de Iusprivatistas de Pavía (Italia), Secretario Académico de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado (Argentina), Abogado Adjunto de la Procuraduría del Estado en lo Contencioso Administrativo Montevideo (URUGUAY) y Profesor de Derecho Médico de la Universidad de Montevideo (URUGUAY).

de preguntarnos cuál es la razón por la que se otorga relevancia jurídica a la pérdida de una chance como daño resarcible, debemos considerar qué es lo que se afecta con la pérdida de esa chance. Así, por ejemplo, en caso que se haya perdido la posibilidad de participar en un concurso, lo que se afecta es la carrera o el desarrollo funcional y el progreso del trabajador sobre el que, por cierto, el afectado tenía un interés legítimo.

Si pensamos en el caso de la pérdida de la chance por una omisión del abogado en presentarse en plazo, lo que se afecta es el legítimo interés de la persona a participar en el debido proceso de forma de resolver conforme a derecho el conflicto de interés que pueda estar afrontando.

Cuando lo que se pierde es la chance de una posible curación, como la que refiere la sentencia comentada, está en juego nada menos que la integridad psicofísica de la persona. Como se advierte, la resarcibilidad de la pérdida de una chance como daño responde a una necesidad social tendiente a la tutela de valores esenciales a la dignidad de la persona como son el respeto de su misma integridad física, la tutela de sus derechos a un debido proceso, al desarrollo de su carrera laboral, etc.

Como advierte ASUA GONZALES (*Pérdida de la Oportunidad en la Responsabilidad Sanitaria*, Navarra, 2008, pág. 15), otro aspecto que marca la relevancia del tema es que se llega a él sin respaldo legislativo concreto, por obra creadora de la jurisprudencia y doctrina y se sustenta en máximas consolidadas que se han difundido tanto a nivel internacional como nacional.

II. EL DAÑO ¿DEBE SER CIERTO?

Conforme a la doctrina general sólo es resarcible el daño originado en una acción u omisión humana, de carácter personal, que no ha sido aún reparado, que parte de la lesión de un interés jurídicamente protegido y que es de existencia cierta, o sea, el real, efectivo, existente. En consecuencia, conforme a los criterios generales, no se repara un daño hipotético, conjetural o eventual. La certeza está indicada desde el punto de vista fáctico en el hecho de que de no haber mediado el perjuicio, la situación de la víctima sería mejor.

La exigencia de certeza refiere a la existencia y no al monto o a la actualidad, pudiendo el daño ser determinado a posteriori en su monto, o ser un daño futuro, sin que con ello se vea afectado el requisito de certeza.

No siempre resulta del todo clara la posibilidad de determinar la certeza de la existencia del daño no obstante considerar que existe un interés jurídicamente a proteger. Así, por ejemplo, cuando se pierde una chance de obtener un supuesto beneficio.

A la certeza del daño aluden implícitamente los Arts. 1246, 1319, 1329, 1330, 1324 y 1326 del C.C., cuando refieren a la necesidad de que exista un daño “causado”,

con lo que se requiere que este perjuicio se haya producido realmente. No se pierde la certeza por la dificultad de probar la cuantía.

La certeza apunta a la existencia y no al cálculo del monto. Una cosa es la existencia del daño y otra el valor que a éste se le da. La certeza del daño está en que éste se exteriorizó o consolidó en su existencia o en su realidad. En homenaje a la verdad, en ciertas ocasiones la existencia de un perjuicio cierto pasa a ser algo relativo, pues, como dice LE TOURNEAU (*La responsabilité civile*, París, 2004, n. 1411, p. 335), la certeza absoluta no es de este mundo.

Como destacan los MAZEAUD (*Lecciones de derecho civil*, Parte II, Buenos Aires 1962, p. 61 y 62), sostener que el perjuicio debe ser cierto es afirmar que no existen dudas sobre la realidad. Pero no es exigir que se haya producido ya, desde el momento en que, por ejemplo, se puede tener certeza de que se producirá en el porvenir. No necesita el daño ser actual, y no se debe confundir actualidad con certeza.

La certeza refiere a la consecuencia que genera el acto lesivo y también respecto del interés lesionado.

TRIGO REPRESAS - LÓPEZ MESA (*Tratado de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, 2004, t. I, p. 413) ubican la certeza en la posibilidad de apreciación económica que afecta a la víctima en su patrimonio o en su persona, o en sus derechos o en sus facultades.

Esta exigencia de certeza no debe plantearse en términos absolutos pues, en ocasiones, por ejemplo, el daño puede aparecer diferido en el tiempo, como sucede en el denominado daño futuro. También en nuestro derecho se considera el lucro cesante donde los beneficios se consideran en la actualidad pero estimando pérdidas futuras también en parte inciertas.

En estos casos, como anota VINEY (“La responsabilité civile”, *Traité de Droit Civil*, París 1982, p. 339), estamos ante una **zona peligrosa** pues existe algo de aleatoriedad o de probabilidad, lo que determina de alguna forma que esta certeza sea relativa o debilitada. Como bien dice LE TOURNEAU (ob.cit, n. 1411 p. 335), la noción de perjuicio cierto es bastante relativa: basta que sea muy probable. Corresponde diferenciar el denominado perjuicio **virtual**, o sea, que existe en potencia en el acto incriminado que conlleva en sí todo lo necesario para deducir la existencia del daño. Otra cosa es que el perjuicio sea **eventual**, o sea, que no sea más que una expectativa o una hipótesis. En el primer caso se está ante un perjuicio cierto, y en segundo no lo es. Reparar un daño hipotético eventual es considerar un daño que no es tal, y puede determinar enriquecimiento sin causa.

Existe prácticamente unidad de criterio en el sentido de que la certeza del daño es un requisito configurativo del mismo. La certeza se exige en cuanto a la existencia cualitativa del mismo, y no tanto en cuanto a la extensión

o cuantificación. La certeza en cuanto a su existencia está marcada por la posibilidad de ser probado. El mero peligro o posibilidad de un perjuicio, o el temor de que ocurra un perjuicio, no es daño.

Ocurre que el daño patrimonial puede ser emergente o lucro cesante. A su vez, estas dos hipótesis pueden ser presentes o futuras.

Como veremos oportunamente, la certeza del daño emergente y lucro cesante futuro tienen la peculiaridad de que surgen de la ponderación de las máximas de la experiencia y la consideración de hechos similares. Es posible prever qué es lo que razonablemente ocurrirá según las máximas de la experiencia, y de allí se deduce cierta certeza. Si bien no es posible conocer el futuro con certeza, se puede tener una probabilidad objetiva de que, según las circunstancias del caso, los hechos ocurrirán de cierta forma.

En el lucro cesante se ponderan utilidades probables o ganancias posibles, y ello se considera como cierto, pues de otro modo se actuaría en forma arbitraria. Si una persona estaba percibiendo una cierta cantidad de dinero y deja de percibirla, por ejemplo, luego de un accidente, es correcto deducir que si el accidente no hubiera ocurrido, esta persona hubiera seguido percibiendo este dinero. Ciertamente es que pueden existir eventualidades que cambien la realidad: enfermedad, despidos... lo que lleva a que no exista certeza absoluta sino probabilidad cierta, dejando de lado algunas eventualidades.

Desde este punto de vista acertaba DE CUPIS (*Il danno: teoria generale della responsabilita civile*, Milano, 1979, pág. 9) cuando nos invitaba a ver el daño no sólo como un fenómeno fáctico o natural sino como una realidad jurídicamente calificable, estructurada por una realidad material y otra formal máxime en casos como el estudiado, sobre el no existe certeza en la relación causal. Y en definitiva lo relevante es el interés jurídicamente protegido en cada caso.-

Desde otro punto de vista, del daño cierto deriva que el mismo puede ser probado. Quien aduce la existencia de un derecho cierto debe probarlo (Art. 139 C.G.P.). Este es un elemento estructural básico de la responsabilidad, que no se presume, como en ocasiones ocurre con la culpa.

El criterio central para determinar en qué casos un perjuicio es cierto, resulta de apreciar que de no mediar su producción, la posición de la víctima sería mejor de lo que es a consecuencia del mismo.

Propio de la certeza del daño es presentarlo en forma consolidada, o sea, exteriorizada y determinada en su extensión. Esto no quiere decir que el daño no pueda evolucionar para disminuir o empeorar la situación. Tal lo que sucede especialmente en el caso de los daños a la integridad física de la persona, que pueden evolucionar hacia su disminución o hacia su agravamiento. El juez debe considerar la situación el día de la sentencia. Dentro del requisito de certeza está el exigir que el daño haya sido probado en su existencia y en su cuantía.

A modo de conclusión, el tema a dilucidar aquí parte de que es tradicional en la doctrina exigir la certeza del daño para que este sea resarcido descartando la resarcibilidad de los daños hipotéticos o inciertos. A pesar de ello en el caso de la pérdida de la chance esta certeza no parece ser en principio del todo firme no obstante la aceptación que existe por parte de la doctrina y jurisprudencia ampliamente mayoritaria en el sentido de que, ello no obstante, en estos casos se afectarían intereses legítimamente protegidos y por tanto, con posibilidad de traducirse en daños resarcibles. Este nuevo enfoque del daño determina la necesidad de ajustar también el concepto mismo de relación causal tema al que volveremos más adelante.

III. CONCEPTO PÉRDIDA DE UNA CHANCE COMO DAÑO

“Chance” deriva del francés “choir” que significa, posibilidad, probabilidad, oportunidad de acceder a un beneficio a una ocasión favorable o la pérdida de un perjuicio. En el derecho de daños se utiliza esta expresión para identificar una forma especial de daño consistente, precisamente, en la pérdida de una oportunidad favorable, de una ventaja o beneficio esperado. La pérdida de la chance supone la desaparición injusta de la probabilidad seria y fundada de un suceso favorable. Lo opuesto a chance vendría ser “riesgo”, o sea, la posibilidad de sufrir un perjuicio o siniestro.

TRAZEGNIES (“Indemnizando sueños: entre el azar y la probabilidad”; en *Revista de Responsabilidad y Seguros*, Bs. As., 2004, pág. 220) para dar el concepto de pérdida de la chance recuerda el tradicional ejemplo de la situación del propietario de un caballo de carrera que cuando es conducido al hipódromo para participar en una competencia sufre por imprudencia del conductor un accidente como resultado del cual no puede participar en el evento.

A la hora de evaluar los daños causados no está solo el valor de los gastos de curación del animal sino la pérdida de la posibilidad de participar en un evento con posibilidades de obtención de un premio importante pues el caballo era uno de los favoritos.- Si bien no existía el 100% de probabilidades de triunfo pues de lo contrario se le consideraría ganador antes de la carrera lo que sería un error, lo cierto es que tenía grandes probabilidades de éxito.

El daño causado estaría determinado porcentualmente por las posibilidades de éxito en relación al valor total. Como dice el autor citado, el instituto de la pérdida de la chance daría lugar a reclamar por el valor del sueño, de la ilusión, de la esperanza de expectativas probables.-

LÓPEZ MESA (Responsabilidad civil médica y pérdida de chance de curación) afirma que la pérdida de chance es un concepto jurídico indeterminado; una figura jurídica intermedia, a medio camino de otras más definidas y precisas.

La pérdida de una chance puede definirse con “la desaparición de la probabilidad de un evento favorable, cuando esta chance aparece suficientemente seria”.

La llamada “perte d ‘un chance” es definida por la doctrina europea como la “desaparición de la probabilidad de un suceso favorable” o pérdida de la oportunidad de obtener una ganancia la cual tiene que contemplarse de una forma restrictiva y su reparación nunca puede plantearse en los mismos términos que si el daño no se hubiera producido y el resultado hubiera sido favorable al perjudicado.

Bajo el título “chances o ilusiones” perdidas el autor señala que la ideología de la reparación ha encontrado en esta temática de las chances perdidas una cantera propicia para extender ad infinitum el concepto de daño indemnizable.

El maestro LE TOURNEAU (Ob cit) ha advertido con su particular estilo sobre los riesgos que entrañan los juegos de palabras y el “espíritu indemnizatorio” en la valoración de chances, que de tales muchas veces tienen solo el nombre.

La frustración de una chance es la pérdida de la posibilidad de un beneficio probable futuro, integrante de la facultad de actuar del sujeto en cuyo favor de la esperanza existe. Privarlo de esa esperanza, conlleva un daño aun cuando pueda ser dificultoso estimar la medida de ese daño, porque lo perdido, lo frustrado, en realidad es la chance y no el beneficio esperando como tal.

YZQUIERDO TOLSADA,(Ob cit) en la pérdida de chance “hay incertidumbre en el perjuicio, pero certidumbre de posibilidad. Y si la víctima se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para aspirar a convertir en hechos esas “chances”, el juez debe valorarlo, como lo hace en Francia en los supuestos de pérdida de un litigio, investigando lo que valía el fondo del litigio, si la resolución impugnada habría podido ser reformada o casada, cómo habría juzgado otra jurisdicción superior, etc.

En similar sentido dicen TERRÉ – SIMLER Y LEQUETTE (Ob cit) que “es cierto, por definición, que la realización de una chance no es jamás cierta, no lo es menos que el perjuicio causado por la pérdida de una chance presenta un carácter directo y cierto cada vez que se constate la desaparición de la probabilidad de un elemento favorable” para que persona obtuviera una ganancia o ventaja.

Respecto a la pérdida de la chance como daño se presentó la tesis negativa y positiva respecto a su existencia.-

a) Tesis Negativa.-

Para DEMOGUE (“*Traite des Obligations en Générale*”, París, 1925, T. IV, n.387) negó que la pérdida de una chance sea un daño por la incertidumbre que existe de que se pudiera dar el resultado.

TERRE SIMLER LEQUETTE (*Droit Civil.- Les obligations*, París, 1982, pág. 551) consideran que con la pérdida de la chance no existe daño resarcible porque el daño deja de tener certeza.

Mas modernamente IZQUIERDO TOLSADA (*Sistema de la responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid, 2001, pág. 214) considera que el concepto de la pérdida de una chance es un artificio o una ficción por

el que se sustituye el criterio de la reparación por el daño causado por la indemnización por equidad ello en merito a la imprecisión que en estos casos existe sobre la esencia de relación causal real.

En esta línea se ha sostenido que la chance puede tener un valor social importante pero no un valor demarcado (PACCHIONI, *Diritto civile Italiano*, Milano, 1940, pág. 111). Se está ante una posibilidad aleatoria no ante un valor efectivo cierto y presente.

b) Tesis Positiva.-

LALOU (*Traité de la responsabilité civile*, París, 1949, n.146), replicando la tesis anterior sostuvo que en estos casos lo que se debe valorar es la certidumbre de la posibilidad o de la probabilidad. ORGAZ (*El daño resarcible*; Bs. As., 1967, pág. 71) aclara que el daño cierto a resarcir es la pérdida de la chance en sí y no el resultado probable. Puede ser calificada como daño en sí con independencia a la consideración del resultado.

La pérdida de una chance, como daño, tiene el carácter sobresaliente de ser desarrollada sobre la base de propuestas doctrinarias y jurisprudenciales, y además, tiene la peculiaridad de que se sigue hablando del daño a pesar de que la certeza del mismo se debilita sensiblemente. Lo cierto y concreto es que en la actualidad “la probabilidad fundada” por pérdida de una chance paso a ser en términos de DE CUPIS (*El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*”, Barcelona, 1975, pág. 318) un bien jurídicamente tutelado.

La certeza del daño admite distintos niveles desde la seguridad sobre su existencia hasta la probabilidad objetiva. **En ciertos casos, el derecho admite un daño con certeza relativa.** Aparece la pérdida de una chance, ubicada por algunos a medio camino entre la certeza del daño y el daño hipotético. Pérdida de la chance es la pérdida de la expectativa de la probabilidad legítima de obtener un beneficio, un suceso favorable, una ganancia material o inmaterial. El sujeto tiene una esperanza legítima que se ve frustrada ilegítimamente.

Lo que se frustra en la pérdida de la chance no es el beneficio o ventaja esperada sino la posibilidad de acceder a ellos. La chance es por esencia aleatoria, pues no existe seguridad de que de no haber mediado el daño, el perjudicado hubiese accedido al beneficio.

La pérdida de la chance u oportunidad puede ser causada, por ejemplo, por un médico o un abogado en los casos en que, debido a sus errores, determinan que el paciente o el cliente no hayan podido tratarse médicamente o haber accedido al litigio que les correspondía, lo que derivó en que se frustraran sus posibilidades de curarse o de obtener beneficio perseguido.

CENDON (*Il dolo nella responsabilità estracontrattuale*; Torino, 1974, pág. 127 y 134), condiciona la existencia del daño consistente en la pérdida de una chance

a que la conducta que lo determine sea dolosa. Por culpas leves no es posible, para este autor, asumir las consecuencias de que otro pierda una chance.

LE TOURNEAU – CADIET (*Droit de la reponsabilité*, París, 2004, n. 670, ob.cit., n. 1418, p. 337) definen este tipo de daños como **la pérdida de las probabilidades de un suceso favorable**, que puede o no ser económico. Se destaca luego que esta pérdida de una probabilidad debe ser seria y real. La chance tiene un aspecto cierto y otro incierto. Lo cierto, es que de no existir el daño el perjudicado hubiera tenido la esperanza de acceder a un beneficio o ganancia, o de evitar una pérdida. Lo incierto es que de no existir el daño realmente esa ganancia o beneficio se hubieran podido lograr.

MONTANERI (“La responsabilità civile”, en *Tratatto di Diritto Civile*, Torino, 1998, pág. 283), con realismo presenta a la pérdida de una chance como la pérdida actual de un mejoramiento futuro y posible. Se entiende que cuando se pierde una probabilidad cuantificable porcentualmente de obtener un resultado esperado (obtención de un beneficio o evitar una pérdida) ello es en sí un daño (ALPA, *Responsabilita civile e danno*, Bologna, 1991, pág. 201, BOCCHIOLA, Ob. cit., pág. 55; FRANZONI, *I fatti illeciti*, Roma, 1993, pág. 821).

La pérdida de una chance no constituye perjuicio indemnizable si la chance perdida no es seria, o la probabilidad del evento importante. BATISTTA PETTI (*Il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale della persona*, Torino, 1999, p. 484), señala que esta figura depende de un criterio de causalidad jurídico y de un cálculo de probabilidades y presunciones. En esencia, es la pérdida de la posibilidad de conseguir un resultado económicamente útil lo que se considera como daño. La pérdida de una expectativa es la pérdida de una probabilidad efectiva de conseguir un bien patrimonial, económico y jurídicamente evaluable, que es frustrada por una conducta ilícito-culposa.

Ciertos autores (ZANONNI, *El daño en la responsabilidad civil*, Bs. As., 1987, N° 19, nota 31) consideran la pérdida de una chance como un **daño virtual**. Sobre la ley de las probabilidades y la experiencia de un hombre normal, dados ciertos hechos se puede presumir con certeza que ocurrirán determinadas consecuencias. **Virtual** quiere decir que en el curso normal de los acontecimientos, el daño muy seguramente se producirá. En el **daño eventual** el perjuicio se considera como una posibilidad remota, y lo lógico es que no se produzca.

La diferencia que existe entre el daño futuro y el daño virtual, radica en que en el primer caso se tiene probabilidad segura de que el daño ocurrirá partiendo del daño ya existente, o sea, el daño futuro se presenta como una proyección del ya existente. El daño virtual por su parte, no se vincula a un daño ya existente, sino que la certeza de su existencia surge del entorno de las circunstancias que de mantenerse seguramente concluirían en el acaecimiento del daño. Para este autor, en los casos de pérdida de la chance existe a la vez un elemento

cierto y otro incierto. Certeza de que de no mediar el acto ilícito el damnificado habría mantenido una esperanza que le permitiría acceder a un beneficio pero, al mismo tiempo, existe la incertidumbre de que manteniéndose la situación de hecho o de derecho que era el presupuesto de la chance, la ganancia se habría realmente obtenido.

Para ZAVALA DE GONZALEZ (*Resarcimiento de Daños*; T. 2, Buenos Aires 1990, pág. 301), pérdida de una chance es la pérdida de una oportunidad verosímil de lograr una ventaja o de impedir una pérdida.-

Para TANZANI SILVA (“La reparabilidad de la pérdida de la chance”, en la obra en *Homenaje GOLDEMBERG*, Bs. As., 1997, pág. 330), la chance es la posibilidad de un beneficio probable futuro que integra las facultades de actuación del sujeto cuya pérdida conlleva un daño, aun cuando sea de difícil evaluación. En esta concurrencia de factores pasados y futuros, necesarios y contingentes existe una consecuencia actual y cierta. A raíz del acto imputable como daño se pierde una chance por la que se debe reconocer el derecho de exigir una reparación.

MOSSET ITURRASPE (“Frustración de una chance por error en el diagnóstico”, en *Estudios sobre responsabilidad por Daños*; Santa Fe, 1982, pág. 61 y ss), sostiene que en los casos de daños por la pérdida de una chance la evaluación del perjuicio no se hace en función del cálculo de probabilidades sino en mérito a la equidad.

TRIGO REPRESAS, LOPEZ MESA (Ob. cit., T. I, pág. 466) consideran que la interrupción abrupta de una situación en curso, que causa un des-balance artificial en pro o en contra de una determinada situación particular por causa de un hecho ilícito ajeno, cuando la posibilidad de obtener un beneficio era verosímil, genera un daño indemnizable. Esta situación jurídica se caracteriza por conformar una zona gris o limítrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro.

Sucede que cuando la relación causal entre el evento dañoso y el daño final no puede ser claramente identificada, pero tampoco puede negarse la admisión del resarcimiento de la chance como daño resarcible, evita que la imposibilidad de la prueba opere en perjuicio de la parte afectada dejando indemne a quien con su conducta ha dado origen a esta situación.

IV. LA PÉRDIDA DE UNA CHANCE EN LOS PRINCIPIOS UNIDROIT Y EN EL PROYECTO DE CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS (DE LA ACADEMIA DE IUSPRIVATISTAS EUROPEOS DE PAVÍA)

Al tema en análisis refiere expresamente el Art. 7.4.3 de las normas UNIDROIT en cuanto dispone: “Certeza del daño. *Sólo es reparable el perjuicio que se establece con un grado razonable de certeza aunque sea futuro. La pérdida de una oportunidad puede ser reparada en la medida de la probabilidad de su realización.*”

El perjuicio cuyo importe no puede determinarse con un grado suficiente de certeza ha de ser valorado según la discreción del tribunal”.

En el Art. 163 del Proyecto de Código de los Contratos referenciado se dispone. *“El daño patrimonial resarcible comprende: A) Tanto la pérdida sufrida; B) como el lucro cesante que el acreedor podía razonablemente esperar según el curso ordinario de las cosas teniendo en cuenta las circunstancias particulares y las medidas que haya adoptado. Forma parte del lucro cesante la pérdida de oportunidad de ganancia que puede considerarse – con certeza razonable – ocasionada y que debe de evaluarse en función del momento del incumplimiento o del retraso”.*

Corresponde tener presente, además, que en el Art. 3.106 de los Principios de Derecho Europeo de la responsabilidad civil se establece bajo el título *“causas inciertas en la esfera de la víctima”* que *“la víctima tiene que cargar con la pérdida sufrida en la media correspondiente a la probabilidad de que pudo haber sido causada por una actividad, acontecimiento o cualquier otra circunstancia o perteneciente a su propia esfera”*

Por último, corresponde destacar la referencia a la norma que con más claridad refiere a nuestro tema en el derecho comparado que es el Art. 563 del Código Civil Portugués de 1967 al disponer: *“La obligación de indemnizar sólo existe en relación a los daños que la víctima probablemente no habría sufrido de no mediar el hecho ilícito”.*

V. CASUÍSTICA

Las formas de pérdida de una chance las podemos ordenar desde un punto de vista esencialmente práctico por actividades. En este sentido, como lo propone MEDINA ALCOZ (Ob. cit., pág. 64), los casos de mayor relevancia serían:

- a) Pérdidas de oportunidades de victorias en juegos de azar.
- b) Pérdidas de oportunidad de victoria en competiciones deportivas.
- c) Pérdidas de oportunidad de victoria en procesos jurisdiccionales o en concursos administrativos.
- d) Pérdidas de oportunidades de curación o de sobrevivencia.
- e) Pérdida de una oportunidad comercial cuando por el acto ilícito se perdió la posibilidad de firmar un contrato.

En doctrina se ha sostenido que según **la naturaleza de la oportunidad** perdida ésta puede ser: a) económica b) personal. En realidad, desde nuestro punto de vista, la existencia de un daño a la persona no puede depender de una causalidad probabilística o de un cálculo de probabilidades.

Desde otro punto de vista, puede referir a la pérdida de un beneficio o pérdida de la posibilidad de evitar un daño.

Según **los aspectos temporales**, se puede diferenciar la pérdida de una probabilidad pasada o futura.- En el primer caso, se pierde la posibilidad de evitar un daño pasado y en el segundo caso se pierde la posibilidad de evitar un daño futuro. Tal lo que sucede, por ejemplo, en el ámbito médico en los casos de error en el diagnóstico.

Se puede sostener que existen **dos tipos de pérdida de chance**:

- a) Aquellas que son resultado de la interrupción abrupta de una situación en curso de la que se esperaba un beneficio. Ejemplo, después de iniciado el juicio el abogado omite concurrir a la audiencia preliminar.
- b) Aquellas que son resultado de la causación de un evento en el que todavía no se inició la situación que posibilitaría el beneficio, pero el ilícito impide acceder a él. Ejemplo, el accidente que se causa al que iba a competir en una carrera.

VI. DOCTRINA NACIONAL

PEIRANO FACIO (*“Responsabilidad extracontractual”*, Montevideo 1954 N° 204, p. 364) entendió que daño no deja de ser cierto por el hecho de que su cuantía sea incierta, indeterminada o de difícil apreciación o porque resulte más o menos dificultoso acreditarlo, que es lo que sucede, precisamente, cuando el daño se concreta en la pérdida de una oportunidad más o menos probable de realizar una ganancia o de evitar una pérdida. La dificultad en estos casos proviene que es preciso indagar el valor de dicha oportunidad, lo que naturalmente presenta varios inconvenientes.- Para este autor, el nudo de la cuestión está en saber determinar que la pérdida de la chance es en sí un daño ¿posee ésta, o no, independientemente de todo hecho futuro, un valor en sí misma? La respuesta afirmativa se impone. La chance en sí misma tiene valor de daño resarcible no existiendo razón alguna para negarle el carácter de daño emergente y actual.

GAMARRA (*Tratado de derecho civil uruguayo*, Montevideo, T. XXIV, pág. 115) define la chance como la probabilidad de ganar algo o de evitar una pérdida. Dicha posibilidad existió en el pasado donde un comportamiento hubiera podido evitar o atenuar el daño causado por el resultado final que efectivamente aconteció posteriormente.

La pérdida de esta posibilidad podrá llegar a ser un daño siempre que existan ciertas pautas que hagan presumir con certeza que efectivamente se iba a obtener un beneficio y no se obtuvo (CASSINELLI MUÑOZ, *“Reparación por la pérdida de una probabilidad”*, en *la Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. LXVIII, p. 271).

La aceptación de la pérdida de la chance como daño resarcible contempla dificultades probatorias que en ocasiones debe afrontar el actor y además cumple una función preventiva de mayor alcance en un momento en que el derecho

de daños persigue la misión no sólo de resarcir sino de prevenir perjuicios. Este autor analiza el daño que se constituye cada vez que a una persona se le hace perder injustamente la posibilidad o probabilidad de ascenso en la carrera administrativa. PEIRANO FACIO analiza el caso del perjuicio que se causa a un funcionario despedido y reclama por los aumentos de sueldo que le hubieren correspondido si hubiere continuado ascendiendo (ob cit., p. 373 y 374).

VII. JURISPRUDENCIA

El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do Turnoo, sent. 89/04 de 19.V.04, L.J.U., t. 132, c. 15.136.) formando parte de lo que en el tema bien pueden considerarse como máximas consolidadas, ha sosteniendo que las probabilidades que se han perdido no son siempre castillos en el aire (MAZEAUD TUNC, *Tratado*, t. I, vol. 1, p. 612, Buenos Aires, 1977), ni ameritan juzgamientos de Salomón que traducen la incertidumbre de los jueces (LAMBERT - FAIVRE, *Le droit du dommage corporelle*, p. 516).

Si bien aparece en principio como noción ambigua la pérdida de chance – *semidaño* se le ha denominado – requiere la evaluación exacta, en concreto, por medio de un diferencial en base a la capacidad del sujeto concernido de hacerse acreedor totalmente del beneficio.

Este mismo Tribunal (sentencia 118/03 de 14 de mayo de 2003) entendió que la pérdida de la chance de un período mayor de sobrevivencia de la paciente, e incluso con mayor calidad de vida, por ausencia de diagnóstico precoz de tumor mamario, resulta suficientemente probable, conforme criterios generales de normalidad estadística, para ameritar la indemnización a sus familiares por daño moral de rebote, a juicio de la Sala.

El Sr. Perito Dr. Guido Berro concluyó que: “en términos generales se puede decir que cuanto antes el diagnóstico, mejor será el pronóstico vital, sobrevivencia y calidad de la misma. En el caso concreto resulta imposible asegurar que la evolución hubiera variado, de haberse diagnosticado y tratado en octubre de 1993 en lugar de a partir de marzo de 1994 (5 meses y medio a 6 meses después); en conclusión, en base a los parámetros generales antedichos podría aceptarse que en término de chances, éstas mejoraban si se hubiese realizado el diagnóstico y tratamiento en el mes de octubre.” (fs. 858).

En caso análogo, la Sala ha puntualizado que “La imputación material que es elemento esencial de la responsabilidad (nexo causal) determina que la doctrina y jurisprudencia ubiquen la demora u omisión de diagnóstico en la categoría de pérdida de chance (véase ampliamente GAMARRA: *Responsabilidad médica*, tomo II, ps. 302-307).

“Como lo ha establecido la Sala (Sentencia 25/10/00) “la noción de pérdida de chance es la siguiente: ...la desaparición de la probabilidad de un acontecimiento

favorable aunque por definición la realización de una chance no es jamás cierta”. YVES CHARTIER (“La réparation du préjudice”, p. 14, Dalloz, París 1996) dice que la pérdida de chance se ubica entre el perjuicio cierto y el perjuicio eventual; como el primero y a diferencia del segundo, es reparable.”

“Las probabilidades que se han perdido no son siempre castillos en el aire (MAZEAUD-TUNC: *Tratado...*, t. I, v. 1, p. 312, Ejea, Buenos Aires, 1977) ni ameritan juzgamientos de Salomón que traducen las incertidumbres de los jueces (LAMBERT-FAIVRE: *Le droit du dommage corporel*, p. 516, 2ª edición).”

“Si bien la noción ambigua de la “pérdida de chance” requiere su evaluación exacta, en concreto, por medio de un diferencial en base a la capacidad del sujeto concernido de hacerse acreedor totalmente del beneficio. El maestro GAMARRA (op. cit., t. II, p. 341) señala “que para medir la chance se utiliza la estadística del cálculo de probabilidades pero no debe perderse de vista la situación particular del sujeto, siempre que sea posible y abogar por revertir la tendencia jurisprudencial que fija indemnizaciones insuficientes.” (Sentencia de la Sala N° 188 del 22/8/2001 en ADCU, tomo XXXII, pág. 119, caso 217)

La Suprema Corte de Justicia (sent. 186/01, de 29.VII.01, L.J.U., t. 125, c. 14.371) sostuvo con referencia a las pérdidas de una chance por mala praxis judicial que si se deja de interponer un recurso en plazo, o no se contesta dentro del mismo la demanda, se hace perder al cliente la posibilidad de haber ganado un pleito que, si bien es incierto, no por ello es inexistente. Según las circunstancias de cada caso concreto deberá ponderarse qué posibilidades de éxito pudieron haber existido en la gestión y calificar si en realidad se está ante un daño cierto o puramente eventual o hipotético. Se analizarán las pruebas ofrecidas, el estado de la jurisprudencia y la doctrina en torno a las cuestiones debatidas por las partes, etc.

La relevancia de la pérdida de la chance depende de los casos concretos, pues no es lo mismo no haber presentado un recurso en un caso en el que se tenían pocas posibilidades de ganar, que en el que sí se tenían en atención a cuál era la jurisprudencia mayoritaria. Pudiera llegar a ocurrir que, analizando el caso concreto, surgieran pruebas de que el afectado tenía no sólo la chance de ganar sino la casi certeza de que lograría éxito en su gestión judicial. Si ello es así, el profesional más que tener que resarcir la pérdida de una chance podría tener que resarcir por la ganancia frustrada o el perjuicio causado.

El Alto Cuerpo en otro fallo (sent. 425 de 27.IX.00, L.J.U., t.124, c. 14.285) sostuvo que la llamada pérdida de una chance no es un rubro específico del daño reparable, sino que se estudia en los caracteres del perjuicio (debe ser personal, lícito, cierto y directo), esto es, cuando se analiza la debida certidumbre. El elemento del perjuicio constituido por la pérdida de una chance presenta los caracteres de directo y cierto cada vez que está constatada la desaparición

de la probabilidad de un acontecimiento favorable aunque, por definición, la realización de una chance no es jamás cierta.

Se ha dicho que la pérdida de la chance se ubica entre el perjuicio cierto y el perjuicio eventual. Como el primero, y a diferencia del segundo, es reparable. No se limita a un perjuicio personal, puede configurarse en materia de reparación el daño a los bienes. Así, a modo de ejemplo, la jurisprudencia toma en consideración la pérdida de la chance de ganancia que representa la conclusión de un contrato (CHARTIER, Ives; *La réparation du préjudice*, París, 1996, p. 14). En conclusión, la pérdida de una chance puede referir al lucro cesante, así como también a otros rubros, como por ejemplo, el daño moral. Pérdida de la chance de rendir un examen o un concurso. (Ver además: S.C.J., sent. 90/99 de 21 de abril de 1999, L.J.U., T. 121, c/13.866.)-

El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er Turno, (sent. 90 de 28/6/2002), afirmó que la doctrina refiere a la pérdida de una chance en el sentido de probabilidad, pero es preferible la expresión de pérdida de una probabilidad. Se pierde la probabilidad de ganar algo o de evitar una pérdida: normalmente la situación futura que con la pérdida de la chance deviene imposible (impidiendo definitivamente su verificación), significa una ventaja o un beneficio para el damnificado, pero también consiste en evitar una situación desfavorable.

La situación continua la sentencia - puede esquematizarse en dos extremos: a) probabilidad de que se suprima el evento dañoso; y b) ventaja esperada o resultado final, cuya realización frustrada configura la pérdida de la probabilidad. La chance debe ser cierta en cuanto a la probabilidad de lograr un resultado que se sitúa en el futuro, en cambio, el resultado, siempre es incierto (nunca podrá verificarse) porque precisamente lo impide la incidencia de la chance. El resultado final no será nunca conocido porque el ofensor ha detenido el desarrollo de una serie de hechos que podrían ser fuente de ganancias. De donde se deduce que el daño resarcible consiste en la pérdida de la chance y no en pérdida de ventajas de la esperada situación final.

VIII. NUESTRA OPINIÓN

En otras ocasiones (ORDOQUI CASTILLA, “Reparación de los daños causados a la concubina”; *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, Montevideo, 1982, pág. 106; y *Responsabilidad Civil del abogado y del escribano*; Montevideo, 2007, pág. 102 y mas recientemente *Derecho de Daños T I* Montevideo 2011 pag 379 y ss), sostuvimos que chance significa la posibilidad o probabilidad de hacer o de obtener algo, supone la incógnita sobre un evento que se pudo haber dado pero que, al no concretarse, es indemostrable. Lo importante de la chance como daño es probar que el hecho dañoso cercenó en un alto porcentaje la posibilidad de ganar un pleito, de lograr una curación o de obtener otro resultado beneficioso.

Históricamente, la doctrina de la pérdida de oportunidad se explica por la dificultad de la prueba del nexo causal y por la injusticia que supone negar toda clase de reparación en casos como los descritos. Además, se afirma, parece verosímil que exista algún tipo de contribución causal en la producción del daño, de ahí que se defienda la necesidad de imponer alguna clase de responsabilidad a la parte demandada, cuanto menos en los casos en que la oportunidad perdida fuera significativa, para prevenir la repetición de comportamientos similares en el futuro. Buena parte de los defensores de esta doctrina consideran, como le destaca ALVARO LUNA YERGA (Ob. cit.) con independencia de lo anterior, que con ella se redefine el daño y que la oportunidad de evitar un perjuicio, en tanto que puede ser valorada económicamente, debe ser en sí misma protegida.

Lo que se indemniza no es el resultado esperado sino la pérdida en sí de la chance con que contaba la víctima; o sea, en términos de la sentencia, la desaparición de una probabilidad favorable aunque no cierta.

La chance en sí es un valor o un bien que el sujeto tiene aun cuando no sepa si la misma llevará con certeza plena a un buen resultado. Es un bien patrimonial en sí, independiente ontológicamente de la ventaja o beneficio esperado que preexiste en el patrimonio de la víctima.- El análisis de la causalidad no puede ir referido a la causalidad entre el hecho dañoso y la ventaja dejada de obtener sino, como bien anota PEIRANO FACIO (*Responsabilidad Extracontractual*, Montevideo, 1954, pág. 364), a la existente entre el hecho y la posibilidad de acceder a la ventaja apetecida.

Desde nuestro punto de vista, la doctrina de la pérdida de la chance es en esencia una técnica de facilitación de prueba para la víctima que se encuentra en situación de desigualdad porque carece de información como para determinar si existió o no relación causal con la privación de un beneficio o las posibilidades de evitar un perjuicio. Esta facilitación de la prueba es similar a la que sucedió en los casos en que la doctrina propuso por ejemplo, la inversión de la carga de la prueba, la prueba por presunciones, entre otras medidas

Cuando se pierde una chance u oportunidad entramos en una zona gris o intermedia entre lo cierto e incierto respecto al resultado esperado, existiendo un acto ilícito que interfiere en el de curso normal de los acontecimientos de forma tal que el afectado no podría saber con seguridad si obtendría o no los beneficios esperados por el acto trunco, o bien si hubiere evitado o no la pérdida o el peligro que se trataba de evitar. Lo cierto es que perdió la chance o probabilidad y esto en sí es un daño.

La pérdida de una chance es una forma de daño emergente, pues supone la afectación a la integridad del patrimonio y el daño se liquida en relación a la probabilidad de haber obtenido el beneficio.

Lo complejo del tema está no tanto en identificar el daño sino en evaluarlo, o sea, en calificar el grado de certeza o la posibilidad de haber obtenido el beneficio.

La pérdida de la oportunidad, que no siempre es ganar dinero, sino que puede ser, por ejemplo, de lograr la curación o ganar un pleito, puede llegar, como estamos diciendo, a ser un daño cierto y resarcible cuando esas probabilidades son fundadas, ciertas, en los parámetros que se comentará más adelante.-.

En función de una razonable condenación de probabilidades objetivas se determinará que no es una mera conjetura el haber podido obtener un beneficio al que no se pudo intentar acceder. Puede perderse una chance laboral, de curación, de tener éxito un juicio, de casarse.

A la hora de calificar la pérdida de la chance como daño, lo relevante es establecer los grados de probabilidad fáctica que el afectado puede tener de acceder a un beneficio justamente esperado. Importa destacar que lo que en la eventualidad se indemniza es la privación de la posibilidad de obtener el beneficio y no el beneficio esperado propiamente tal. Lo que se afecta en estos casos es un interés simple y no un interés legítimo, pues no puede decirse que al afectado se le trasgredió ningún derecho subjetivo. Esta apreciación es importante pues supone un concepto amplio de daño que va más allá de la referencia a la lesión de un derecho.

Como lo señalara LO MORO BIGLIA (*Il risarcimento della chance frustrata*, Milano, 2006, pág. 23) la pérdida de una chance es un “daño reducido” en cuanto contempla sólo la oportunidad pérdida y no el resultado de esta posibilidad que será siempre incierto.-

En realidad, desde nuestro punto de vista, la doctrina de la pérdida de la chance es un medio de eludir dificultades probatorias que generan situaciones de desigualdad entre las partes. No existe la certeza del daño pero sí la fuerte probabilidad de que éste hubiere existido, asimilándose en algo a la denominada prueba por presunciones. -No siempre es posible saber con certeza que un hecho es causa de otro aunque pueden existir altas probabilidades de que realmente lo haya sido. Esta forma de acceder al conocimiento jurídico de los hechos exige un cambio de visión actuando por parte del Juez dentro de las máximas de la experiencia y la sana crítica en un proceder amparado expresamente en nuestro derecho por los Art. 140 y 141 del CGP.

Métodos de facilitación de prueba, como el de las presunciones, están referidos por el propio Código Civil en el Art. 1600 como las consecuencias conjeturales que la ley o el magistrado sacan de un hecho conocido a otro desconocido agregándose en el Art. 1605 del C.C. que las presunciones judiciales quedan confiadas a las luces y a la prudencia del magistrado que no debe admitir sino las que sean graves.

Corresponde agregar, precisando el concepto de la sentencia, que no toda pérdida de chance configura daño sino que ésta, como se verá a continuación, debe contar con cierta certeza o probabilidades concretas reales de realización.

IX. NATURALEZA DEL DAÑO CONSISTENTE EN LA PÉRDIDA DE UNA CHANCE

a) Presentación del tema.-

En la doctrina no existe claridad respecto a la ubicación o la naturaleza de esta figura.- La calificación del daño consistente en la pérdida de una chance para unos es un daño emergente para otros es un lucro cesante y no faltaron quienes entendieron que se estaría ante una categoría intermedia. Además, en otros casos se llega incluso a confundir con el daño personal.

b) Diferencias con el lucro cesante.-

No han faltado autores que como MONTANERI (“La responsabilità civile” en *Trattato di Diritto Civile* dirigido por Sacco, Torino, 1998, pág. 586) ven en esta figura una inútil reiteración de la figura del lucro cesante pues no es posible separar la chance en sí de la posibilidad de su realización y ambas figuras se caracterizan por tener un porcentaje de incertidumbre e inseguridad. Autores como SALVI (*La responsabilità civile*, Milano, 1998, pág. 202), CATTANEO (*La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, pág. 184) cuestionan a la pérdida de la chance el carácter de daño actual y se le presenta como daño patrimonial futuro resarcible según las reglas del lucro cesante.

Para DE CUPIS (ob.cit., N° 38 p. 318 y 319), la pérdida de la chance es un daño emergente y no un lucro cesante. La pérdida de la chance es un daño presente, cierto, actual. No cabe duda de que una chance tenga mucho menos valor que el resultado esperado, pero no por ello deja de tener valor y constituir en sí un interés jurídicamente protegido.

Para BOCCHIOLA (“Perdita di una “chance” e certezza del danno”; en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1976, pág. 74), la pérdida de una chance es un daño emergente porque el resultado útil esperado es indemostrable y, además, la frustración de la posibilidad es un bien autónomo, actual y demostrable, existiendo en el patrimonio del sujeto antes de que el acto ilícito dañoso se la destruyera.

No parece correcto confundir el lucro cesante con la pérdida de una chance pues la diferencia está en que: en la pérdida de la chance el daño está configurado por la pérdida de la posibilidad de acceder a un beneficio, mientras que en el lucro cesante el daño se concreta en la pérdida de ganancias derivadas del daño; en el primer caso no se indemniza el beneficio esperado sino la pérdida de la probabilidad como daño emergente, y en el segundo caso, se indemniza la pérdida del beneficio propiamente tal; en ambas situaciones existe diferencia de certeza. El daño más seguro es el

lucro cesante; la pérdida de una chance tiene mayor incertidumbre pues se rezarse con independencia de que ésta se realice o no por el solo hecho de haberse perdido.

En el caso del lucro cesante en definitiva, se presume cómo hubieran ocurrido los acontecimientos en el futuro mientras que la pérdida de una chance no se basa en presunciones sino en un hecho concreto que privó de la posibilidad de realizar cierto acto del que se podía esperar un resultado favorable. La pérdida de la chance se califica considerando principalmente el momento presente mientras que el lucro cesante apunta generalmente al futuro de la situación.

Como señala TRAZEGNIES (Ob.cit., pág. 224), considerada la pérdida de la chance como daño emergente la causalidad se encuentra perfectamente acreditada. El hecho dañino es el que causa la pérdida de la probabilidad actual de obtener la ganancia, no de la pérdida de la ganancia misma.- Pensado el tema desde el punto de vista del lucro cesante, se hace necesario probar que la ganancia futura era indefectible y el acto dañoso fue la causa de que tal ganancia no se produjera en el futuro.

Para FRANZONNI (*Fatti Illeciti*; Roma, 1993, pág. 823), la chance no se puede confundir con el lucro cesante pues en el caso de la chance no es posible hacer referencia a utilidades perdidas pues no existen pruebas posibles de que se pudieron obtener y que se perdieron. Cierto es que en ambos casos se pierden oportunidades o se ven defraudadas ciertas expectativas pero en el lucro cesante se pierden utilidades futuras mientras que en la pérdida de la chance se pierde la posibilidad de acceder a estas utilidades.

c) Tesis intermedia.-

ESPINOSA (“La pérdida de la chance”; en la obra homenaje a Chabas dirigida por Kemelmajer de Carlucci, Santa Fe, 2007, pág. 427), siguiendo a VISINTINI (*Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1999, T. 2, pág. 208) considera que la naturaleza del daño consistente en la pérdida de una chance no es la de un daño emergente ni la de un lucro cesante pues su determinación no depende sólo de aspectos objetivos constatables sino de la ponderación de probabilidades de haberse accedido a un resultado favorable siendo, por tanto, un tipo de daño autónomo.-

d) Diferencias con el daño a la persona.-

La pérdida de una chance supone siempre la afectación patrimonial cuantificable, como veremos, con el criterio de cálculo de probabilidades. El daño a la persona es resarcible cumpliendo la suma de dinero una función satisfactoria diferente a la resarcitoria.

Puede coexistir la pérdida de una chance y el daño a la persona como daños diferentes resarcibles en el caso, por ejemplo, que una madre pierde al concebido no nacido próximo al nacimiento, sufriendo por el dolor de tan importante pérdida y, por otro lado, perdiendo la probabilidad de tener a ese hijo como respaldo en el decurso de su vida, extremo éste que debe ser objeto de prueba.

e) La chance y la “expectativa legítima”.-

SCOGNAMIGLIO (v. “Aspettativa”, *Enciclopedia dei diritto*, T. III, Milano, 1958, pág. 226 y ss), encarando la situación desde el punto de vista del sujeto presenta la expectativa como el derecho a que, conforme a las circunstancias del caso, se pueda lograr cierto resultado. La chance refiere a las posibilidades fácticas de que se dé el resultado esperado. La existencia de una expectativa es porque existe una chance favorable. Por esta razón cierta doctrina de prestigio (ALPA, *Trattato de Diritto Civile*, Milano, 1999, T. IV, pág. 514; MONTANERI, *Il danno alla persona*, Torino, 2000, pág. 176), presenta a la pérdida de una chance como una pérdida de expectativa.

En realidad, como bien señala LUIGI VIOLA (*Ob. cit.*, pág. 414), la expectativa se diferencia de la chance pues en el primer caso existe la posibilidad de que ocurra con certeza algo de lo que se espera un beneficio. En la chance no existe certeza del resultado esperado, el que se presenta como esencialmente aleatorio.

Una expectativa no es una chance porque existe certeza en el resultado esperado. La pérdida de la chance es un daño presente, no es un daño futuro. Toda chance en sí es aleatoria, relativa, pues no es posible afirmar con certeza que de no haber mediado el acto dañoso el perjudicado hubiera obtenido el provecho económico y virtual esperado y es en esto que se diferencia de la expectativa legítima.

X.- REQUISITOS

LÓPEZ MESA (Responsabilidad civil médica y pérdida de chance de curación). considera que la chance perdida puede variar; pero, para ser ella resarcible, debe necesariamente ser seria, objetiva y ponderable. En la pérdida de chance, la certidumbre del daño aparece esfumada o borrosa, aunque se halla presente, pues de otro modo no se trataría de un daño indemnizable. Según el autor se deben dar 5 requisitos:

1. Antijuridicidad de la actuación del dañador;
2. Legitimidad del derecho o ventaja cuya concreción se interfiriera antijurídicamente
3. Existencia de relación causal adecuada entre la frustración de la chance del perjudicado y la actuación del dañador;

4. El balance de probabilidades a favor y en contra del perjudicado debe arrojar un saldo favorable, que demuestre que estadísticamente o según el curso normal y ordinario de las cosas era probable que obtuviera esa ganancia o ventaja, de no haber interferido el demandado en el curso de los sucesos;
5. Posibilidad de cuantificación de la chance frustrada.

Desde nuestro punto de vista para que se configure la pérdida de la chance como daño deben darse ciertos requisitos que determinan que el daño sea resarcible:

- a) Se parte de la comisión de un acto ilícito del cual se deriva la pérdida de una chance. La oportunidad o chance que se pierde debe ser seria, real, fundada, habiendo adquirido un grado importante de probabilidad y no una mera expectativa, todo ello, claro está, sin llegar a la certeza pues de ser así ya no se estaría en el ámbito de la pérdida de una chance.- Si la chance que se pierde es muy vaga, dudosa o imprecisa, el daño es hipotético y por tanto no calificaría a los efectos de su posible resarcibilidad.
- b) Debe afectar la posibilidad de realizar un interés patrimonial o personal legítimo. El derecho reconoce a la pérdida de una chance la calificación de daño relevante jurídicamente en atención a los intereses que se trata de proteger. No es imprescindible la lesión de un derecho subjetivo alcanzando con la afectación de un interés protegido por el orden jurídico.- La pérdida de la chance aparece como daño cuando en el curso natural y ordinario de las cosas, de ciertas circunstancias es posible inferir que, con un porcentaje razonable de posibilidades, ocurrirá cierto evento. BENABENT (*La chance et le droit*, París, 1973, p. 179), destaca que “la chance perdida es resarcible como daño cuando su coeficiente de certidumbre no sea débil”.
- c) Para estar frente a la pérdida de una chance como daño no puede existir relación causal directa entre la conducta considerada como ilícita y lo que se pierde como beneficio pues debe tratarse de un resultado aleatorio el esperado.- La chance, como anota VINEY JOURDAIN (*Traite de Droit Civil.- Les conditions de la responsabilité*, París, 2006, n. 279, pág. 90), es en sí misma aleatoria y no será posible afirmar seguridad sobre la pérdida de un beneficio.- No se sabe el resultado de lo que hubiere sucedido aun cuando se hubiere actuado correctamente.

La pérdida del resultado esperado pudo haberse dado por el desarrollo normal de los hechos y nunca se sabrá si el que causó la pérdida del resultado esperado fue a quien se le imputa el hecho o esto se hubiera igualmente logrado aunque se hubiera actuado correctamente. Lo que se pierde no es un beneficio esperado sino la chance de haber accedido a él.

Por lo expuesto la pérdida de la chance es un daño diverso y autónomo al daño final que consiste, precisamente, en no acceder a un resultado esperado.- (Ej. acceso al éxito en el pleito o a la curación de la enfermedad).

d) No existe certeza de la relación causal entre el acto ilícito y el daño final y es por ello que asume relevancia la pérdida de la chance.- Si existe certeza de relación causal no es de aplicación la teoría de la pérdida de una chance. Debe sí existir relación causal entre el acto ilícito y la razonable probabilidad de que ocurra cierto beneficio o impedimento de perjuicio.

e) La chance puede ser evaluada.

XI. ÁMBITO DE APLICACIÓN

La doctrina de la pérdida de la chance se ubica entre dos extremos: uno negativo y otro positivo. En el primer caso no existe ninguna posibilidad cierta fundada o real de haber accedido a un beneficio. La segunda refiere a los casos en que existe alta certeza de obtener ventajas o beneficios que se pierden. En el primer caso, no existe pérdida de chance porque no existía oportunidad perdida y en el segundo tampoco existe pérdida de una chance sino de una ventaja directa propia, por ejemplo, del lucro cesante, que refiere en realidad a una expectativa legítimamente esperada. *Aquí el daño sufrido no es por la pérdida de una chance sino por la pérdida de una ventaja a la que se iba a acceder con cierta seguridad.*

El daño resarcible referirá al valor de la ventaja o beneficio perdido sin que entre en juego la pérdida de la chance. En el primer caso no hay relación causal con ningún daño. En el segundo existe relación causal cierta con la pérdida de la ventaja.

Pero existe una tercera posibilidad que se da cuando la probabilidad de ocurrencia de un determinado beneficio no es alta pero tampoco es insignificante; o sea, cuando las posibilidades de acceder al beneficio son serias, fundadas y reales pero insuficientes para determinar la existencia de relación causal, la víctima puede tener derecho resarcitorio invocando la pérdida de la chance.

A la doctrina a del daño como pérdida de una chance solo se puede recurrir cuando, como bien lo destaca MEDINA ALCOZ (Ob. cit., pág. 90), no es posible imputarle al autor del ilícito la causa de del daño.- Por ello esta pauta de imputación construida sobre la idea de pérdida de una chance opera sólo en forma subsidiaria a las demás figuras.-

La doctrina de la pérdida de la chance opera cuando no habiéndose podido probar relación causal con el daño se prueba la existencia de probabilidades serias y fundadas de que de no haber mediado el acto ilícito se hubiera accedido a determinado beneficio o evitado cierto perjuicio. La existencia de una probabilidad fundada, real, seria, se ubica en una posición intermedia entre la certeza y la ausencia de ésta. No llega a la certeza, pues de ocurrir así ya no es una

probabilidad u oportunidad. Por esta razón la doctrina de la pérdida de la chance opera sólo en forma subsidiaria cuando no ha sido posible llegar a la certeza o a la prueba de la relación causal pero se puede acreditar que la probabilidad era seria y fundada.

Corresponde agregar que la pérdida de la chance como daño resarcible puede tener relevancia también en el ámbito de la responsabilidad contractual. En estos casos, como bien lo destacara LUIGI VIOLA (Ob.cit., pág. 409) la responsabilidad contractual por la pérdida de la chance surge directamente del incumplimiento. La obligación preexistente es fuente de la obligación de resarcir el daño por la pérdida de la chance desde el momento en que no se cumple con ella.

En el ámbito precontractual en ocasiones cuando no se actúa de buena fe o con la lealtad debida en las tratativas que preceden al negocio jurídico, haciendo aparecer como inminente la realización del contrato y determinando, por ejemplo, la existencia de gastos importantes en estudios preliminares, ello puede derivar en el daño consistente en la pérdida de la chance de contratar con relevancia resarcitoria. Como bien lo señalara BIANCA (*Diritto Civile*, T. 3, Milano, 2001, pág. 156) no se tutela el interés al cumplimiento sino el interés del sujeto a no ser envuelto en tratativas que se sabían inútiles o llevado a realizar contratos nulos o coaccionado a contratar lo que en su sano juicio no hubiera contratado.

La imputación material, que es un elemento esencial de la responsabilidad (nexo causal), lleva a entender que la demora u omisión en un diagnóstico puede ubicarse en la categoría de la pérdida de una chance y configurar un daño resarcible. Ello exige una ponderación lo más exacta posible de las posibilidades de acceder al beneficio esperado que es naturalmente incierto. Pero para poder considerar la existencia de esta relación causal, en definitiva es necesaria una “flexibilización” de la calificación de la relación causal en el ámbito de lo “probable” y la “imputación objetiva”.

Por razones académicas corresponde separar en el estudio de la relación causal el plano de los hechos (causalidad fáctica), o sea, la relación causal propiamente tal con posibilidades de ser probada, y el enfoque jurídico (causalidad jurídica o imputación causal) que parte de marcar criterios para justificar una selección entre las posibles causas de daños.

Este último criterio lleva a la doctrina especializada a referirse a la imputación objetiva o normativa.

En el primer caso, la existencia de la relación causal depende de un hecho que se pueda probar como causa de otro; en el segundo caso, depende de la aplicación de un factor de imputación establecido por el orden jurídico. Los factores determinantes de imputación objetiva no tienen por qué necesariamente responder a la categoría naturalística, científica de la causalidad; o sea, es posible determinar la responsabilidad del demandado sin relación causal fáctica debido

a que, por ejemplo, la conducta ha sido omisiva. De no aceptarse la imputación objetiva no podríamos con propiedad referirnos a la causalidad por omisión (LARENZ, *Derecho de las obligaciones*, Madrid, 1958, pág. 203).

Como señala PANTALEON PRIETO (“Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación objetiva”); en la obra *Centenario del Código Civil*, T. II, Madrid, 1991, pág.

1984) y SALVADOR CODERECH (“Causalidad y responsabilidad”, en www.indret.com) los operadores jurídicos no somos productores sino consumidores de leyes causales. La decisión sobre si existe o no relación causal es una cuestión de hecho pero, en ocasiones, es necesario limitar el alcance de esta causalidad, lo que se hace mediante la aplicación de pautas jurídicas como la de la adecuación causal o la causa eficiente... u otros factores de imputación objetivos. Aplicando criterios de imputación objetivos, se puede atribuir un daño al sujeto sin que sea necesario atribuirle a su conducta la causa material del perjuicio en cuestión.

Pero lo cierto es que más allá de esta separación conceptual, a la hora de aplicar los criterios de imputación jurídicos se debe estar en la mayor parte de los casos a consideraciones fácticas determinadas por ese factor jurídico, razón por la cual no es tan simple separar lo fáctico de lo jurídico. Así, por ejemplo, en el ámbito de la determinación de la pérdida de una chance como daño se debe estar como factor de atribución jurídico a lo que en el caso supone la pérdida de una probabilidad cierta de haber podido acceder a un resultado que, si bien es aleatorio, pudo haber derivado en un beneficio. El criterio de considerar las probabilidades es de cuño jurídico pero al momento de calificar la probabilidad, se debe necesariamente considerar la situación del caso en forma concreta. Además, tratándose la “imputación causal” de una cuestión jurídica, permitiría su revisión en casación (Art. 270 del CGP).

b) Causalidad por omisión.-

Se puede imputar responsabilidad o causalidad por omisión en el sentido de que el médico no actuó con la celeridad debida. “El joven accidentado entró al sanatorio a las 14 hs. y recién a las 20 hs. se le realiza la tomografía computada...”. O sea, se imputa un no hacer más que una causalidad o, lo que es lo mismo, se atribuye un daño que no se causó en los hechos. En el plano de los hechos hacer referencia a una causa por omisión es casi un sin sentido. Lo que sucede es que en estos casos a la inconducta que supuso la omisión se le imputa objetivamente el resultado no causado en el plano de los hechos. A la causalidad por omisión se alude en el propio Art. 1319 del C.C. cuando se señala que “...el hecho ilícito puede ser negativo o positivo según que el deber infringido consista en un hacer o no hacer”.

Se debe diferenciar, como lo hace PREVOT CHAIA (Ob. cit., pág. 240), la omisión de la inercia; en el primer caso no se actúa cuando se debía actuar mientras que en el otro, no se acciona cuando no tenía por qué hacerse. La idea central es que no evitar un daño cuando se podía y debía hacerlo, equivale a causarlo.

La causalidad en estos casos proviene de factores normativos de imputación objetiva y no de causalidad material propiamente tal.

c) “La causalidad probabilística”.-

Quiebre del principio de la indivisibilidad de la relación causal y la “imputación objetiva”.

En realidad, en los casos de errores de diagnóstico como el estudiado en el fallo comentado, no hay relación causal entre el daño (lesión o muerte) y el acto médico negligente sino entre la omisión y la pérdida de la probabilidad de curar o vivir, lo que exige entrar en un campo más complejo de percepción de causas y efectos reales.

La existencia de un daño resarcible se respalda en un acto o hecho que lo causó en forma real (natural) e indivisible. Responde sólo el que causó el daño. Un determinado daño fue o no causado. Un hecho está demostrado o causado, o es incierto e indemostrado, sin que en este aspecto existan fracciones o parcialidad. Cuando se acepta la causalidad probabilística se deja de lado la regla de la indivisibilidad causal.

En los casos de pérdida de una chance no logra probarse que el hecho dañoso fue condición necesaria de la pérdida de un beneficio y, por tanto, no parece aplicable el criterio de la indivisibilidad causal o del todo o nada, donde no es posible pensar en grados causales. La causalidad por grados de probabilidad presenta una realidad diferente de la relación causal tal como se venía planteando tradicionalmente.

Como bien lo indicara PANTALEON (Ob.cit., pág. 1556), en la actualidad es imprescindible para una correcta racionalización del Derecho de Daños diferenciar la relación causal de la imputación objetiva.

Por cierto, el tema de la pérdida de la chance como daño causado abre en la doctrina un gran debate que, en esencia, pasa por la determinación del alcance de la relación causal (virtual, más flexible...). Cuando alcanza con acreditar la probabilidad cierta de un evento está claro que la ponderación de la relación causal en el caso no es la misma pues, en definitiva, no es posible probar el daño en su certeza absoluta sino que se considera como una posibilidad cierta de que pudo haber ocurrido.

Admitir la pérdida de una chance como daño resarcible demuestra a las claras la existencia de una mayor sensibilidad tanto en la doctrina como en

la jurisprudencia moderna a nivel mundial tendiente a ampliar la nómina de intereses tutelados, máxime cuando de la pérdida de esta chance pudieron haber derivado daños a la integridad psicofísica de la persona como, por ejemplo, cuando existe culpa en no brindar el diagnóstico médico adecuado que privó de una intervención médica que pudo haber tenido efectos curativos.

En la actualidad la teoría de la imputación objetiva en el ámbito de la relación causal está desplazando al criterio de la causalidad adecuada o, como sostiene MEDINA ALCOZ (Ob.cit., pág. 251), en realidad la ha absorbido pues en casos como el analizado, el cálculo de probabilidades presupone partir de lo que en el caso eran los acontecimientos normales. La teoría de la imputación objetiva es jurídica y se sustenta en pautas establecidas por el orden jurídico para definir que es lo que se determina como causal.

En términos de DIEZ PICAZO (*Derecho de Daños*; Madrid, 1999, pág. 341), no se busca establecer si un elemento de hecho es la causa de un resultado, sino que se intenta dar respuesta a la pregunta sobre si determinados hechos causantes deben ser considerados jurídicamente como relevantes y si permiten la imputación objetiva del hecho a determinada persona. Si el tema se plantea en términos de relación causal clásica no podemos salir del cerco de la equivalencia de las condiciones. Si el tema, en cambio, es una cuestión de relevancia jurídica de los elementos causales, la cuestión cambia de sentido y pueden ser puestos en juego otros factores y razones de otro tipo. El problema pasa a ser encontrar fundamentos de imputación y tipificar los presupuestos que permitan verificarla o excluirla. La causalidad probabilística, en definitiva, es un criterio de imputación objetivo de corte jurídico. Con la teoría de la causalidad probabilística se sale en auxilio de las víctimas que enfrentan casos en los que es especialmente dificultoso encarar la prueba de la relación causal en parámetros tradicionales. Se propone un sistema alternativo de imputación partiendo del cálculo de probabilidad de que determinado evento se hubiera podido dar.

Se amplía el concepto de certeza y se considera que la misma existe cuando se dieron probabilidades serias, fundadas, de que lo esperado se hubiere dado. Se propone no sólo que sea resarcible el daño efectivamente causado sino el probablemente causado, cuando la probabilidad es seria y fundada. Como destaca MEDINA ALCOZ (Ob.cit., pág. 414), resarcir daños que se presentan sólo como posibles no socava estrictamente el terreno de la causalidad sino que lo perfecciona dado que interioriza en su seno el cálculo de probabilidades, estableciendo una correlación probabilística entre el hecho generador de la responsabilidad y el perjuicio padecido. Ya

no se trata de acreditar la causalidad adecuada sino que lo que se debe probar es que de no haber mediado el acto ilícito, la víctima hubiera dejado de sufrir cierto perjuicio. La probabilidad debe ser objeto de prueba. La probabilidad deja de ser un método de valoración de la prueba para convertirse en su mismo objeto. Se produce una causal parcial cuando las probabilidades perdidas y probadas son serias y fundadas.

El daño correspondiente a la pérdida de una chance, en realidad, parte de una relación de causalidad probable existente entre el hecho que se atribuye al imputado y el perjuicio consistente en el daño final que, en el caso, es la pérdida de la probabilidad final. La causalidad probabilística lleva al resarcimiento por causalidad proporcional.

Este criterio está claramente asumido en el art. 7.4.3 de los Principios UNIDROIT al establecerse: “Sólo es reparable el perjuicio que se establece con un grado razonable de certeza aunque sea futuro. La pérdida de una oportunidad puede ser reparada en la medida de la probabilidad de su realización. El perjuicio cuyo importe no puede determinarse con un grado suficiente de certeza ha de ser valorado según la discreción del tribunal”.

d) Certeza probatoria del nexo causal.-

Uno de los temas donde flaquean normalmente las demandas como las sentencias por resarcimiento de daños es el referente a la existencia y prueba de la relación causal. Por principio, salvo casos excepcionales, el que aduce la existencia de un daño resarcible es el que tiene la carga de la prueba (Art. 139 del C.G.P.), del cómo o del porqué de lo ocurrido. Es exigible la certeza probatoria sin que sea admisible, en principio, la referencia a deducciones, presunciones, probabilidades o planteos hipotéticos.

Estos principios generales a la hora de estudiar la pérdida de la chance como daño exigen, como se verá, ajustes importantes. Autores como ATAZ LOPEZ (*Los médicos y la responsabilidad civil*, Madrid, 1985, pág. 345) llegan a sostener que la teoría de la pérdida de la chance como daño es un gran eufemismo pues lo que se discute en realidad es que existen daños en los que no es posible constatar con la certeza debida la relación causal.

La doctrina de la pérdida de la chance es un instrumento de facilitación probatoria de creación jurisprudencial a favor de las víctimas cuya consolidación se ha dado en particular en el derecho de daños y, especialmente en los últimos años, en ámbito de la responsabilidad por mala praxis médica.

En la actualidad esta postura clásica empieza a tener cierta flexibilización pues es sabido que no siempre el hombre puede conocer con precisión lo que causó cierto efecto sino que se podrá, en el mejor de los casos, tener

un conocimiento probabilístico. Además, en ocasiones la complejidad técnica o científica de los hechos en cuestión determina serias dificultades probatorias y amplias posibilidades de que daños que debieran ser resarcibles finalmente no lo sean.

CALAMANDREI (*Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Bs.As., 1996, t. III, pág. 325) reconoce que no siempre en materia de prueba es posible llegar a una verdad absoluta. La valoración de la prueba es libre y parte de un juicio de probabilidades y de deducciones que no siempre llevan a la verdad plena.

Ante la imposibilidad que existe en ciertos casos de llegar a probar algo como verdad incontrovertible, calificar la prueba suele ser un acto por el que se atribuyen probabilidades deducibles de los hechos acreditados. La prueba de la causalidad es siempre probabilística.

Se parte no desde la seguridad sino desde lo que es probablemente verdadero. Operan aquí las denominadas reglas de la sana crítica junto a las máximas de la experiencia a que aluden los Art. 140 y 141 del CGP.

Como señala PREVOT CHAIA (*Ob.cit.*, pág. 135), en definitiva, se identifica un daño en un ámbito en el que aparece como indiscutido:

- a. que se está actuando sobre verdades hipotéticas no incontrovertibles.
- b. nadie puede afirmar con certeza qué es lo que hubiere ocurrido si el demandado hubiere actuado de otra forma.
- c. la causalidad no admite prueba matemática.
- d. la teoría de la causalidad adecuada regulada en pautas estadísticas no puede más que respaldar la existencia de una probabilidad seria.
- e. Si a ello sumamos en hecho de que el resarcimiento de este tipo de daños se exige con relación a ámbitos esencialmente aleatorios como son la praxis médica o la praxis jurídica, que son ciencias esencialmente inexactas, no parece posible exigir una prueba con certeza mayor que los posibles según las circunstancias.

El actor debe probar que existía una posibilidad cierta de obtener un beneficio o de evitar una pérdida y que la misma se perdió por la conducta ilícita culpable del demandado. Si se hubiera actuado en forma diligente se hubiera tenido la posibilidad cierta de acceder a un beneficio o se hubiera evitado un perjuicio. El demandado debe probar que aun habiendo actuado diligentemente, el resultado perjudicial igualmente se hubiera producido.

Como el resultado esperado es esencialmente aleatorio, nunca se sabrá con certeza qué es lo que realmente hubiera ocurrido y esto es lo que marca la incertidumbre propia de esta figura.

Como bien lo anota ALVARO LUNA YERGA (“Oportunidad perdida” en www.indret.com n. 288), no se considera la conexión directa entre la negligencia y la producción del daño sino, por un razonamiento a contrario, entre el hipotético comportamiento diligente que hubiera impedido la pérdida de oportunidad y la no producción del daño. Se dice así que esta conexión hipotética entre el comportamiento adecuado, no negligente, y la no producción del daño conduce a una causalidad aleatoria entre la acción u omisión y el daño: un hecho cierto ha hecho perder a la víctima de un daño cierto una oportunidad hipotética de su no producción (ya que, en toda hipótesis, la certidumbre que puede afectar a la oportunidad en el plano estadístico muda en incertidumbre en el plano individual).

e) De lo previsible a lo probable.-

PUCELLA (*La causalità “incerta”*; Torino, 2007, pág. 1) define la probabilidad como el sustituto con el que buscamos compensar la carencia de nuestros conocimientos. Cuando nos basamos en la “razonable certeza de la existencia de una probabilidad” queda claro que llegamos a la certeza por el intelecto más que por lo que se pueda constatar.

Para evitar confusiones es conveniente diferenciar lo probable como todo lo que puede suceder dentro de lo razonable, de lo que es previsible, que abarca sólo lo que puede ser previsto y en cuanto tal evitable.

La conducta ilícito culposa como factor de atribución de responsabilidad central tanto de la responsabilidad civil como penal que, como viéramos en otra oportunidad (ORDOQUI CASTILLA *Derecho Extracontractual*, Montevideo, 1974, pág.), se sustenta en un concepto uniforme que parte, precisamente, de no haber previsto lo previsible; parte de un criterio con un claro sustento legal en el Código Civil: Art. 1324 in fine: “emplear toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”; Art. 1346, que refiere a “los daños y perjuicios que se han previsto o podido prever al tiempo del contrato...”. En el Código Penal, al definir la culpa, cinco veces en el texto del Art. 18 se alude al “resultado previsible”. Se imputan las consecuencias de los actos según la previsión y evitabilidad posible de estos.

Corresponde destacar que en el ámbito de la relación causal al determinar el criterio de la “causalidad adecuada” también se sigue el criterio de lo previsible de forma que, en definitiva, según este criterio la existencia de relación causal pasa a depender de un factor de imputación jurídico (previsibilidad de lo fáctico).

La previsibilidad parte de considerar lo que ocurre regularmente incluso a la luz de un posible respaldo estadístico, según el caso. Así, determinado hecho se considera causado cuando habiendo ocurrido tal circunstancia es lógico y razonable prever que aquel se hubiere dado.

La interrogante que debemos formularnos a la hora de hacer referencia a la previsibilidad es si ésta debe ser enfocada desde un punto de vista subjetivo u objetivo. O sea, debemos considerar la posible previsión del sujeto involucrado (enfoque subjetivo) o debemos considerar qué es lo que en el caso era previsible según un proceder acorde a la diligencia de un hombre medio prudente en determinadas circunstancias de tiempo y lugar (enfoque objetivo).

Cuando se sostiene, como lo hace GAMARRA (*Tratado de derecho civil uruguayo*, T. XIX, pág. 313), que la causa es adecuada cuando aparece como probable, regular o razonablemente previsible, termina por fusionar la relación causal con la culpa de forma que sólo existiría relación causal en relación a lo previsible, que es el criterio que realmente se usa para determinar la existencia de culpa. Para evitar este tipo de confusiones es aconsejable, como bien lo señala PREVOT CHAIA (Ob.cit., pág. 147), sustituir el criterio de la previsibilidad por el de la probabilidad que parte de considerar no tanto un acto del intelecto sino de ponderar qué es lo que ocurre en el plano fáctico dentro del curso normal, natural y ordinario de las cosas, en circunstancias del caso similares a las ponderadas.

Desde nuestro punto de vista, la valoración probabilística a la hora de calificar la pérdida de una chance como daño resarcible es esencial. En supuestos hipotéticos como el que se debe analizar cada vez que se califica, por ejemplo, un lucro cesante, una culpa por omisión, o los casos de pérdida de chances... la calificación de la probabilidad partiendo de un razonamiento deductivo es ineludible. Determinar que algo es más probable que improbable no es algo arbitrario sino discrecional o sea, fundado, y este fundamento, más allá de depender de la sana crítica y de las máximas de la experiencia aplicadas por el juez, parte de un respaldo fáctico en lo ocurrido en situaciones similares precedentes.

f) Cálculo de las probabilidades.-

Advierte ALVARO LUNA YERGA (Ob.cit.), que no existe acuerdo sobre si la doctrina de la pérdida de oportunidad ha de limitarse exclusivamente a aquellos casos en que la oportunidad perdida sea inferior al umbral de certeza o sí, por el contrario, ha de extenderse su aplicación a todos los casos, incluso a aquéllos en que la probabilidad sea superior al estándar de persuasión y, por tanto, conforme a las reglas tradicionales sobre prueba, permitiera la indemnización por los totales perjuicios sufridos por la víctima. Lo anterior no supone sino la sustitución de la doctrina tradicional por una regla de causalidad proporcional, conforme a la cual el agente siempre será considerado causante del daño en función de la probabilidad.

En segundo lugar, se ha planteado si debe imponerse un porcentaje a partir del cual sea posible obtener la reparación por las oportunidades perdidas. Con carácter general se asume en la jurisprudencia que la doctrina de la pérdida de oportunidad permite la indemnización de cualesquiera probabilidades estadísticas, incluso aunque éstas sean muy reducidas.

Para determinar el cálculo de probabilidades que existen respecto del resultado esperado, la doctrina ha propuesto seguir diferentes pautas. Siguiendo en este aspecto a MEDINA ALCOZ (Ob.cit., pág. 281 y ss), señalamos que estos criterios son: a) la regla de la probabilidad suficiente; b) reglas estadísticas de lógica.

f1. La regla de la probabilidad suficiente atiende a qué es lo prevalente en lo que acontece normalmente en tales circunstancias. Este criterio aparece reflejado en el parágrafo 252 del BGB alemán al disponer que son indemnizables las ganancias que se habrían obtenido con arreglo al curso normal de las cosas o de las circunstancias especiales del caso concreto.

f2. De las reglas de las matemáticas, la estadística o la lógica, pueden surgir criterios tales como que la probabilidad adquiere relevancia cuando es superior al 50% en lo que refiere a la ocurrencia del hecho esperado.

BOCCHIOLA (Ob.cit., pág. 102) entiende que para que la chance sea relevante como daño resarcible el cálculo de ocurrencia del hecho esperado debe ser superior al 50%.

Las posibilidades frecuenciales destacan la frecuencia con la que se observan los hechos.- Así, por ejemplo, tratándose de casos de enfermedades similares, como estadísticamente se han podido curar aproximadamente un 30% de casos, ello lleva a que la pérdida de la chance de curarse sea mayor o menor según el caso. En realidad, este criterio lo vemos como un tanto impreciso pues lo que debe considerarse es el caso concreto y no la generalidad.

Partiendo de la lógica y del sentido común es posible relacionar hechos y consecuencias. Siguiendo un análisis inductivo que parte de las máximas de la experiencia considerando los elementos de prueba aportados se debe llegar a un umbral de certeza de la causalidad del hecho cuestionado determinante de la pérdida de la chance y luego se debe calificar, a su vez, el umbral de seriedad de la chance perdida para poder calificarla de daño independiente que acceda a un porcentaje racional de probabilidades de que el hecho esperado hubiere ocurrido.

g) De la “causalidad probabilística” a “lo justo”.

Llegada la hora de la valoración del nexo causal y de determinar las probabilidades dentro de lo razonable no podemos ignorar, como bien lo destaca BUSNELLI PATTI (*Danno e responsabilità civile*; Torino, 1997, pág. 31), la precomprensión y el sentido de lo que el Juez dentro de las máximas de la experiencia y de la sana crítica considera justo en el caso concreto. Cuando la constatación fáctica no brinda absoluta certeza sino que el juez debe actuar dentro de la ponderación de la causa probabilística, actúa en un terreno fértil para hacer prevalecer la solución o la decisión más justa para el caso concreto dentro de la legalidad.

Cuando se califica la denominada “adecuación causal” por la que se determina si cierta consecuencia se originó en determinada causa, se recurre a la ponderación de lo que en el caso es normal o cuenta con regularidad secuencial. Constatados ciertos hechos como consecuencia, analizado el caso se puede considerar como causado por situaciones que normalmente lo producen.

En realidad, desde nuestro punto de vista, la teoría de la pérdida de la chance, como bien lo destacaron STARK – ROLAND BOYER (*Obligations*, T. I, París, 1972, pág. 64) es un instrumento de equidad que permite hacer justicia con la víctima a pesar de que no se pueda probar con certeza la relación causal con el daño.

XII. VALOR DE LA CHANCE

De lo expuesto se deduce que la pérdida de una chance como daño autónomo tiene una entidad patrimonial y jurídica propia, siendo pasible de una evaluación económica.-

Por cierto uno de los problemas más complejos que presenta el análisis de este daño al igual que lo que lo que ocurre con el daño a la persona, es el de su evaluación donde no es sencillo actuar con precisión. La resarcibilidad de la pérdida de una chance como daño depende de su medida, o sea, de su probabilidad de ocurrencia respecto del hecho esperado.

Como lo ha señalado ALVARO LUNA YERGA (Ob.cit.) la evolución jurisprudencial y doctrinal comparada del principio de la pérdida de una chance como daño ha transformado este instrumento procesal, que nació para aligerar la prueba de la causalidad, en una teoría sobre la calificación o determinación del perjuicio que permite tener por acreditado un daño que, para el autor, sería puramente hipotético.

Es frecuente, por tanto, el estudio de este principio en sede de daño y no en sede de relación de causalidad. No obstante, parece evidente que si la noción de pérdida de la oportunidad se vincula con el perjuicio, entonces se

vuelve inseparable de la condición del nexo de causalidad, pues la relación de causalidad entre el acto u omisión médico-sanitaria y el perjuicio hipotético en que consiste la oportunidad perdida será, asimismo, una causalidad hipotética, ya que participa de su misma aleatoriedad o virtualidad.

Importa el análisis mesurado de este aspecto del tema pues en la práctica es frecuente que a la hora de evaluar la pérdida de la chance como daño la confundamos con otro daño, llegándose incluso a duplicar en forma incorrecta rubros como el del lucro cesante. Se suelen reclamar por este concepto rubros muy importantes, olvidando que lo que se debe evaluar es la pérdida de la chance y no el daño que supuestamente hubiera ocurrido de no haberse perdido la chance. Lo que se debe evaluar es la chance perdida y no las supuestas ganancias perdidas.

Cierto es que se está ante una condena parcial pero no porque sea incierta la relación causal con la pérdida de la chance sino porque lo que se repara no es el daño final sino la pérdida de la chance propiamente tal.

La pérdida de acceder a una probabilidad de obtener un resultado favorable es susceptible de una evaluación económica independiente. El resarcimiento de la pérdida de una chance como daño emergente que es, se considera en sí mismo un valor a resarcir (BOCCIOLA,

«Perdita di una chance e certezza del danno» en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1976 p. 78). El valor de la pérdida de la chance será siempre menor al valor del perjuicio o la utilidad esperada de no haberse perdido la chance. Algunos autores advierten que en la práctica más allá de las referencias doctrinarias que puedan indicar que lo que diremos no es correcto, lo cierto es que a la hora de dar un valor a lo que supuso la pérdida de la chance, se considerará cuál fue la conducta asumida por el responsable, y el monto variará en función del mayor o menor reproche que merezca la actitud del imputado. Teóricamente esto sería un tema de relación causal, pero la práctica puede estar indicando otra cosa más allá de nuestras preferencias.

Como bien anota GAMARRA (*Responsabilidad médica*, Montevideo, 2001, pág. 323) no es correcto utilizar la expresión indemnización parcial queriendo decir que no se repara por el daño final total, pues lo que se repara no es este daño sino el daño consistente en la pérdida de la chance en su integridad.

Cierto es que el demandado pagará menos por la pérdida de una chance que por el daño final, pero no menos cierto es que se pagará por daños que antes carecían de entidad resarcitoria.

Es importante destacar que lo que se debe valorar es la chance en sí misma y no en relación al beneficio frustrado; lo que sí se valora es la mayor o menor posibilidad de haber accedido al beneficio y no el beneficio en sí mismo.

La doctrina visualiza la pérdida de la chance como daño patrimonial, pero en realidad nada impide que se pierda una chance de un daño espiritual o afectivo. Tal lo que ocurre por ejemplo, con la pérdida de la chance de poder realizar un viaje. Lo que se afecta no es sólo el patrimonio sino que en ocasiones también se puede causar un daño o personal o moral.

La valoración de la pérdida de una chance es tan compleja como lo es, por ejemplo, la valoración del daño a la persona pues si bien puede ser cierta su existencia, su valoración es particularmente compleja y depende del criterio de equidad que el juez aplique en el caso.

GAMARRA (*Responsabilidad médica*, Ob.cit., pág. 340) marca ciertos criterios de evaluación señalando que: a) el valor de la pérdida de la chance debe ser necesariamente menor al valor final y ello por la simple razón de que no se evalúa el daño final sino la pérdida de la chance de que este hubiera sido evitado; b) se debe ubicar el evaluador en el momento en que se causa la conducta que priva de la chance.

Además, lo que se valora es la cuantificación de probabilidades de obtener un resultado.-

Según la magnitud de la posibilidad de que la chance se haga realidad será la entidad del monto a resarcir.

Entendemos que a la hora de calificar posibilidades para dar valor a este tipo de daño se debe tener en cuenta las probabilidades reales o razonables de haber accedido al resultado futuro pero considerando el momento en que se causó el daño obstativo de esta legítima esperanza. Se debe probar como daño cierto y no hipotético el hecho que determinó la pérdida de la chance propiamente tal. Si este daño es meramente potencial no tendrá relevancia la pérdida de la chance aducida. Existe certeza sobre la existencia del daño y no tanto en su cuantificación.

Pensamos que debe regir el criterio de la proporcionalidad de las probabilidades existente y del beneficio esperado. Se enfrenta el beneficio que se pretendía con las posibilidades de acceder a él. Por esta razón, autores como BENABENT (Ob.cit., pág. 7 y 180) entienden que la incertidumbre del resultado se refleja en el valor económico de la posibilidad perdida. El cálculo de probabilidad incide en la existencia de este tipo de daños así como en su evaluación. Cuando se indemniza el valor de la pérdida de la chance se ubica a la víctima en la situación en que estaría de haber podido enajenar la chance, no en la que estaría de haberse logrado el beneficio esperado.

El grado de probabilidades expresado en forma proporcional sirve, entonces, para evaluar el valor de la chance perdida. La doctrina de la pérdida de la chance parte de un cálculo de probabilidades.

Asumir este enfoque presupone replantearnos el tema de la indivisibilidad de la causa conforme a la cual en la realidad la causa es o no es, pero no es sólo parcialmente a menos que existan concausas o hechos de un tercero o de la propia víctima. La “regla del todo o nada” aquí no juega y esto exige, como dijimos, una forma de repensar la relación causal.

XIII. CONCLUSIONES

Cierto es que el Derecho de Daños se encuentra en permanente evolución tratando de dar respuestas a nuevos problemas causados por la complejidad social fruto del desarrollo económico y la globalización social. Como señala LUIGI VIOLA (*Tractatus dei Danni .- La responsabilita civile ed il danno*, Milano, 2007, pág. 403) el “ansia” resarcitoria cuando enfrenta la creciente complejidad social fruto del desarrollo económico encuentra nuevos intereses que contemplar y la necesidad de resarcir nuevos daños.

La labor doctrino jurisprudencial marca “máximas consolidadas” como las expresadas en este fallo que, en ocasiones, rigen con tanta fuerza como la misma norma. Dando respuesta a nuevas necesidades o situaciones de perjuicio, en una época no contempladas, se consolida progresivamente la idea de que la pérdida de posibilidades fundadas configuran en sí daños resarcibles.

Han dicho CHAIA y PRÉVÔT , « Pérdida de chance de curación », Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 59. que “el daño por perdida de chance representa un eficiente instrumento jurídico en cuanto tiende a repartir proporcionalmente el menoscabo entre la víctima y el agente, sobre todo en sectores en los cuales no se ha previsto un modelo social security. Imputar por entero el daño al agente en casos de probabilidad estadística rayana al 51 %, significa adosarle un daño que para el 49% restante no es por el causado. A contrario, no resarcir cuando el cálculo probabilística anida el 49% significaría cargar sobre la víctima el 100% del detrimento, siendo además absurdo que el demandado que había contribuido a causar el detrimento pueda ser enteramente exonerado. La concesión estadística probabilística de la chance no parece adaptable al derecho, porque lejos de resolver la incerteza en certeza, la transfiere del plano del daño (y su evaluación) al ámbito causal. Afirmar que el medico deba ser condenado por homicidio culposo y que, además, deba resarcir por entero el daño de muerte, cuando hay un 50,01%, cuando no del 30% de probabilidades que su conducta omisa fue la causa del daño”.

Como bien anota TRAZEGNIES (Ob.cit., pág. 232), el éxito o fracaso de esta figura dependerá de la razonabilidad con que se use, lo que exigirá de los tribunales un esfuerzo de congruencia y discernimiento, no dejándose llevar por las emociones disfrazadas de razones ni por las atractivas acrobacias jurídicas de quienes prefieren exponer una exitosa teoría antes que solucionar realmente un problema humano.

El sentimiento de justicia que suele orientar al que estudia este tema no siempre encuentra en la doctrina tradicional sobre el Derecho de Daños respuestas claras o precisas por lo que esta propuesta requiere el ajuste a la revisión de alguno de estos conceptos.

El análisis de este tema tiene, entre otras, la virtud de demostrar que no siempre se puede ser tan radical o absolutista en los conceptos. Como bien lo ha indicado PREVOT CHAIA (*Pérdida de la chance de curación*, Bs.As., 2007, pág. 137), debemos dejar atrás la “doctrina del todo o nada” que exige certeza absoluta en el daño o en la relación causal, pensando en la necesidad de “causas probabilísticas” antes referidas.

Comenzando con la identificación de las funciones que se aspira cumplir con la aplicación misma del Derecho de Daños, comenzamos por advertir que con la resarcibilidad de la pérdida de oportunidades fundadas como daños, en esencia reluce en estos casos una función disuasoria o preventiva más que resarcitoria.- La pérdida de una chance como perjuicio en su globalidad y considerando no sólo la chance sino el resultado esperado al que nunca se sabrá si se accedía o no, nos acerca a la figura del peligro de daño que evidencia, en el caso, la necesidad de pensar en que la suma de dinero impuesta cumple más una función tuitiva, preventiva o disuasoria de daños posibles, máxime cuando éstos refieren a la tutela de la dignidad o integridad de la misma persona.

No siempre resulta del todo claro determinar con certeza la existencia del daño. Así, por ejemplo, cuando se pierde una probabilidad o una chance de realizar determinada actividad que finalmente no se realiza, la cual podría devengar un beneficio, ¿puede considerarse como daño una pérdida de chance o un perjuicio? El ejemplo típico es el accidente que se tiene con un vehículo que conducía a un caballo de carreras que estaba próximo a competir. El caballo no podrá correr la carrera, se perdió la posibilidad, la chance de correr. Pudo haber ganado; pudo haber perdido. Lo cierto es que lo que se perdió fue la “posibilidad” de ganar. En definitiva, lo que interesa en la pérdida de una chance es la probabilidad cierta de haber obtenido un beneficio es decir que lo, que interesa es el grado de probabilidad, lo que no solía preocupar en la figura tradicional de daño.- (L.J.U., t. LIX, caso 6128).

En esencia, la pérdida de una chance es una forma de daño emergente que supone algo más que perder una mera probabilidad de acceder a un resultado que no se considera en el caso como algo cierto. Requiere una ponderación de las posibilidades ciertas de haber llegado al resultado esperado según el orden natural, la consideración de las máximas de la experiencia y la sana crítica. Se está más concretamente ante un daño emergente futuro en el que se debe acreditar relación causal entre el acto ilícito y una razonable (normal) probabilidad de acceder a un beneficio o a la evitación de un perjuicio. Es un daño

cuyo reconocimiento ha dependido exclusivamente de la obra de la doctrina y jurisprudencia.

La pérdida de la chance aparece como un daño autónomo evaluable económicamente respecto a las probabilidades fundadas de la pérdida de un resultado beneficioso esperado (daño final).

Se considera la doctrina de la pérdida de la chance como un instrumento de facilitación probatoria que interviene en aquellos procesos en que, conforme a las reglas tradicionales de prueba, no hubiera sido posible acreditar la relación de causalidad entre la negligencia y el daño sufrido por la víctima. Esta doctrina debe superar las serias dificultades que existen a la hora de probar en estos casos la existencia de relación causal con el daño que se pretende sea resarcido y esto es lo que le marca identidad.

En tales casos, cuando existe una probabilidad significativa de que el daño no se hubiera producido o el beneficio se hubiere obtenido de haberse dado la conducta debida, esta doctrina permite considerar que aquella negligencia privó a la víctima de oportunidades de obtener un beneficio o de evitar una pérdida. Así, la indemnización se corresponderá con la fracción de la totalidad de los perjuicios sufridos por la víctima atribuible a las oportunidades de obtener un beneficio destruido por la negligencia.

No obstante, como bien anota ALVARO LUNA YERGA (Ob. cit.), es necesario contener el ámbito de aplicación de esta doctrina para evitar que su aplicación suponga la sustitución sistemática y arbitraria de las reglas tradicionales de la causalidad y su prueba. Así, cabe negar la reparación de la mera reducción estadística de probabilidades, así como la pérdida de oportunidad cuando la producción del daño dependa de eventos futuros. Asimismo, cuando la probabilidad estadística sea superior al umbral de certeza habrán de indemnizarse los totales perjuicios sufridos por el paciente y no la mera pérdida de oportunidad. Por último, ha de negarse especialmente la indemnización de probabilidades estadísticas muy reducidas, por cuanto la disolución del elemento causal conduce a condenas basadas exclusivamente en el incremento del riesgo de sufrir un daño para el paciente.

Lo que determina la aceptación de la doctrina de la pérdida de la chance es que la víctima en ciertos casos no ve contemplada en nada su situación por no poder probar la relación causal, aunque bien se sabe que por las probabilidades perdidas, perdió el poder acceder a un beneficio o a la posibilidad de evitarse un perjuicio.

La pérdida de la chance no es un daño hipotético o eventual sino cierto que forma parte del patrimonio del sujeto afectado. La chance es un bien (interés) jurídicamente protegido que, de perderse injustamente, puede derivar en un daño resarcible. Su causación lo convierte en un daño patrimonial, emergente,

actual, resarcible. Es, en esencia, una forma de daño jurídico que se proyecta más allá de su materialidad.

No toda pérdida de una chance configura un daño sino sólo aquella caracterizada por su seriedad y el alto porcentaje de ocurrencia.

No se debe confundir la pérdida de la chance como daño con las consecuencias o beneficios finales que no se obtuvieron. Si bien las posibilidades de acceder a esto marcan el significado y existencia de la pérdida de la chance como daño, cada uno configura una situación diversa y responde a un umbral de causalidad diferente. Una cosa es la relación causal del acto ilícito con el hecho que determina la pérdida de la chance y otra, es la relación causal de esta pérdida de la chance con la pérdida de beneficios o evitación de perjuicios. La responsabilidad será proporcional al grado de probabilidades perdidas en función del beneficio esperado. No existe constancia firme de que la posibilidad existente traería un resultado beneficioso pero existen probabilidades ciertas de que ello pudo haber ocurrido.- ¿Qué se ve del vaso: lo lleno o lo vacío? Pues para que se considere lleno alcanza al menos con que tenga más de la mitad de su contenido como expectativa probable, dentro de lo razonable, consideradas las circunstancias del caso.

BIBLIOGRAFÍA

ALPA, *Responsabilita civile e danno*, Bologna, 1991. ALPA, *Trattato de Diritto Civile*, Milano, 1999, T. IV.

ALVARO LUNA YERGA, “Oportunidad perdida” en www.indret.com

ASUA GONZALES, *Pérdida de la Oportunidad en la Responsabilidad Sanitaria*, Navarra, 2008.

ATAZ LOPEZ, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Madrid, 1985

BATISTTA PETTI, *Il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale della persona*, Torino, 1999.

BENABENT, *La chance et le droit*, París, 1973 BIANCA *Diritto Civile*, T.V, Milán, 2004.

BOCCHIOLA, “Perdita di una “chance” e certezza del danno”; en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1976.

BUSNELLI PATTI, *Danno e responsabilità civile*; Torino, 1997. CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Bs.As., 1996, t. III.

CASSINELLI MUÑOZ, “Reparación por la pérdida de una probabilidad”, en la *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. LXVIII.

CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958 CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*; Torino, 1974.

CODERECH, Salvador, “Causalidad y responsabilidad”, en www.indret.com

CRESPO MORA, *La Responsabilidad Civil del Abogado*, Madrid, 2005.

DE ANGEL YAGUEZ, *Responsabilidad civil por Actos Médicos*

“LA HISTORIA, COMPLEMENTO CULTURAL DEL DERECHO”

Dr. Máximo Carvajal Contreras

XV Congreso Latinoamericano. Lima, Perú. Septiembre 2014

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende ahondar en el conocimiento, ya antiguo, de la interacción que debe tener el Derecho y la Historia.

Vieja de siglos es la estrecha relación que existe entre estas dos ciencias: la histórica y la jurídica. No obstante esta antigüedad en los últimos lustros, han surgido “tendencias” a eliminar de nuestras currículas o pensum las materias de corte histórico como son: el Derecho Romano, la Historia del Derecho Patrio y la Historia Universal del Derecho.

En mi opinión, sería aberrante dar entrada a dichas ideas, que carecen completamente de validez teórica, científica y práctica. La historia y el derecho, el derecho y la historia son un binomio perfecto, dos eslabones de una misma cadena.

Pensando y actuando conforme a mi convicción es que he decidido escribir este trabajo en ocasión al XV Congreso de la AFEIDAL, ha celebrarse en Lima, Perú y cuyo tema central es la “Formación Interdisciplinaria en la Educación Jurídica” con un subtema de “Derecho, Antropología e Historia”¹.

Aprovecho este espacio para felicitar al grupo de Decanos y ex Decanos peruanos que tuvieron la brillante idea de que dicho Congreso aborde esta temática, importantísima para el estudio del Derecho.

El abogado, el Licenciado en Derecho, el Jurista debe y tiene que ser una persona culta, preparada, con conocimientos multidisciplinario. Mujeres y hombres que dominen el lenguaje, la historia, la economía, la ciencia política, los aspectos internacionales, la sociología, los medios masivos de comunicación, la psicología. En fin el profesional del derecho debe ser – como decían en el México

¹ La Asociación de Facultades, Escuelas e Institutos de Derecho de América Latina (AFEIDAL) celebró en Lima su XV reunión anual.

antiguo – el letrado, es decir, un ser de letras, instruido, preparado y cultivado en varias ramas del saber y alguna de las manifestaciones más exquisitas del pensamiento humano.

Los que profesamos la ciencia jurídica sabemos de su importancia, somos adoradores de Diosas y Dioses, Maat en la Mitología Egipcia, Themis y Astrea en la griega; en Roma Fas y Iustitia, en la nórdica. Forseti, Dios de la justicia y la verdad.

Pero también tenemos abogados que han alcanzado la santidad: Son Ivo de Kermantin, San Tomás Moro, San Raymundo de Peñafort, San Alfonso María de Ligorio y San Tomás de Canterbury.

Por eso el ilustre jurista Mexica Dr. Diego Valadés nos dice “el abogado es el notario de la historia, un tanto que recoge en leyes e instituciones el progreso de la humanidad y de su marcha ascendente hacia formas más elevadas de justicia y libertad” cita tomada del Libro Prolegómenos de Filosofía Moral del insigne maestro José Campillo Sáinz, página 88

Por lo anterior, hacemos en el capítulo primero un análisis de ¿qué es la historia?, para que en el capítulo segundo señalemos las más importantes aportaciones que el derecho ha realizado en beneficio de la humanidad y que conocemos gracias a la historia.

Concluyendo con algunas ideas finales; afirmando que la historia y el derecho se conectan en sí, para lograr un fin esencial, el desarrollo del ser humano.

CAPÍTULO I

El concepto de historia ha sufrido en el tiempo una serie de cambios de mayor o menor importancia, en la actualidad podemos precisar que la historia es el conocimiento válido y verdadero del hombre en el tiempo, no como un ente sino como integrante de una sociedad. Así lo ha entendido Marc Bloch², cuando dice “que la historia es la ciencia de los hombres en el tiempo”, es decir “el historiador piensa no solo en lo humano; sino también en la atmósfera en la que su pensamiento respira naturalmente”. Más adelante reafirma “el tiempo de la historia, realidad concreta y viva abandonada a su impulso irreversible, es el plasma mismo en que se bañan los fenómenos y algo así como el lugar de su inteligibilidad”. Este autor para compartir su idea transcribe el proverbio árabe que dice “los hombres se parecen más a su tiempo que a sus padres”.

Sabemos que el historiador vincula el presente al pasado y el pasado al presente; que la historia es una ciencia con metodología y medios de investigación definidos. El mismo Bloch así lo entiende al afirmar que “la incompreensión del

2 Bloch, Mar.- Introducción a la Historia.- Págs. 26, 32, 38

presente nace fatalmente de la ignorancia del pasado. Pero no es, quizás, menos vano esforzándose por comprender el pasado si no se sabe nada del presente”.

Los diversos autores de la materia, particularmente Marrou, han planteado dos enfoques de la historia, la historia como realidad y la historia como conocimiento. La historia de la realidad se constituye por los hechos que objetivamente se producen en tiempo y lugar determinado. Hechos que por su importancia y trascendencia el historiador investiga, analiza, interpreta y reconstruye, esto da como resultado la historia de un conocimiento subjetivo, que está sujeto no solo a la interpretación del investigador sino también al sentimiento y pensamiento de los intermediarios. Vale la pena señalar los comentarios que Edward H. Carr³ realiza en su obra, al decir que la historia “será un proceso continuo de interacción entre el historiador y sus hechos, un diálogo sin fin entre el presente y el pasado. En otro pasaje de su obra, afirma: “la función del historiador no es ni amor al pasado ni emanciparse de él, sino dominarlo y comprenderlo como clave para la comprensión del presente”.

Carr está criticando la función meramente subjetiva del historiador, punto defendido por Collingwood, al afirmar que el énfasis puesto en el papel del historiador como el hacedor de la historia tiende, llevado a sus lógicas consecuencias, a destacar toda historia objetiva “la historia es lo que hace al historiador”. Por otro lado, Henry Corbin sostiene que la historia con mayúsculas es el hecho real y verdadero y la historia con minúscula, es lo que los historiadores han podido y han querido interpretar, es decir la mayúscula es la imagen del pasado que se recompone mediante el trabajo del historiador.

La historia como cualquier ciencia tiene límites, uno de ellos es el tiempo, la historia siempre se referirá a hechos pasados; o como elegantemente lo dice Juan Brom⁴ “la historia es el fascinante viaje del hombre a su propio pasado”. Al pasado, según Brom, lo debemos entender como el elemento común en todas las historias, como la idea del cambio, del movimiento, de la modificación: El historiador no es testigo presencial de los hechos históricos, tiene que recurrir a la información que en alguna forma ha sido aportada por los testigos. Bloch señala que solo los hechos que resisten críticas, que sean comprensibles, que se refieran a acontecimientos de hombres como integrantes de una sociedad puedan ser parte del conocimiento histórico.

Carr nos informa que para algunos historiadores como Grandgrind, lo único que se necesita en la vida son hechos. Cuando Ranke apuntaba que la tarea del historiador era solo mostrar lo que realmente aconteció, lo único que estaba haciendo era crear el culto de los hechos, o cuando se afirma que la historia

3 Carr H, Edward.- ¿Qué es la Historia?.- Págs 30, 34, 35 y 40

4 Brom, Juan.- Para comprender la Historia.- Págs. 15 y 16.

consiste en un cuerpo de los hechos verídicos y los hechos los encuentra el historiador en los documentos, en las inscripciones y lo que hace el historiador, es reunirlos y presentarlos de la manera como a él le conviene, estamos en presencia de una forma muy subjetiva de analizar la historia. Pero en realidad, es que los hechos no pueden verse bajo este cristal, deben tener el ingrediente de objetividad necesario para que en primer lugar, seleccionar los hechos que son históricos, es decir, no todos los hechos tienen el carácter de históricos. El historiador es quien decide a qué hecho se da paso y en qué orden y contexto hacerlo, como dice Carr “el historiador es necesariamente selectivo”. En segundo lugar, para hacer una valuación desprovista de todo interés personal.

Contra la corriente estructuralista, de que los hechos en forma subjetiva son el templo del conocimiento, sobre el que descansa la investigación histórica, a fines del siglo anterior con Dilthey y Croce a la cabeza, se inicia una nueva óptica de ver los hechos históricos que consiste en observar a la historia, en ver el pasado, en ver los hechos históricos esencialmente con ojos del presente y a la luz de los problemas actuales y que la tarea del historiador no consiste en recoger los hechos, darle paso a ellos y poder aceptarlos, porque se encuentran en un documento sino que la auténtica tarea del historiador es valorar los hechos. Croce ejerció una gran influencia en Collingwood⁵ quien nos da una nueva concepción de la historia al decirnos que la historia “no se ocupa del pasado en sí, ni de la opinión que de él en sí se forma el historiador, sino de ambas cosas relacionadas entre sí”, es decir que el pasado que estudia el historiador no es un pasado muerto, sino un pasado que en cierto modo vive uno en el presente, como afirma el mismo autor “toda la historia es la historia del pensamiento, y la historia es la reproducción en la mente del historiador del pensamiento cuya historia estudia”.

En consecuencia, creemos que la posición estrictamente subjetiva de ver a los hechos con la óptica y la problemática actual, son posiciones radicales e inaceptables, creemos que los hechos son los cimientos y la base de la historia, pero que el criterio de selección e investigación que hace el historiador de los hechos, es el complemento para formar las paredes y el techo de ese gran edificio que es la historia, creemos como dice Carr, que el historiador y los hechos de la historia se son mutuamente necesarios.

La historia no es solo una narración descriptiva, es un análisis crítico y racional de los hechos y para su estudio es necesario el conocimiento de las fuentes que pueden ser arqueológicas, documentales, narrativas, cronológicas, relatos, leyendas, etc., ya que el devenir históricos ha dejado huellas de su desarrollo, de la vida en el pasado, de las costumbres, lo que se traduce en mínimos

5 Collingwood, R.G.- La Idea de la Historia.- Págs. 18, 19, 20, 27.

detalles como utensilios, ropas, tumbas, códices, papiros, tablillas de arcilla, pintura rupestres, pirámides, etc., de todo lo anterior, podemos decir que es un conocimiento histórico, es un conocimiento científico, como lo afirma Fernand Braudel⁶ que se refiere fundamentalmente el acontecimiento de larga duración.

Braudel se percató que los fenómenos históricos tienen una duración diferente del tiempo que necesariamente requieran para desenvolverse; reuniendo estos lapsos, los clasifica en tres: fenómenos de larga duración, fenómeno de media duración y fenómenos de corta duración.

El tiempo de corta duración, es el que está determinado por otro acontecimiento relevante y trascendental, es un relato precipitado, dramático, de corto alcance. Es el tiempo del individuo.

El fenómeno de media duración, se identifica con la historia de las oscilaciones, la de los ciclos, la de los kondrateieff; es decir, el tiempo medio se asemeja a la historia coyuntual. Es el tiempo de las sociedades, de las organizaciones.

La larga duración será lo básico para el tiempo de la historia, “factor esencial determinante”, “incidiendo en la duración media y en la duración corta”, como dice Braudel “la historia tiene mucho que aprender, más también un poco que enseñar, principalmente sobre la larga duración que vincula el pasado al presente, porque captado con mayor óptica, el pasado penetra en el presente”. Los fenómenos de larga duración son dominados por lo que llama Brudel estructura, entendiéndose por esto “un ensamblaje, una estructura, pero, más aún, una realidad que el tiempo tarda enormemente en desgastar y transportar”. Será entonces, como elegantemente ha definido este autor a la historia, diciendo que “la historia es hija de su tiempo”.

En relación a la problemática de la historia, desde su punto de vista subjetivo u objetivo, Braudel cree además de que los hombres hacen la historia, la historia también hace a los hombres y modela su destino. Que la historia tradicional, la historia – relato no nos ofrece del pasado más que imágenes frágiles, hechos pero sin humanidad, sin el sudor de los hombres. Lo que hay que abordar son las realidades sociales, es decir, las formas amplias de la vida colectiva: las economías, las instituciones y sobre todo, las civilizaciones. Todo dentro de una unidad, unidad de la vida dada en un tiempo, el tiempo de la larga duración, así lo entiende poéticamente Braudel cuando dice “el tiempo de las verdaderas revoluciones, es también el tiempo en que florecen las rosas”.

Ese tiempo que es una relación dialéctica, en donde el hoy está determinado por el pasado y el pasado determinado por el hoy. El pasado y el presente ambos inseparables.

6 Braudel, Fernand.- La Historia y las Ciencias Sociales.- Págs 14, 70

Braudel como claro exponente de la escuela de los Annales, pretende el estudio multidisciplinario, la eliminación de fronteras entre las ciencias sociales e incluso, con las matemáticas. Afirma que todo estudio del pasado debe necesariamente comportar una minuciosa medida, de lo que, en determinada época, afecte exactamente a su vida; obstáculos geográficos, obstáculos técnicos, obstáculos sociales – administrativos. Como se observa, esta es una idea totalizadora que insiste en la urgente necesidad de hacer que las disciplinas que estudian el comportamiento humano, tengan conexión entre sí, que coadyuven a lograr el objetivo final: el estudio del hombre.

De los puntos anteriormente señalados, podemos mencionar que limitantes al conocimiento histórico: aspectos temporales, es decir el conocimiento histórico que se refiere forzosamente a hechos del pasado; en el aspecto cualitativo, son hechos que tienen una trascendencia posterior a la época y al momento en que se producen; por los sujetos que intervienen, son acontecimientos realizados por hombres integrantes de una sociedad; por la metodología que su reconocimiento requiere, son hechos científicos cuyos antecedentes lo constituyen los datos que se pueden contener en los documentos, testimonios, huellas, vestigios, de los cuales el historiador validará, seleccionará y le dará importancia histórica.

Así lo entiende Jean Chesneau⁷ cuando afirma que “el pasado, próximo o lejano igualmente, tiene siempre un sentido para nosotros. Nos ayuda a comprender mejor la sociedad en que vivimos hoy, a saber qué defender y preservar, a saber también qué derribar y destruir. La historia es una relación activa con el pasado. El pasado está presente en todas las esferas de la vida social”. Idea que más adelante ahonda, al afirmar que “al situar la relación colectiva con el pasado como base del conocimiento histórico, se invierte radicalmente la relación presente – pasado”. Ya no es el pasado el que está en el puesto de mando, el que da lecciones, el que juzga desde lo alto de su tribunal. Es el presente el que plantea las cuestiones y haces las conminaciones. Es decir, ya no se trata como quería conseguirlo en forma mínima Lucien Febvre, de buscar y poner de relieve, en el pasado, los acontecimiento que preparan el tiempo presente y que permiten comprenderlo, que ayuden a vivirlo, sino ampliándolo, el conocimiento del pasado nos debe ayudar a cambiar o a defender el presente y el porvenir hasta como dice Chesneau” es la trama misma de la historia”.

Mención especial merece el materialismo histórico como parte integrante de la filosofía marxista, como una teoría sociológica material. El materialismo histórico es la primera teoría que nos da respuestas científicas sobre el conocimiento histórico y el conocimiento de la sociedad. Su piedra angular consiste en haber sustraído a la concepción idealista de la historia, por una

7 Chesneau, Jean.- ¿Hacemos tabla rasa del pasado?.- Págs 22, 24

concepción científica materialista. Antes del materialismo histórico, los hombres hacían la historia, partían de un hecho observado directamente, a que están dotados de conciencia y voluntad y por lo tanto, todos los actos realizados pasan a través de su conciencia. El materialismo se piensa que los hombres antes de elaborar ideas o teorías, han de vivir y para poder vivir debe comer, vestir, tener un techo. Es producirlas y para lograrlo tuvo que entrar en relaciones recíprocas, en un proceso de producción de bienes materiales y esta producción material es la base sobre la que se erige el modo de vivir de los hombres, lo que determina la vida en la sociedad.

El desarrollo de las mismas sociedades, mostró que no existen sociedades en abstracto, en general, punto de partida de los pensadores burgueses. La sociedad actúa en cada período histórico, dado como tal, es decir como una sociedad concreta, en la que un nivel determinado en el desarrollo de las fuerzas productivas corresponden unas relaciones políticas, morales, familiares, domésticas, etc., estas formas son típica para esa sociedad concreta. Cada formación económica – social, es un mecanismo social peculiar que aparece, se desarrolla y transforma con sujeción a leyes.

El materialismo histórico puso de relieve que las leyes naturales y económicas no tienen nada que ver con fuerzas sobrenaturales que actúan al margen de los hombres, sino que son leyes que las realizan los hombres mismos dentro de un complejo laberinto de acciones humanas, pero acciones no individuales sino de grandes grupos sociales, es decir, de las clases, de las masas populares. En base a estas acciones se hallan los intereses capitales de los hombres, intereses que surgen de sus condiciones materiales de vida. Las masas son realmente las verdaderas creadoras de la historia.

Como se podrá observar, el materialismo histórico niega un papel determinante a las ideas, así como a las personalidades en la historia. El materialismo histórico no proporciona el conocimiento directo de la historia concreta, sino que establece las pautas para conocer la historia, lo cual permite orientarse con acierto, en la compleja red de los fenómenos sociales, definir el lugar del conocimiento en la lucha de las masas populares por el progreso y participar conscientemente en la edificación del comunismo.

Estamos de acuerdo con R.G. Collingwood, en que cualquier historiador que satisfaga las cuatro interrogantes que el autor se hace, podrá dar una idea cabal de qué es la historia. Las interrogantes son: la definición de la historia, el objeto de la historia, ¿cómo procede la historia? y para qué sirve la historia?. Entremos al análisis aunque sea en forma somera, en respeto a la extensión que debe tener este trabajo.

Definición de la historia.- Sabemos que etimológicamente historia significa indagación, es un tipo de investigación o interrogación. Como dice Carr “la

historia consiste en un cuerpo de hechos verificables. Es un proceso continuo de interacción entre el historiador y sus hechos, un diálogo sin fin entre el presente y el pasado”. O como dice Marrou “la historia siempre es la relación entre el presente y el pasado. Porque la relación es la conciencia de dos partes de la misma cosa”. Para Braudel “la historia es la hija de su tiempo. Es una investigación científicamente dirigida, una ciencia pero compleja”. Para Juan Brom, la historia “es la ciencia que estudia al hombre a través del tiempo”. Lucien Febvre⁸ ha definido a la historia “como una necesidad de la humanidad –la necesidad que experimenta cada grupo humano, en cada momento de su evolución de buscar y dar valor en el pasado a los hechos, a los acontecimientos, a las tendencias que preparan el tiempo presente, que permiten comprenderlo y que ayudan a vivirlo–”.

El objeto de la historia.- Todos los autores que hemos analizado, coinciden en que el objeto de la historia son los actos que seres humanos han realizado en el pasado. Lo que ha sido polémico es la forma, el modo en cómo se deben de interpretar, analizar y observar estos hechos del pasado.

La delimitación temporal es una de las características fundamentales de los hechos históricos, un dato que contenga información del pasado y que sea reconocido por un historiador, constituye un hecho histórico; vale la pena aclarar que no todos los datos del pasado son hechos históricos, sino solamente aquéllos que el historiador selecciona deliberadamente para analizarlo, observarlo y tratarlo así el presente como es conocimiento del pasado. Este hecho seleccionado debe tener la objetividad necesaria que lo convierta en una lección para el hombre del presente o para el hombre del futuro. Los datos nunca hablan por sí solos, es el historiador quien los valida y les da su dimensión.

En relación con el ámbito espacial del hecho histórico es indudable, y en esto también los autores están de acuerdo en que su ámbito es universal ya que dicho hecho histórico es científico y racional.

¿Cómo procede la historia?.- Según Collingwood “la historia procede interpretando testimonios. Entiéndase por testimonio, la manera de designar colectivamente aquéllas cosas que singularmente se llaman documentos, en cuanto un documento es algo que existe ahora y aquí, y de tal índole que, al pensar el historiador acerca de él, puede obtener respuesta a las cuestiones que pregunta acerca de los sucesos pasados”, creemos que en vez de denominar testimonios como lo hace Collingwood, es más correcto la designación de fuentes. Por fuente entendemos el medio por el cual accedemos al conocimiento de un hecho. Se han dado infinidad de fuentes de la historia y aquí repetiremos

8 Pereyra, Carlos.- Et. Al.- ¿Historia para que?.- Pág 21.

algunas con un carácter enunciativo, por ejemplo: Para Childe fuente es todo dato, huella, son documentos, cacharros, libros antiguos, inscripciones, etc; lo que ha llevado a los historiadores a hacer una clasificación de fuentes directas y de fuentes indirectas.

Las fuentes directas serían las que fueran deliberadamente hechas para transmitir una información o un conocimiento a la posteridad. Las indirectas son aquellas cuyo propósito no fue histórico. También se habla de fuentes escritas y no escritas, las primeras, serán las que transmitan el conocimiento en forma grafa y las segundas, a través de comunicaciones verbales o narrativas, aquí podríamos ejemplificar las relativas al folklore y a los mitos.

También se habla de fuentes primarias y secundarias, unas nos dan información relativa al hecho histórico, la otra, el tema secundario es el histórico. Hay otros más que creen que las fuentes pueden ser originarias y derivadas. Las primeras son las formuladas por quienes protagonizaron directamente el hecho histórico. Hay otros más que creen que las fuentes pueden ser originarias y derivadas. Las primeras son las formuladas por quienes protagonizaron directamente el hecho histórico, o quien las presencié, o quien las plasmó; las segundas son las realizadas por los intermediarios que no vivieron el hecho en sí.

Rebasaría los límites del trabajo profundizar sobre las fuentes de la historia basta decir, que existe una disciplina, la Heurística que tiene por fin dar a conocer las fuentes y las ciencias auxiliares que han de abrir al historiador el sentido y la inteligencia de esas mismas fuentes. Es el proceso que sirve para transformar el testimonio en fuente. Es el hallazgo de las fuentes.

¿Para qué sirve la historia?.- Collingwood piensa que la historia es para el autoconocimiento humano, consiste en que nos enseña lo que el hombre ha hecho y en ese sentido, lo que es el hombre. En cambio Carlos Pereyra, en la obra *¿Historia para qué?* Piensa que esta interrogante debe enmarcarse dentro de la problemática de la función o utilidad del saber histórico y de la legitimidad de ese saber. La historia – dice – no es juzgar; es comprender y hacer comprender. “Los juicios de valor son inherentes a la función social de la historia pero ajeno a su función teórica”. Un aspecto decisivo del oficio de la historia consiste, precisamente, en vigilar que la preocupación por la utilidad (política – ideológica) del discurso histórico no resulte en detrimento de su legitimidad (teórica)”.

Luis Villoro afirma que “la historia responde al interés en conocer nuestra situación presente”. Y más adelante afirma que la historia sirve “para dar un sentido a la vida del hombre al comprenderla en función de una dotación que la abarca y de la cual forma parte”.

Chaunu diría que la historia es “para ser tenida como investigación básica de la ciencia y de las técnicas sociales”.

Por otro lado, Enrique Florescano piensa que la historia sirve para comprender el pasado y dominar el presente.

En resumen, podríamos aquí transcribir lo que la contraportada del libro Historia ¿para qué?, manifiesta “¿para qué la historia? para atender las urgencias y preguntas del presente, para afianzar, construir o investigar una identidad, para recomponer la certeza de un sentido colectivo, para fundar las legitimidades del poder, para imponer o negar la versión de los vencedores, para rescatar la de los vencidos”.

CAPÍTULO II

Las Instituciones Jurídicas a través la Historia del Derecho

Parte esencial en la formación del estudioso del derecho, es el conocimiento que obtenga a través del tiempo y del espacio, de la evolución histórica que se ha realizado en las instituciones jurídicas y en las leyes que le han otorgado sustento.

Es por esa razón que el Derecho encuentra en la historia el complemento útil y necesario para tener una adecuada preparación técnica del saber jurídico, además de aumentar su conocimiento cultural, humanístico y social, al conocer el desarrollo que ha tenido el ser humano.

Deseo hacer algunas precisiones sobre este tema antes de entrar al fondo del mismo. La primera sería que la escritura fue el invento que permitió abandonar la tradición oral y plasmar en signos el pensamiento humano. Se dice que el invento de la escritura se encuentra históricamente iniciado en el área de la Mesopotamia por los sumerios en la segunda mitad del cuarto milenio A.de Cristo (Código de Hammurabi, Federico Lara Peinado, pág 9). Las primeras formas de escritura fue la cuneiforme teniendo como soporte las tablillas de barro o arcilla cocida; en los egipcios la escritura fue jeroglífica su soporte el papiro, solo por mencionar dos sistemas.

Sabemos que los fenicios, en la ciudad de Ugarit, actualmente Siria, elaboraron el primer alfabeto del mundo.

La segunda es que el Derecho ha estado presente desde los albores de la humanidad, primero en forma rudimentaria con la ley del más fuerte, después a través de la tradición oral en forma de usos y costumbres, que va adquiriendo fuerza dentro de la comunidad cuando va siendo aceptada por todos.

Cuando las “bandas” de personas van dejando la recolección, la caza y se transforman en sedentarios – gracias a la agricultura – se van formando pequeñas comunidades que adoptan formas matriarcales de vida, evolucionando a grupos más numerosos que forman aldeas y después ciudades, es en este período donde comienza una estratificación y jerarquización social, así como, una precaria

división de trabajo; en esta etapa van a surgir las primeras manifestaciones escritas del derecho a través de leyes y códigos. En resumen, es afirmar que el Derecho es concomitante con la sociedad – “ubi societas ubi jus”.

La tercera precisión es el debido uso de las fuentes históricas del Derecho; Guillermo Floris Margadant, “Panomara de la Historia Universal del Derecho” dice que hay una historia externa del Derecho la que se abreva de sus fuentes históricos y sirve de instrumento a la historia interna del derecho que es la que nos enseña las instituciones jurídicas.

Esta será nuestra idea en este segundo punto del trabajo que realizamos, indagar brevemente y a salto de la cronología, por la limitante de la extensión, el origen de algunas de las formas jurídicas de diversas disciplinas.

La vida primitiva aporta algunos aspectos “jurídicos” como la convivencia sexual, el tótem, el tabú, la jerarquización del grupo. Dentro del aspecto sexual surge la poliandria y la poligamia, el sistema exogámico o endogámico. Estos son vestigios de un derecho familiar.

Gracias a la agricultura tenemos el nacimiento de varias importantes figuras jurídicas. La posesión, la propiedad, el derecho y los tribunales del agua.

La guerra entre aldeas trae varias consecuencias de derecho, nace la esclavitud, creando una nueva capa social dentro de la estratificación. También surgen las alianzas entre ellos para una mejor defensa.

Posteriormente a que la agricultura, la ganadería, la cacería y recolección de frutos como actividades humanas, surge la fabricación de objetos, o funciones religiosas, administrativas y militares. Cuando las aldeas tienen exceso de producción de bienes surge el cambio de productos, naciendo el comercio en su forma más primitiva: el trueque. La historia nos señala que las tablillas con mayor antigüedad son las que se refieren al comercio (contratos, cuentas, recibos). Más adelante además del comercio inter ciudad y lugares cercanos, se iniciara el comercio a gran distancia o lo que actualmente es el comercio exterior.

DERECHO SUMERIO

Es fundamental señalar la legislación que contó la humanidad en los albores de su desarrollo. Desde luego son del pueblo sumerio asentado en la Mesopotamia y que actualmente la mayor parte se ubica en Irak e Irán.

Código de Urukagina. (Circa de 2350 A de C), de la ciudad de Lagash.- Es el más antiguo que por referencias se conoce, su texto no se ha encontrado, pero por fuentes indirectas sabemos que fue un documento jurídico de avanzada para su época, al dar protección de ancianos, viudas y huérfanos; expulsión de usureros, ladrones y criminales; prohibió la extorsión y combatió el abuso de los funcionarios; reguló el divorcio, los entierros; suprimió impuestos; perdón de

deudas; abolió la poliandria. El Código trata de reducir las diferencias entre las clases sociales.

Código de Ur – Nammu – Rey de la ciudad de Ur. (Circa de 2050 A. de C).- Lo más importante es que la reparación de los daños tienen un aspecto economicista. De los Códigos escritos es el más antiguo que se conoce hasta la fecha. Las penas por delitos se compensaban económicamente, sin embargo, los más infamantes a la sociedad tenían penas físicas; el adulterio, robo, homicidio caían dentro de esta hipótesis. Esta recopilación de leyes distinguía entre hombres libres y esclavos.

Código de Eshnunna. (Circa de 1930 A. de C).- Forman este Código cerca de 50 artículos escritos en Acadio. Proviene de la ciudad Eshnunna. Trata temas de: relaciones familiares, propiedad, arrendamiento, salarios, esclavos, impuestos. Al principio tiene una especie de tarifa con precios de bienes como son: Cebada, aceite, sal, madera, cobre.

Código Lipit – Ishtar de Isin. (Circa de 1870 A. de C).- El Código contiene, por vez primera, a manera de prólogo que la redacción es obra divina, que el rey está cumpliendo la voluntad del Dios a través de los 40 temas que trata para aplicar justicia en beneficio de los habitantes.

La temática del conjunto de leyes, versa sobre: relaciones familiares, propiedad, herencia, cuidados y trabajo de las tierras para la agricultura, alquiler, esclavos y otros.

Algunos ilícitos daban lugar a compensación económica y otras con penas que podía llegar hasta la muerte. El Código se atribuye al quinto rey de Isin Lipit – Ishtar – LipMshter.

Código de Hammurabi. (Circa del 1694 A. de C).- fue redactado por el rey babilónico Hammurabi. El Código llegó a nuestro conocimiento a través de una estela encontrada en 1901 en el yacimiento arqueológico de Susa, actualmente en Irán y exhibida en el museo de Louvre, de París, Francia. Originalmente fue tallado en un bloque de basalto y varios ejemplares.

Contiene 282 leyes de las cuales varias están sin poderse leer debido al deterioro de la escritura. Es considerado como uno de los cuerpos legislativos más completos del mundo.

El ordenamiento, sin una adecuada sistematización se puede estructurar, a grandes rasgos y siguiendo el criterio de Federico Lara Peinado, en la obra Código de Hammurabi, página XXIX en la forma siguiente:

Infracciones, procesales, estatutos de la propiedad, beneficios y obligaciones, derivados de feudos militares, relaciones de posesión y otra especie, préstamos y otros negocios mercantiles, matrimonio y familia, sacerdotisas, adopción,

lesiones corporales y aborto, médicos, arquitectos y barqueros materias agrícolas y ganaderas con sus sanciones penales, salarios y alquileres, compra venta de esclavos.

Este monumento jurídico fue una actualización de la legislación anterior y en algunos casos la modificó, por ejemplo en la aplicación de penas drásticas y la aplicación de la Ley del Talión. Tiene el gran mérito de ser el único cuerpo de leyes que ha llegado hasta nosotros en bastante buen estado.

EGIPTO

El Faraón era el legislador, el juez y el Dios en este lugar. Toda norma emanaba de su condición divina y estaba sujeta a él. No se conoce un texto legal hasta el momento pero si se sabe que existía un buen sistema judicial. En el imperio antiguo llegaron a existir 6 salas de justicia; en el imperio nuevo se tenía un tribunal superior y tribunales de excepción como el de carácter fiscal, procedimiento escrito y archivo judicial.

La primera aportación legal de Egipto es la que se refiere a una estela encontrada en el Templo de Karnak Luxor, obra del Faraón Haremhab. (Circa del 1300 A.de C). Compuesto de nueve capítulos donde se combaten los actos de corrupción; inspecciones periódicas a los funcionarios reales; tribunal compuesto por tres magistrados y dos instancias de justicia suprema con jurisdicción en el alto y bajo Egipto.

Interesante resulta mencionar el llamado “Código demótico de Hermópolis, descubierto entre 1937 y 1938 en el que se señalan un conjunto de prácticas jurisprudenciales y seguridad registral de documentos.

GRECIA

Este país nos permite diferenciar claramente el Derecho Público y el Derecho Privado.

El Derecho Griego es un derecho disperso, en el que cada polis (ciudad – estado) tenía sus normas jurídicas públicas y privadas.

Al principio la polis está formada por clanes (genea) que son grupos de familia que tienen a un basileus, equivalente al rey de la polis y a un consejo (los basileis de las geneas).

Lo interesante del Derecho Público Griego lo conocemos a través de dos ciudades – estado. Atenas y Esparta; y de sus más importantes constituciones, obran de Licurgo en Esparta y de Dracón y Solón en Atenas.

En Esparta hay dos reyes que solo tienen funciones religiosas y militares. El poder público residen en 5 Éforos y la Gerusia especie de senado compuesto de 28 ancianos a cuyo cargo estaba la función judicial y la de asesoramiento.

Los Eforos administraban y tenían un control ilimitado sobre todos los funcionarios incluyendo a los reyes. Esta polis tenía una forma aristocrática de gobierno.

Para Atenas, la Constitución de Solón es la que da su característica peculiar a esta ciudad. El gobierno se compone de una Asamblea Popular (ekklesia) integrada por 4 clases según la fortuna, 9 arcontes elegidos por sorteo y el consejo denominado Boulé con 400 miembros. La forma de gobierno es la democracia.

Como ejemplo de instituciones griegas que aún perviven podemos anotar: documento quirografario; hipoteca; anatocismo; anticresis; sinalagmático; enfiteusis; bienes parafernales: la ley Rhodia de lactu con la “avería gruesa”.

ROMA

Se dice que no hay estudio más necesario para el jurista que el Derecho Romano. Nada más cierto como lo veremos en las pocas líneas en que sintetizaremos su aportación. Para el mundo el mejor legado de Roma es su derecho. Por eso afirma Amado David Zogbi “Proyección de Institutos Romanos”. Página 10, no hay duda que estamos ante la fuente inagotable de donde emana el Derecho Universitario.

Algunas Instituciones de Derecho Romano Público.-

- a) Monarquía en sus primeros años 753 a 510 A. de C.
- b) República aristocrática del 510 al 27 A. de C.
- c) El Imperio del 27 de A. de C. al 476 D. de C. para el occidente y para el oriente hasta el 1453 D. de C.
- a. Monarquía como evolución histórica y Derecho Arcaico como evolución jurídica.- Con la fundación de Roma en el 753 A.de C da inicio este periodo siendo el primer monarca, el mítico Rómulo; concluyendo en el 510 A. de C. con Tarquino el antiguo.

En el Rey se unen los poderes administrativo y jurisdiccional, el senado tiene un papel de consejero; el sacerdocio participa mediante la ceremonia llamada “inauguratio” con la finalidad de demostrar que los Dioses estaban de acuerdo con el Rey. Existían los comicios que era la asamblea del pueblo quienes tenían la facultad de aceptar la ley que proponía el Rey, una vez aceptada la ratificaba el senado.

En la evolución jurídica se sabe que hubo un conjunto de leyes más bien de carácter religioso, denominados “leges regiae”, atribuidos a Sextus Papirius.

Realmente el inicio del derecho lo podemos encontrar en la existencia de la gran obra conocida como la “Ley de las 12 tablas”, primero 10 del año

451 A. de C. y luego 2 más del año 449 A. de C. Esta ley también llamada de la igualdad establece que entre patricios y plebeyos no hay distinción.

Su contenido: Las tres primeras tablas detallan el sistema procesal, las acciones y excepciones legales; la cuarta, toda la relativa al pater familia; la quinta, la herencia, tutela y curatela; en la seis, todo lo referente a la propiedad y posesión, la séptima, las servidumbres, la octava la parte penal, es decir, los delitos; la novena el derecho público y los delitos contra el pueblo romano; el derecho sacro se desarrollaba en la décima; la décima primera y décima segunda reforzaban lo señalado en las tablas una y dos y castigando el concubinato o matrimonio entre patricios y plebeyos y lo establecido por el pueblo romano en la ley.

- b. República como evolución histórica y derecho clásico como evolución jurídica. La República es un sistema de gobierno democrático gobernado por una aristocracia. Sus órganos de gobierno son: el Senado, los Magistrados y los Comicios. El Senado es el órgano político con facultades de nombramientos; de administrar las finanzas públicas; declarar la guerra y la paz; vigilar las ceremonias religiosas; distribuir las tierras conquistadas.

Las magistraturas más importantes son: El Consulado formado por 2 cónsules que tenían como atribuciones de convocar y presidir los comicios y el senado; dirección de la administración pública; jefe del ejército. Otros magistrados eran, el censor, el pretor y el pretor peregrino.

La evolución jurídica es la época de la mayor producción jurídica a través de “leyes rogatae” “plebiscitos”, “senado consultos” y por supuesto la “iurisprudencia” es decir, la opinión de los jurisconsultos de mayor relieve. También surge el “ius honorarium y la figura del “pretor peregrino”. Así mismo conocemos los edictos de los pretores y el edicto perpetuo de Salvio Juliano.

- c. El imperio como evolución histórica y el Derecho Posclásico y Justiniano como evolución jurídica.

El imperio: Empieza con el principado o Diarquía, en el cual el príncipe comparte el poder con el senado; más adelante, ya con Augusto, se transforma en una monarquía que al paso del tiempo se vuelve absoluta e incluso el detentador se hace llamar César teniendo poderes dictatoriales.

Los organismos como el Senado, Comicios y Magistrados se mantienen pero solo nominalmente, como figuras decorativas.

El César era quien mandaba al ejército, hacía leyes, gobernaba las provincias, administraba justicia, elegía a los senadores y al tribuno de la plebe.

La evolución jurídica: Dos formas contemplan esta etapa: La posclásica y la justiniana. En la primera dejan de existir las “leyes rogatae”,

los plebiscitos” y los “senadoconsultos”. El *ius honorarium* ha sido incorporado al *ius civile*; de igual manera la “*iurisprudentia*” pierde su importancia, ¿a qué se debe lo anterior? el poder que el emperador tiene sobre toda la organización quedando como fuente del derecho las “constituciones imperiales”.

Además cuatro grandes acontecimientos influyen en la vida romana en esta época:

La cristianización; la socialización del derecho; la helenización y la vulgarización.

Dentro del posclásico se expiden compilaciones como el “*Codex Theodosianus*” recopilación de las constituciones que habían formado el “*Codex Gregorianus*” y el “*Codex Hermogenianus*” Las Legislaciones para los pueblos bárbaros, por ejemplo, la *Lex Romana Visigothorum*” “*La Lex Burgundionum*, el edicto del Rey Teodórico y el libro sirio – romano de derecho.

La segunda, que traía su nombre del emperador Justiniano, magnífico compilador del Derecho Romano a través de su magna obra jurídica el “*Corpus Iuris Civile*” realizada en la primera mitad del siglo VI D. de C. en Constantinopla abajo la dirección de eminente jurista Tribuniano.

Esta monumental obra jurídica se divide en 4 partes, tres de ellos basados en la producción jurídica clásica y la cuarta en las constituciones del propio Justiniano denominadas “*novellae*”.

Primera parte: Las instituciones: apretada síntesis de 4 libros, de preceptos y doctrina.

Segunda parte: El digesto a Pandectas: recopilación de obras de 39 grandes juristas. Forma 50 libros.

Tercera parte: El *Codex*, recopilación de “rescriptos” imperiales dictados por diversos emperadores.

Cuarta parte: *Novellae* Leyes (novela) nuevas leyes.

La producción justiniana influyó en la vida jurídica del mundo impregnado por el Derecho Romano. Las legislaciones de Francia, Alemania, Italia, España, Suiza y América Latina, están dentro de la órbita romano – justiniano

Dada la extensión del trabajo, hasta aquí llegarnos con esta evolución histórica de Derecho.

CONCLUSIONES

- **Primera.-** La historia y el derecho son dos eslabones de la misma cadena científica por lo tanto es indispensable que los futuros profesionales del derecho aprendan el estudio de la historia del derecho.

- **Segunda.-** Las Instituciones de educación superior que enseñan derecho afiliadas a la AFEIDAL deberán contar en su currícula o pensum con tres materias históricas como mínimo: derecho romano, historia universal del derecho e historia nacional del derecho.
- **Tercera.-** Es importante que se realicen constantemente cursos de actualización y formación de académicos que impartan las disciplinas de carácter histórico – jurídico en las Escuelas y Facultades de derecho, para que se mantengan a la vanguardia de este conocimiento.
- **Cuarta.-** Las instituciones que pertenecen a la AFEIDAL deberán de privilegiar la investigación histórico – jurídico a través líneas de conocimiento para los académicos y de estudios monográficos, tesis, tesinas para los estudiantes de pregrado o posgrado.
- **Quinto.-** Es importante que se realicen actividades de educación continua y a distancia sobre temas de historia del derecho nacional, universal y derecho romano.
- **Sexta.-** Anualmente cada universidad deberá de organizar un evento académico importante, relacionado con el tema de esta ponencia. Dicho evento en forma ejemplificativa podrá ser: coloquios, ciclos de conferencias, mesas redondas, congresos, encuentro de profesores, simposios, etc.
- **Séptima.-** Las universidades deberán programar anualmente eventos de movilidad académica y estudiantil a fin de que maestros, investigadores y estudiantes, realicen estudios y actividades sobre temas relacionados con las disciplinas histórico jurídicos en otras instituciones nacionales o internacionales.
- **Octava.-** Las bibliotecas de nuestras instituciones deberán mantener un vasto acervo bibliotecario y hemográfico sobre temas históricos el cual estará debidamente actualizado.
- **Novena.-** Es importante que entre las Escuelas y Facultades de derecho de Latinoamérica, se celebren convenios de cooperación con el aval del Consejo Directivo de AFEIDAL, para conjugar esfuerzo y realizar acciones conjuntas que permitan intensificar el estudio, investigación, difusión, movilidad académica, estudiantil y bibliotecaria sobre las disciplinas histórico – jurídico.
- **Décima.-** Las Instituciones afiliadas a la AFEIDAL, deberán tener en sus posgrados una especialidad o maestría o doctorado sobre la Historia del derecho.

FUNCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL*

Felipe Osterling Parodi** / Mario Castillo Freyre***

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Muchas veces la probanza de la cuantía de los daños y perjuicios no es labor sencilla. No obstante que, en principio, esas dificultades son solucionadas con la posibilidad que otorga la ley de que el juez realice una valoración equitativa de los daños, ésta no es la única solución que brinda el Derecho.

Nuestro Código Civil ofrece la posibilidad de que los sujetos de la relación obligacional, en ejercicio de su autonomía privada, establezcan una cláusula penal en el contrato que celebran.

La cláusula penal es la estipulación en un contrato que se refiere a la pena o penalidad convenida para el caso de incumplimiento. Es obvio, por lo demás, que toda vez que las partes pacten una penalidad, lo harán a través de una cláusula en la que se refieran a ella, independientemente de si dicha cláusula sólo aluda a tal penalidad o si incluye, además, disposiciones de otra naturaleza.

Por otra parte, al tener la cláusula penal carácter accesorio (pues no podría existir sin una obligación cuyo cumplimiento resguarde o garantice), hablar de «obligación con cláusula penal» no resulta errado, en la medida en que se estará haciendo referencia a aquellas relaciones obligatorias que incluyen una penalidad convenida por las partes.

* Trabajo extraído del «Tratado de Derecho de las Obligaciones» (OSTERLING PARODI, Felipe y MARIO CASTILLO FREYRE. *Tratado de Derecho de las Obligaciones*. 2ª edición. Lima: Thomson Reuters, 2014).

** Felipe Osterling Parodi (Lima, 1932-2014). Felipe Osterling Parodi fue Doctor en Derecho y abogado en ejercicio, socio del Estudio Osterling; profesor emérito de la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor extraordinario de la Universidad de Lima y de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. También fue Presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984. En tal condición fue ponente del Libro VI sobre las Obligaciones. Fue decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Ministro de Estado en la cartera de Justicia, senador y Presidente del Congreso de la República, decano del Colegio de Abogados de Lima y presidente de la Academia Peruana de Derecho.

*** Mario Castillo Freyre. Magíster y doctor en Derecho, abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal de Derecho Civil (Obligaciones y Contratos) en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio <www.castillofreyre.com>.

Más allá de esas consideraciones, la cláusula penal, a grandes rasgos, puede definirse como un pacto anticipado de indemnización. En ella se dispone que si el deudor incumple, tendrá que pagar una indemnización de daños y perjuicios, cuyo monto también se especifica en el pacto.

Debemos subrayar que la cláusula penal, al igual que los daños y perjuicios, puede tener naturaleza moratoria o compensatoria, dependiendo de si con ella se busca indemnizar la mora en el pago o si lo que se pretende indemnizar es el cumplimiento parcial o defectuoso o el incumplimiento definitivo de la obligación.

No hay duda de que la importancia práctica, relevancia teórica y normatividad legal de la cláusula penal determina que desde antes y después de la promulgación del Código Civil Peruano, en julio de 1984, haya merecido el mayor debate académico.

Sin embargo, a efectos del presente trabajo, vamos a referirnos únicamente a la funcionalidad de la cláusula penal, puesto que, en esencia, la definición de la cláusula penal pone de relieve, de alguna manera, las distintas funciones que cumple esa modalidad obligacional.

2. FUNCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL

Luego de realizar un análisis sobre los conceptos generales que engloba esta figura, es preciso tener en cuenta que las definiciones formuladas por diversos autores ponen de relieve, de alguna manera, las distintas funciones que cumpliría la cláusula penal, poniendo especial énfasis en aquella contenida en el numeral 1341 del Código Civil. Dicho numeral establece lo siguiente:

Artículo 1341.- «El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contra-prestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores».

Ahora bien, en adelante el análisis de las funciones más importante que cumple esta figura.

2.1. *Función indemnizatoria de la cláusula penal*

Como señala Kemelmajer de Carlucci¹, para cierto sector de la doctrina, la cláusula penal está exclusivamente destinada a limitar el resarcimiento de los daños que puedan originarse por el incumplimiento de la obligación. Opera a la manera de tope convencional y anticipado de los daños, como liquidación de su cuantía. Precisa Kemelmajer de Carlucci que la indemnizatoria sería la función principal que desempeñaría la cláusula penal.

1 Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *La cláusula penal*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1981, pp. 6 y 7.

Este criterio es compartido por Raimundo Emiliani Román² y Elvira Martínez Coco³, quienes señalan que la función indemnizatoria que cumpliría la cláusula penal es la predominante en el Derecho moderno, porque mediante su fijación las partes determinan anteladamente el monto que deberá pagar el deudor en caso de incumplimiento.

En opinión nuestra, la función indemnizatoria de la cláusula penal es, sin duda, relevante.

Es verdad que la cláusula penal tiene una evidente e insustituible función indemnizatoria. Sin embargo, apreciamos que dicha función debe verse en sí misma separada de la idea de evitar la probanza ulterior de los daños y perjuicios ocasionados por el deudor ante el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, o de limitar los daños y perjuicios que eventualmente se causen en el futuro.

Como consecuencia de lo expresado, la función indemnizatoria debe ser apreciada única y exclusivamente como el avalúo anticipado de los daños y perjuicios que el incumplimiento pudiera causar. Esto equivale a decir que, en teoría, es la penalidad convenida, y no los daños y perjuicios realmente causados, la que deberá considerarse como monto indemnizatorio a pagar.

Ahora bien, cabe señalar que la penalidad pactada por las partes no siempre representará el monto de lo que ellas juzguen como eventuales daños y perjuicios, pues resulta evidente que, a pesar de que se estime como tales una cantidad determinada, podría pactarse —con la finalidad de cumplir otras funciones propias de la cláusula penal— un monto mucho mayor o incluso sustancialmente menor que el previsto para efectos del incumplimiento.

Por su parte, Elvira Martínez Coco⁴ señala que, según el artículo 1341 del Código Civil peruano, la cláusula penal cumpliría una función exclusivamente indemnizatoria y no compulsiva, pues afirma que esta última función sólo tiene lugar en aquellos ordenamientos que se han inclinado por la inmutabilidad de la cláusula penal, es decir, por el hecho de que luego de pactado su monto no puedan discutirlo judicialmente, principio que no ha sido consagrado por nuestro ordenamiento, según el artículo 1346⁵ del Código Civil. Agrega que este precepto, por el contrario, señala la mutabilidad parcial de la cláusula

2 Emiliani Román (Cfr. EMILIANI ROMÁN, Raimundo. *Conferencias de Obligaciones*. Bogotá: Editorial Temis, 1980, pp. 294-296) señala que «La finalidad principal de la cláusula penal es el vínculo convencional de la indemnización de perjuicios».

3 Cfr. MARTÍNEZ COCO, Elvira. *Ensayos de Derecho Civil I*. Lima: Editorial San Marcos, 1997, pp. 161 y 162.

4 *Idem*, p. 163.

5 El artículo 1346 del Código Civil peruano establece que: «El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida».

penal, es decir, que la pena puede ser reducida por el juez cuando a solicitud del deudor resulte manifiestamente excesiva.

Debemos subrayar que los sistemas jurídicos en los cuales se recoge la mutabilidad de la pena —entre los cuales se encuentra el Código Civil peruano de 1984—, relativizan notoriamente la función indemnizatoria de la cláusula penal, no llegándola a eliminar, tal como apreciaremos en su oportunidad.

Ahora bien, por lo expuesto consideramos que el Código Civil peruano de 1984, en el artículo 1341, define los rasgos característicos de la cláusula penal, aludiendo claramente a su finalidad indemnizatoria, sin descartar otras funciones que, como veremos, también está destinada a cumplir.

Dicho razonamiento se sustenta, adicionalmente, por lo expresado en la propia Exposición de Motivos del Código Civil⁶, cuando se señala que este sistema «[...] está destinado a asegurar al acreedor que ve incumplida la obligación por dolo o por culpa del deudor, la cobranza del íntegro de la penalidad, que constituye el resarcimiento fijado anteladamente».

2.1.1. Pautas de la función indemnizatoria de la cláusula penal

Aída Kemelmajer de Carlucci⁷ señala tres pautas de las cuales surge la función indemnizatoria como predominante de la cláusula penal.

En primer término, se refiere al hecho de que la pena entraría en lugar de la indemnización de perjuicios e intereses.

En segundo lugar, cabría la posibilidad de reducir la cláusula penal, lo que vendría a ser un efecto de su carácter indemnizatorio. Dicha disminución sólo será aplicable en aquellos sistemas en los cuales la ley faculta al juez a reducir el monto de la penalidad establecida por las partes, ya sea de oficio o a solicitud del deudor (caso, este último, propio del Derecho peruano). Queda claro que en los sistemas de inmutabilidad de la cláusula penal no podrá disminuirse el monto de la penalidad convenida.

Finalmente, Kemelmajer de Carlucci señala que muchas veces la cláusula penal se tornaría insuficiente y es entonces evidente que ella no cumplirá ninguna presión psicológica sobre el deudor.

Cabe señalar que no todos los ordenamientos jurídicos prevén la posibilidad de aumento de la penalidad cuando los daños y perjuicios

6 OSTERLING PARODI, Felipe. *Las Obligaciones*. Biblioteca «Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, vol. VI, p. 583.

7 Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 9 y 10.

verdaderamente causados fueren mayores al monto de la cláusula penal convenida.

Ello sólo resulta posible en los sistemas que han optado por la mutabilidad de la cláusula penal.

En el caso concreto del Perú, la posibilidad de que el monto de la penalidad aumente sólo se contempla para el supuesto en que las partes hubieren convenido la indemnización del daño ulterior (argumento del artículo 1341 del Código Civil).

2.1.2. Posición que asume el carácter no forzoso indemnizatorio de la cláusula penal

Algunos autores sostienen que aunque de ordinario la cláusula penal cumple función resarcitoria, no es forzoso que tenga tal carácter.

En este sentido se pronuncia Llambías⁸, quien afirma que los deberes de conducta que no imputan obligaciones *strictu sensu*, por no ser de contenido patrimonial (no susceptibles de apreciación pecuniaria), pueden ser fortalecidos en su cumplimiento mediante la estipulación de cláusulas penales; ahí no se puede decir que tal cláusula tenga función resarcitoria, puesto que, por hipótesis, la persona en cuyo favor se ha comprometido la conducta esperada, no experimenta daño patrimonial alguno por la frustración de esa expectativa.

Cita como ejemplo el caso en que dos amigos conciertan hacer un viaje de placer conjunto en determinada fecha y convienen en que uno de ellos pagará al otro una suma de dinero si por su culpa hiciera fracasar la excursión; allí —precisa el autor— la cláusula penal asume el papel de una pena privada y no tiene carácter indemnizatorio.

Pensamos que el ejemplo empleado por Llambías para ilustrar su posición en el sentido de que no es forzoso el carácter indemnizatorio de la cláusula penal, no resulta del todo apropiado, fundamentalmente porque se podría dudar de que la «obligación» asumida sea, precisamente, una obligación.

Tal concertación podríamos entenderla como parte de un trato coloquial entre los dos amigos materia del ejemplo. Y, como sabemos, los tratos sociales de esta índole generan compromisos que no constituyen, jurídicamente hablando, obligaciones.

Ahora bien, dentro del propio ejemplo, también resultaría discutible considerarse que la penalidad convenida sea, propiamente, una

8 Cfr. LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1983, 4ª edición actualizada por Patricio Raffo Benegas, tomo I, pp. 104 y 105.

cláusula penal, tanto por el contexto en el que se inscribe, como por ser cuestionable que una situación de esta naturaleza corresponda, en la realidad de los hechos, a un caso idóneo.

Nosotros pensamos que la función indemnizatoria sí resulta esencial a toda cláusula penal, independientemente de la obligación principal de que se trate y con prescindencia del sistema de mutabilidad o inmutabilidad que rija en el medio jurídico correspondiente.

En pocas palabras, si una estipulación no tiene por finalidad indemnizar, jamás podría ser llamada cláusula penal.

2.2. **Función compulsiva de la cláusula penal**

Guillermo A. Borda⁹ señala que la cláusula penal es un medio de compulsar a los deudores a cumplir con sus obligaciones, ante la amenaza de una sanción, por lo común más gravosa que la obligación contraída, exponiendo al deudor a un grave peligro para el caso de incumplimiento.

Respecto al carácter compulsivo de la cláusula penal, Llambías¹⁰ también sostiene que ella adopta esta función, pues agrega un estímulo que mueve psicológicamente al deudor a cumplir con la prestación principal para eludir la pena que suele ser hasta gravosa. Dice Savigny —citado por Llambías—¹¹ que «La cláusula penal incita al cumplimiento por el temor de la pena, con lo cual viene a reforzar la sanción del contrato principal».

Debemos señalar que cuando se dice que la cláusula penal constituye una garantía para el cumplimiento de la obligación, dicho término (nos referimos al de «garantía») debería emplearse entrecorrida, en la medida en que la cláusula penal no constituye una garantía propiamente dicha de la obligación. No olvidemos que dentro de nuestro ordenamiento jurídico las garantías pueden ser personales o reales.

La cláusula penal no es una garantía en sentido estricto, pues ni amplía ni refuerza el patrimonio respecto al cual el acreedor podrá intentar hacer efectivo su crédito, ya que la penalidad deberá ser pagada, de ser el caso, por el propio deudor.

Así, ante el eventual incumplimiento de la obligación principal por el deudor, si el acreedor decidiera hacer efectiva la penalidad convenida, ante la insolvencia del deudor, el acreedor nada cobraría.

En tal sentido, no podríamos afirmar que la cláusula penal constituye una garantía propiamente dicha. Lo único que podríamos decir válidamente es

9 Cfr. BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1986, Octava Edición actualizada, tomo I, p. 196.

10 Cfr. LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 419.

11 *Ibidem*.

que la cláusula penal, en cierta forma, refuerza o «garantiza de mejor manera» los intereses del acreedor en ver satisfecho su crédito o, subsidiariamente, en cobrar la penalidad estipulada.

No siendo una obligación de objeto plural, la obligación pactada con cláusula penal otorga una posibilidad adicional al acreedor afectado por el incumplimiento del deudor, para —mientras dicho deudor sea solvente— satisfacer sus intereses con el cumplimiento, voluntario o forzoso, de la prestación accesoria.

En este punto cabría formular una interrogante: ¿la cláusula penal constituye un estímulo al cumplimiento regular de la obligación o un estímulo a no dejar de cumplir?

Esta pregunta, que parecería ser un juego de palabras, no es tal, pues la cláusula penal no induce al deudor a que cumpla, ya que las motivaciones del cumplimiento se derivan, en el terreno jurídico, de la propia naturaleza de la obligación y, en el terreno moral, del cumplimiento de la palabra empeñada.

La cláusula penal, si su cuantía o magnitud es determinada como suficientemente severa, hará que el deudor pueda disuadirse de incumplir con la obligación, dado que las consecuencias del incumplimiento podrían ser mucho más severas que las del cumplimiento regular.

Es claro que la cláusula penal no le da mayor fuerza obligatoria a una relación jurídica, pues tal situación se presenta por el solo hecho de haber nacido una obligación en virtud de una norma legal o de la voluntad humana.

En otras palabras, asumiendo un sentido coloquial, podríamos afirmar que una obligación no es más obligación que otra por el hecho de haberse pactado en ella una penalidad.

2.3. *Función compulsiva e indemnizatoria de la cláusula penal*

Existen autores que sostienen que la cláusula penal tiene una función ambivalente, es decir, que cumple a la vez una función compulsiva e indemnizatoria.¹²

En este sentido, Giorgi¹³ manifiesta que cuando se pacta una cláusula penal se añade al contrato una convención accesoria, por la que el deudor

12 Entre los autores que sostienen esta posición se encuentran Ripert y Boulanger (RIPERT, Georges y Jean BOULANGER. *Tratado de Derecho Civil*. Buenos Aires: La Ley, 1958, tomo IV, p. 494. Citados por LLAMBIÁS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. Op. cit., tomo I, p. 418) y Dávila Gonzales (DÁVILA GONZALES, J. *La obligación con cláusula penal*. Madrid: 1992 pp. 53 y ss.).

13 GIORGI, Giorgio. *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*. Expuesta conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italiana, francesa, alemana, etc. Traducida de la séptima edición italiana y anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas, por la redacción de la Revista General de la Legislación y Jurisprudencia. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1909, volumen IV, pp. 462-466.

si deja de cumplir su promesa principal, queda tenido a dar alguna cosa al acreedor para compensarlo de la pérdida que le produce la falta de ejecución del contrato. La finalidad de la cláusula penal es reforzar el vínculo contractual y establecer una indemnización convencional.

Por nuestra parte, al afirmar la posibilidad de que la cláusula penal pueda cumplir por lo menos una, pero incluso más de una, función, consideramos que ella puede tener una función ambivalente, siendo a la vez compulsiva e indemnizatoria.

Tal concepto nos parece acertado. Sin embargo, también nos da pie para afirmar que no se trata sólo de una dualidad, sino de una eventual pluralidad de funciones de la cláusula penal.

2.4. Función punitiva de la cláusula penal

Cierto sector de la doctrina pone de relieve el carácter punitivo de la cláusula penal. Así, Luis Díez-Picazo¹⁴ la considera como «una sanción convencionalmente establecida del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso. De ahí su nombre de pena y de multa convencional».

Por nuestra parte, creemos acertado considerar el carácter punitivo de la cláusula penal. Sin embargo, lo hacemos cuidadosamente, pues la punición puede ser entendida como sanción justa o como sanción injusta o desproporcionada.

Creemos que en ambos casos la cláusula penal tendría función punitiva y, más allá de los sistemas de la mutabilidad o inmutabilidad de la institución, en los dos supuestos se admite el pacto de las penalidades que correspondan, en la realidad de los hechos, al monto de los daños y perjuicios causados o a montos que superen tales daños y perjuicios.

Creemos que la finalidad punitiva de la cláusula penal siempre estará presente, sea en un caso o en el otro, pero se apreciará con mayor nitidez su carácter sancionatorio cuando ella guarde desproporción, por exceso, con la prestación incumplida.

Por lo demás, resulta evidente que no podríamos hablar de una función punitiva en aquellas cláusulas penales diminutas, pactadas fundamentalmente con el objeto de limitar la responsabilidad del deudor ante el incumplimiento de sus obligaciones, porque aquí no habría sanción alguna.

2.5. Función de simplificación probatoria de la cláusula penal

Se puede observar en la cláusula penal, además del carácter compulsivo o indemnizatorio que presenta, un pacto relativo a la carga de la prueba del

14 Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Editorial Tecnos, 1979, tomo I, p. 160.

daño. En este orden de ideas, el acreedor podría exigir el cumplimiento de la cláusula penal sin probar la existencia misma del daño, ni demostrar el *quantum* del perjuicio. Sin embargo, ella no se deberá si el deudor prueba que no se ha producido daño. Se trata, en suma, de una reversión de la carga probatoria.

No obstante, Aída Kemelmajer de Carlucci¹⁵ sostiene que la función de simplificación probatoria no puede admitirse sin reservas en aquellos ordenamientos en los cuales el deudor no se libera, acreditando que el daño no se ha producido, como es el caso del Derecho argentino y del peruano.

El artículo 1343 del Código Civil peruano señala que la cláusula penal sólo podrá exigirse cuando el incumplimiento se deba a causa imputable al deudor, es decir, cuando el deudor haya incumplido totalmente su obligación o la haya cumplido irregularmente por dolo, culpa inexcusable o culpa leve, salvo que mediara pacto en contrario. Por eso no se exige, en principio, probar los daños y perjuicios sufridos.

Resulta evidente que la cláusula penal, dentro de sus funciones, tiene una de simplificación probatoria, en la medida de que si las partes efectúan un avalúo convencional y anticipado de los eventuales y futuros daños y perjuicios que podría ocasionar el incumplimiento de la obligación o su cumplimiento irregular, tal avalúo tendría por objeto evitar el debate en un proceso judicial acerca de su existencia y cuantía.

Pensamos que dentro del terreno teórico, y sin entrar al análisis de la legislación nacional, la función de simplificación probatoria reviste gran utilidad, en tanto y en cuanto la probanza del monto de los daños y perjuicios constituye uno de los temas de mayor dificultad en todo proceso judicial, en el que con frecuencia puede probarse la efectiva producción de dichos daños y perjuicios, pero no se llega a acreditar el monto o cuantía exacta de éstos.

El caso más notorio donde podría presentarse este problema es cuando los daños y perjuicios comprenden el daño moral, que, según parecer absolutamente mayoritario de la doctrina, resulta aquél de más difícil probanza en lo que respecta a su exacta magnitud.

2.6. Función resolutoria de la cláusula penal

De las diversas funciones que la doctrina suele asignar a la cláusula penal, la resolutoria es una de las más discutibles.

Es claro, para quienes están en desacuerdo con este principio, que la ejecución de la cláusula penal no implica la resolución del contrato, dado que la cláusula penal y la resolución contractual son dos figuras jurídicas distintas.

15 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 13. Lo expresado por la citada profesora se basa en el artículo 656 del Código Civil argentino.

Por ello, corresponde analizar si la cláusula penal, cuando se hace efectiva, conduce a la resolución del contrato, fuente de la obligación principal.

Para tal efecto, precisa distinguirse si se trata de una cláusula penal compensatoria o moratoria.

Dentro de los supuestos susceptibles de presentarse en las cláusulas penales compensatorias, estaría aquél en el cual la obligación incumplida garantizada con la cláusula penal fuese la única que tenía que ejecutar el deudor o la más importante de todas.

Como se sabe, la cláusula penal compensatoria tiene por finalidad sustituir la prestación incumplida. En tal sentido, si el acreedor perjudicado decidiera ejecutar la penalidad pactada, es evidente que ya no podría subsistir la obligación principal; o, dicho en otras palabras, el deudor no podría continuar obligado a cumplir la prestación principal.

En tal orden de ideas, si en los hechos ese deudor ya no está obligado a cumplir con la prestación principal, tal situación configuraría un caso muy similar al de la resolución de los contratos, pues la resolución tiene por finalidad dejar sin efecto un contrato por la existencia de un vicio sobreviniente al tiempo de su celebración. En este caso, analógicamente, dicho vicio se configuraría por el incumplimiento de la obligación principal del deudor.

Es claro que si la obligación principal ya no se debe, porque el acreedor perjudicado prefirió sustituirla por la penalidad pactada, el contrato seguiría existiendo, por ser válido, pero ya no surtiría efectos ni sería capaz de generarlos.

En tal sentido, dicha situación podría describirse como un acto de efectos similares a los de la resolución, pero sin ser, en estricto, un caso de resolución contractual.

Esta última afirmación obedece a que el Código Civil prescribe con claridad los supuestos de resolución contractual, que pueden tener carácter judicial o extrajudicial de conformidad con lo dispuesto por sus artículos 1428, 1429 y 1430. Y entendemos, por lo tanto, que si el acreedor perjudicado no acudiera a alguno de estos mecanismos, no podríamos hablar de una resolución contractual propiamente dicha.

Cabe hacer notar, sin embargo, que consideramos que si la prestación incumplida garantizada con la cláusula penal fuese la de mayor importancia o una de importancia sustancial, o incluso la única asumida por el deudor, sería factible pensar que la cláusula penal tendría una finalidad resolutoria, debido a que el acreedor, en muchos casos, carecería de interés en que el deudor siguiese ostentando jurídicamente tal condición.

La conclusión es distinta, sin duda, cuando la cláusula penal es moratoria. Aquí no se resuelve contrato alguno y el deudor, además de la penalidad por mora, deberá cumplir la prestación principal.

2.7. Función de pena de arrepentimiento de la cláusula penal

Si bien es cierto la función de arrepentimiento no es considerada por la doctrina mayoritaria como propia de la cláusula penal, ella podría presentarse en ciertos casos.

Concretamente, recordamos el caso de las arras penitenciales o de retractación (artículos 1480 a 1483 del Código Civil peruano de 1984), propias de los contratos preparatorios.

Si un deudor decidiera incumplir su obligación, y ésta estuviese respaldada por una cláusula penal, en principio el acreedor tendría derecho a exigir al deudor el cumplimiento de la prestación principal en especie, vale decir, la ejecución de la prestación debida. Lo expresado se presentará fundamentalmente en las obligaciones de dar en que es posible la ejecución forzosa de la prestación principal.

Sin embargo, en las obligaciones de hacer y de no hacer, en las que no se pueda exigir el cumplimiento forzoso de la obligación (porque para ello el acreedor tendría que emplear violencia contra la persona del deudor), el acreedor deberá resignarse al incumplimiento de la prestación debida, pudiendo únicamente recurrir a la vía indemnizatoria que, en estos casos, estaría respaldada por la indemnización anticipada contenida en la cláusula penal.

3. CONCLUSIONES EN TORNO A LA FUNCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL EN EL MARCO DE LA LEGISLACIÓN PERUANA

Creemos que resulta necesario referirnos a cada una de las funciones que en teoría cumple la cláusula penal y confrontarlas con el régimen legal peruano.

En cuanto a la función compulsiva de la cláusula penal, como hemos mencionado oportunamente, ésta estará presente como un elemento que refuerce el cumplimiento de las obligaciones sin constituir, en estricto, una garantía en términos jurídicos.

Dentro del régimen legal peruano, tal como lo establecen los artículos 1341 y 1342 del Código de 1984, la función compulsiva de la cláusula penal puede ser tanto compensatoria como moratoria.

Si fuera compulsiva y compensatoria, estaría destinada a sustituir la prestación incumplida por la penalidad pactada (perdiendo el deudor que incumple el derecho a la contraprestación, si la hubiere).

Por otra parte, la función compulsiva moratoria estará circunscrita a indemnizar la mora en el pago.

Desde el punto de vista de la función compulsiva de la cláusula penal, si ella fuere compensatoria, el carácter compulsivo estaría dado en conducir a que el deudor no incumpla con la prestación debida y a que no la cumpla de manera parcial o defectuosa. En otras palabras, la cláusula penal compensatoria buscará que el deudor no deje de cumplir de manera íntegra e idónea.

En cambio, la cláusula penal moratoria tendrá como función compulsiva el hacer que el deudor no deje de cumplir en tiempo oportuno, pues se vería expuesto a incurrir en mora y a que se desencadene la sanción correspondiente.

Resulta claro que la norma contenida en el artículo 1346 del Código Civil, en el sentido de que el juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva, relativiza —de alguna manera— la función compulsiva de la cláusula penal, en la medida en que al haber adoptado el Código Civil peruano de 1984 el sistema de la mutabilidad relativa, en la práctica se dan numerosos casos de deudores que, siendo conscientes de la posibilidad legal de alegar el exceso de la penalidad, decidan no cumplir o cumplir tardíamente, teniendo abierta la posibilidad para reclamar judicialmente la reducción de la pena.

De otro lado, no hay que olvidar que la parte final del artículo 1346 del Código Civil permite al deudor solicitar al juez que proceda a reducir equitativamente la pena cuando la obligación hubiese sido en parte o irregularmente cumplida, situación que si bien no es discutida en el plano teórico por la doctrina, sí constituye un factor que resta atribuciones compulsivas a la cláusula penal pactada.

En adición a lo expresado, debemos recordar que la reducción de la cláusula penal viene siendo interpretada por los tribunales peruanos de manera subjetiva, vale decir, con prescindencia de los medios probatorios que, teóricamente, deberían aportar los deudores incumplientes para demostrar que la penalidad tenía carácter excesivo.

Esta situación ha conducido a que el tema se deje al arbitrio subjetivo de los tribunales de justicia, con la «comodidad» para el deudor que alega el exceso de la pena de no tener, necesariamente, que probar la existencia de dicho exceso.

Será evidente, por lo demás, que en la mayoría de los casos el acreedor se encontrará en una situación incómoda, pues de no haber pactado la indemnización por daño ulterior el proceso judicial iniciado por el deudor se reduciría a que este último probase un monto menor a la pena pactada por concepto de indemnización por daños y perjuicios; o, en todo caso, que tal deudor nada pruebe y deje a criterio de los jueces el efectuar una valoración equitativa, reduciendo el monto de la penalidad, si la considerara excesiva.

En segundo lugar, y en lo que respecta a la función indemnizatoria de la cláusula penal, dentro del marco legal peruano es indudable que ésta tiene una

finalidad claramente indemnizatoria, de conformidad con lo establecido por el artículo 1341 de la ley civil.

En adición, hacemos hincapié en que la cláusula penal siempre cumplirá una función indemnizatoria, tanto cuando ella pudiera corresponder, en su monto, a la cuantía de los daños y perjuicios verdaderamente causados, como cuando resultare diminuta o excesiva.

Si la cláusula penal fuere diminuta y no se hubiere pactado la indemnización del daño ulterior, resulta evidente que el acreedor no podría demandar el aumento de la pena estipulada, y aquello que cobre indemnizará parcialmente los daños y perjuicios causados. En tal sentido, por más que la indemnización de los daños y perjuicios fuera sólo parcial, resulta indudable que la cláusula penal seguiría teniendo función indemnizatoria.

Y, en el otro extremo, si la cláusula penal fuese excesiva en comparación con los daños y perjuicios causados, pero el deudor, por los motivos que fuere, no solicitara su reducción, dicho deudor tendría que pagarla en su integridad. En este caso, si bien es cierto que el deudor pagará una indemnización mayor que los daños y perjuicios realmente causados, ésta indudablemente también cumplirá una función indemnizatoria. La tendrá en la parte correspondiente a los daños y perjuicios realmente causados (lo que resulta obvio), pero también en lo que respecta a los daños no causados, pues la cláusula penal constituye un pacto anticipado de indemnización ante un eventual incumplimiento del deudor.

En adición, si el deudor no reclama ante los tribunales la eventual reducción de la penalidad convenida, tal renuncia constituye, en nuestro concepto, una ratificación tácita de que los términos pactados como penalidad constituyen fiel reflejo de aquéllos que posteriormente se causaron.

Por otra parte, y teniendo en cuenta que la tercera función que la doctrina asigna a la cláusula penal es la punitiva o sancionatoria, resulta evidente que una penalidad tendría función punitiva en la medida en que el monto de ésta exceda la cuantía real de los daños y perjuicios ocasionados, pero que, adicionalmente, se llegue a pagar por el deudor incumpliente.

Ahora bien, si tenemos en consideración las facultades que el Código Civil de 1984 otorga al deudor para solicitar judicialmente la reducción de la penalidad, por estimarla manifiestamente excesiva, y si el deudor lograra que ésta se redujera, ello nos demostraría que el sistema adoptado por el Código nacional puede conducir a que la cláusula penal carezca de función punitiva.

Por otra parte, la función punitiva podría mantenerse vigente en la medida en que el deudor, a pesar de que los daños y perjuicios sean menores que la penalidad pactada, no reclame su reducción. En estos casos, se debería entender que dicho deudor estaría aceptando tácitamente ser sancionado con la penalidad pactada.

Pero debemos reconocer que este último supuesto resultaría, en la práctica, sumamente extraño, y que en el Perú la función punitiva o sancionadora de la cláusula penal se encuentra relativizada.

En cuarto lugar, hemos mencionado que la doctrina asigna a la cláusula penal una función de simplificación probatoria.

En efecto, como sabemos, se critica al Código Civil de 1984 porque la posibilidad de modificar el monto de la penalidad desnaturalizaría la institución bajo análisis, pues si el deudor puede solicitar su disminución cuando fuera manifiestamente excesiva, y si se faculta al acreedor para pedir el aumento de la penalidad cuando fuese diminuta (en caso de pacto de daño ulterior), las partes tendrían que ingresar, necesariamente, a la probanza de los daños y perjuicios, lo cual importa incurrir en lo que se quiso evitar mediante la estipulación de la cláusula penal.

Dicho en otros términos, ¿qué sentido tendría pactar una penalidad si, una vez verificada la inejecución, las partes se verían irremediablemente sumergidas en un engorroso proceso en el que tendrían que demostrar que los daños derivados del incumplimiento son en verdad mayores o menores —dependiendo del caso— que el monto de la cláusula penal?

Cabe señalar que este problema no se soluciona atribuyendo a quien solicite la modificación de la pena, la carga de probar que los daños infringidos sean mayores o menores que la penalidad pactada. En efecto, en los supuestos en que se solicite la reducción del monto de la pena, el deudor tendrá la carga de probar que los daños derivados de la inejecución son menores a la suma pactada.

Sin embargo, un acreedor diligente, consciente de la posibilidad de que se reduzca el monto de la pena, de todas maneras entrará al tema probatorio, aun cuando esta carga no le sea impuesta legalmente, a efectos de demostrar que los daños sufridos coinciden con el monto establecido en la cláusula penal o que, incluso, son superiores a dicho monto.

Lo propio ocurre en el supuesto en que se solicite el aumento de la penalidad, habida cuenta de que, aun cuando el acreedor tenga que demostrar que los daños resultantes de la inejecución se encuentran por encima de la pena pactada, el deudor —qué duda cabe— buscará demostrar que la cláusula penal no solamente es suficiente sino, inclusive, excesiva, solicitando su reducción proporcional.

En ambos casos, la probanza de los daños y perjuicios es inevitable.

Por otra parte, un sector de la doctrina señala que la cláusula penal tiene una función resolutoria.

Sobre el particular, simplemente diremos que las ideas allí vertidas resultan de plena aplicación al régimen legal impuesto por el Código Civil peruano de 1984.

Luego, otro sector de la doctrina señala que la cláusula penal tiene la función de pena acumulativa.

En el caso del Código Civil peruano, y salvo que se hubiese pactado algo distinto, sólo podría cumplir función de pena acumulativa, en la medida de que se tratara de una cláusula penal moratoria, ya que el cobro de ésta resultaría independiente del cobro de la prestación principal.

El Código nacional señala expresamente este concepto en su artículo 1342, precepto que establece que «Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación». Pero, independientemente del texto citado, para nosotros es claro que ello fluye de la propia naturaleza de la institución.

Por otra parte, si la cláusula penal fuese compensatoria, y a pesar de que la citada norma no lo diga, se desprende de la naturaleza de la cláusula penal el que ésta no pueda acumularse a la prestación *in natura*, prohibición que, en cambio, sí es establecida expresamente por el artículo 1383 del Código Civil italiano de 1942.

De otro lado, recordemos que un sector de la doctrina sostiene que la cláusula penal cumple la función de pena de arrepentimiento.

En principio, la cláusula penal no tiene como objeto primordial constituir una pena de arrepentimiento, encontrándose históricamente centrada dicha función en las arras penitenciales o de retractación, tema regulado por los artículos 1480 a 1483 del Código Civil peruano de 1984.¹⁶

Como percibirá el lector, si bien es cierto que al analizar el tema en términos generales le hemos negado a la cláusula penal, como una de sus funciones primordiales, la de ser una pena de arrepentimiento, hemos admitido que la puede tener con carácter subsidiario, en la medida de que, tratándose de una cláusula penal compensatoria, el acreedor perjudicado no pueda exigir el cumplimiento *in natura* de la prestación incumplida, sea porque ésta devino en imposible o porque para su ejecución se tendría que emplear violencia contra la persona del deudor.

Esta última situación se planteará, fundamentalmente, en aquellas obligaciones de hacer y de no hacer cuyo cumplimiento se encuentre respaldado por una cláusula penal.

16 El contenido de los citados artículos es el siguiente:

Artículo 1480.- La entrega de las arras de retractación sólo es válida en los contratos preparatorios y concede a las partes el derecho de retractarse de ellos.

Artículo 1481.- Si se retracta la parte que entrega las arras, las pierde en provecho del otro contratante.

Si se retracta quien recibe las arras, debe devolverlas dobladas al tiempo de ejercitar el derecho.

Artículo 1482.- La parte que recibe las arras puede renunciar al derecho de retractación.

Artículo 1483.- Si se celebra el contrato definitivo, quien recibe las arras las devolverá de inmediato o las imputará sobre su crédito, según la naturaleza de la prestación.

Para tal efecto, podemos citar lo dispuesto por los artículos 1150 y 1158 del Código Civil peruano, referidos a las obligaciones de hacer y de no hacer, respectivamente, cuando expresan que su incumplimiento por culpa del deudor, faculta al acreedor a optar, entre otras medidas, por exigir la ejecución forzada del hecho o abstención prometidos, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor.

Finalmente, cabe señalar que la doctrina asigna a la cláusula penal una función moratoria.

Sobre el particular, nos limitaremos a expresar que las doctrinas generales sobre el tema resultan de entera aplicación al Derecho peruano, en especial lo establecido en el numeral 1342 del Código de 1984.

4. CONCLUSIONES

De lo expuesto en este análisis, se infiere que existe concordancia entre la teoría general de la funcionalidad de la cláusula penal y su aplicación dentro del marco normativo del Código Civil peruano, cumpliendo esta figura una función polivalente.

Todo ello, incluso, no obstante la presencia de la primera parte del artículo 1346, norma que permite al deudor solicitar al juez la reducción equitativa de la pena, cuando ella sea manifiestamente excesiva.

Sin embargo, debemos dejar constancia de que sí creemos que dicha norma atenta contra algunos aspectos de la funcionalidad de la cláusula penal. Sin embargo, este análisis será objeto de otro estudio.¹⁷

17 A mayor abundamiento, se puede consultar nuestra obra «Tratado de Derecho de las Obligaciones» (OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Op. cit.*, 2014, vol. VI, pp. 2688 y ss.).

LA VULNERABILIDAD DEL SISTEMA REGISTRAL DENOMINADO MATRÍCULA DE ACCIONES Y DE OTROS REGISTROS FÍSICOS ALTERNATIVOS

Oswaldo Hundskopf Exebio

I. Introducción

Tres son las razones que nos motivan a desarrollar el tema elegido, para lo cual hemos optado por un título deliberadamente expresivo y a la vez audaz, siendo tales razones las siguientes:

- 1.- El hecho que nos encontremos al inicio del décimo sexto año de vida de la Ley General de Sociedades, Ley N° 26887, en adelante simplemente LGS, la que si bien fue aprobada y publicada el 9 diciembre de 1997, entró en vigencia a partir del 01 de enero de 1998, cuerpo legal que por su contenido e importancia ha merecido y merece una continua y permanente revisión, pues sin lugar a dudas es una ley bastante buena para la época en la que se aprobó, siendo perfectible en el tiempo, lo que ha dado lugar a que a lo largo de los años transcurridos, se aprueben algunas normas legales que han modificado artículos específicos¹ sin alterar su estructura original. Las modificaciones han consistido en la aprobación de textos sustitutorios, precisiones o cambios en la redacción, incorporación de párrafos adicionales, e incorporación de artículos auxiliares y complementarios de otros.
- 2.- El hecho que por iniciativa del propio gobierno y, específicamente, del Ministerio de Justicia, por Resolución Ministerial 0182-2014-JUS del 8 de agosto del 2014 se haya conformado un Grupo Especial de Trabajo, que si bien ha recibido el encargo de revisar y proponer mejoras respecto de la LGS, en la práctica está trabajando, de manera pausada pero muy seria, un proyecto integral de una nueva ley, en el que sin duda se incorporarán muchas reformas y cambios que la dinámica de las actividades económicas y mercantiles exigen, el cual será presentado al Congreso de la República.

¹ Las leyes modificatorias son las siguientes: 26931, 27017, 27146, 27287, 27303, 27649, 28160, 28233, 28370, Decretos Legislativos 1061 y 1070, 29566, 29720, 29782 y 30050.

Para algunos especialistas en materia societaria, suficiente sería mejorar la redacción, corregir o ampliar algunos artículos; sin embargo, otros consideran acertada la decisión de elaborar una nueva ley, y cambiar o eliminar determinadas instituciones societarias, o incorporar algunas nuevas figuras que se han diseñado en la doctrina y en la praxis societaria.

- 3.- El hecho que en los últimos meses se han revelado y hecho públicas algunas operaciones irregulares y/o ilícitas de mafias o grupos organizados que han utilizado subterfugios, buscando ventanas u omisiones tanto en la LGS como en otras normas legales vinculadas o conexas, para ejecutar actos ilícitos y hasta delincuenciales que han perjudicado a terceras personas. Una de las tantas modalidades a las cuales se ha recurrido, y cuando las circunstancias lo han permitido, es utilizar la regulación actual del sistema de registro del movimiento de acciones de una sociedad anónima, denominada matrícula de acciones, siendo así que cuando este sistema se ha llevado a través de un libro u hojas sueltas, es decir en soporte físico, bajo el pretexto que el libro se ha extraviado o se ha destruido, aquellas personas que actúan al margen de la ley han tramitado duplicados en notarías o juzgados que se han prestado para legalizar los libros sin tomar las precauciones adecuadas, y luego de ello han reconstruido asientos con firmas adulteradas o falsificadas, o se han elaborado asientos específicos con una composición accionaria que difiere de la realidad, y a base de ella se han convocado a juntas generales de accionistas, utilizando sostenidamente la modalidad de las juntas universales con la supuesta concurrencia del 100% de los titulares de las acciones, obviamente con el propósito de prescindir de las convocatorias y evitar la publicidad, y con el objeto de hacer participar en las juntas a personas que fraudulentamente aparecen con derecho inscrito en el duplicado de la matrícula de acciones, aprobándose actos de disposición sobre determinados bienes de la sociedad, como por ejemplo, adjudicaciones en pago con bienes muebles o inmuebles respecto de obligaciones inexistentes o fraudulentas, o aportes a la constitución o al aumento de capital de otras sociedades, o simplemente por negocios jurídicos de compraventa, arrendamiento, usufructo, constitución de derechos de superficie, concesiones, etc. Es sobre todo esta tercera y última razón la que nos motiva a analizar el tema, con la idea de contribuir a la necesaria y urgente tarea de establecer y/o reforzar las medidas o mecanismos de control en aras de la seguridad jurídica, teniendo en cuenta que en la utilización de la matrícula de acciones participan empresarios, gerentes, abogados, notarios públicos, registradores, árbitros y jueces, y que por lo tanto su uso fraudulento, lamentablemente arrastra, ensucia y mancha a muchos profesionales involucrados en tales irregularidades.

No obstante ello, y con el propósito de identificar las modalidades de uso que se vienen dando apoyándose en la vulnerabilidad del sistema registral denominado como matrícula de acciones, hemos considerado oportuno y necesario referirnos al marco legal general existente a la fecha, para luego de ello, y a manera de conclusión, proponer algunas medidas de protección.

Entrando al tema elegido, dentro del marco legal propio de las sociedades anónimas, contenido en la LGS, se ha regulado lo relacionado a la creación y emisión de acciones, sus transferencias, canjes y desdoblamientos, la constitución de derechos y gravámenes sobre ellas, las limitaciones, restricciones y prohibiciones a su transferencia y a su afectación, y los convenios que versen sobre acciones o que tengan por objeto el ejercicio de los derechos inherentes a ellas. Todos estos actos se registran, en la denominada “matrícula de acciones” que se lleva en de manera física, en un libro especialmente abierto a dicho efecto, o en hojas sueltas debidamente legalizadas, siendo ambas modalidades potencialmente vulnerables, o bien mediante anotaciones en cuenta o en cualquier otra forma que permita la ley, pudiéndose usar simultáneamente dos o más de los sistemas descritos, aunque si hubiese discrepancia prevalecerá lo anotado en el libro o en las hojas sueltas, según corresponda. Nos encontramos, en consecuencia, frente a un régimen básicamente reservado y confidencial, en el sentido de que no está abierto al público, pues la matrícula de acciones es un registro privado y, por tanto, es un registro jurídico que está fuera de la administración de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (SUNARP), situación que no impide que el derecho inscrito en la matrícula de acciones pueda ser acreditado por toda persona que ostente la calidad de accionista para los efectos de ejercer sus derechos por tener legítimo interés económico, pudiendo además exigir constancias o certificaciones que deberá expedir el gerente de la sociedad.

Tratándose de un libro o registro privado, conforme a lo estipulado en los incisos 1 y 7 del artículo 190 de la LGS, el gerente es particularmente responsable por su existencia y regularidad, así como por la veracidad del contenido de las constancias y certificaciones que expida.

De manera complementaria a la LGS, y en relación con el tema elegido, es pertinente comentar también la Ley de Títulos Valores, Ley 27287, en adelante LTV, vigente desde el 17 de octubre del 2000, pues allí se adopta una clara posición en el sentido de considerar a las acciones de las sociedades anónimas como “valores mobiliarios” -que son una clase especial de títulos valores-, y comentar también el régimen legal del mercado de valores, ya que las acciones de las sociedades emisoras que se han inscrito en el Registro Público de la ex Conasev, hoy Superintendencia del Mercado de Valores (SMV), se negocian en bolsa, y se compensan y liquidan a través de una entidad denominada Cavali ICLV S.A. (Cavali), entidad en la que también se registran las garantías que se constituyen sobre esas acciones, dejando en claro que en este último régimen

son muy remotas las posibilidades de elaborar algún mecanismo fraudulento que vulnere su sistema de registro el cual tiene esencialmente un soporte electrónico.

Como metodología de trabajo, y como ya lo hemos adelantado, analizaremos en primer lugar la naturaleza jurídica de las acciones en la doctrina societaria; luego comentaremos en segundo lugar el régimen de las acciones en la LGS, en la LTV y nos referimos en tercer lugar, al régimen diseñado en el Decreto Legislativo N° 861 - Ley del Mercado de Valores, en adelante simplemente LMV (cuyo T.U.O. ha sido aprobado mediante Decreto Supremo N° 093-2002-EF), para luego de esta presentación trilateral, comentar los derechos que tienen los titulares de las acciones de las sociedades anónimas, citar a manera de ejemplo casos reales de utilización fraudulenta, omitiendo claro está, los nombres de los involucrados, para finalmente proponer algunas medidas de protección que se podrían adoptar.

II. Naturaleza jurídica de las acciones en la Doctrina Societaria

En la doctrina del derecho societario y en el derecho comparado hay prácticamente unanimidad en explicar la naturaleza jurídica de las acciones de las sociedades anónimas, aceptando la necesaria concurrencia de tres diferentes acepciones o conceptos que se confunden en uno solo, en una suerte de simbiosis, y que son: la acción como parte alícuota del capital social, la acción como fundamento de la condición de socio – y como tal, titular de un conjunto de derechos y obligaciones – y la acción como título valor.

Como bien señala Enrique Elías Laroza², “no es de extrañar que el término “acción” exprese conceptos diferentes porque en realidad sus distintas acepciones son complementarias y tienen raíces comunes, ya que, en efecto, los tres conceptos están siempre presentes: la representación del capital en porciones, el conjunto de derechos y obligaciones que se derivan de la tenencia de esas partes alícuotas, y el vehículo necesario para ejercerlos”.

- a) La acción como parte alícuota del capital social. Para esta acepción, la acción representa una cuota parte o fracción del capital social de la sociedad anónima, capital que requiere fragmentación y representación para poder pasar, de manera tangible, a manos de los socios participantes. Esta fragmentación tiene que ver con la necesidad de cuantificar los aportes que los accionistas hacen a favor de la sociedad y también con la necesidad de entregarles las cuotas o partes equivalentes al valor de sus aportes. Cuantos mayores sean los aportes, más cuotas partes o fracciones del capital, le corresponderán al accionista aportante.

2 ELÍAS LAROZA, Enrique. Derecho societario peruano. Tomo I. Trujillo. Editora Normas Legales, 1999, p.193.

- b) La acción como expresión de la calidad de socio o como fundamento de la condición de socio. Según esta acepción, a cada cuota, parte o fracción del capital social le corresponde un conjunto de derechos y obligaciones que le confiere a su titular el estatus de socio. Como bien señala Ulises Montoya Manfredi³ “hay quienes aluden a una “relación jurídica” en la que están comprendidas todas las relaciones jurídicas de carácter subjetivo que se derivan de la condición de socio, como la emergente del vínculo establecido entre un individuo y un determinado ordenamiento jurídico que, aun siendo de naturaleza privada, los derechos y facultades que se conceden a sus miembros obedecen a un criterio unitario para el logro de un fin patrimonial”.
- c) Acción como título valor o como bien mueble. Esta acepción responde a la necesidad de contar con un documento que los socios puedan hacer valer, que sea a su vez prueba y certificado de su calidad de accionistas, y que puedan transferir a otra persona. Este carácter documental es lo que ha determinado su aptitud para la circulación y la transmisión de los derechos incorporados en la acción, siendo esta acepción de gran importancia, pues fue una de las que impulsó con mucha fuerza a la sociedad anónima como modalidad societaria ideal para el desarrollo de actividades empresariales, junto con la responsabilidad limitada que, como se sabe, únicamente alcanza hasta el monto de los aportes de los socios, características que han sido decisivas y fundamentales para consolidar este tipo societario convirtiéndola en la modalidad elegida mayoritariamente para todo tipo de emprendimiento.

Finalmente, sobre este tema, es pertinente resaltar que nuestro Código Civil, en los incisos 5 y 8 del artículo 886, considera como bienes muebles a los títulos de cualquier clase y a las acciones o participaciones que cada socio tenga en sociedades o asociaciones, aunque a esta pertenezcan bienes inmuebles.

III. Régimen legal de las acciones en la Ley General de Sociedades⁴

vamos a hacer una apretada síntesis de las principales normas reguladoras de las acciones, señalando en primer lugar que la triple acepción a la que hemos hecho referencia anteriormente, se encuentra plenamente incorporada en nuestra legislación societaria, aun cuando se podría admitir, como crítica

3 MONTROYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley de Sociedades Mercantiles. Lima: Imprenta de la UNMSM, 1996, p.193.

4 Sobre este tema específico ver dos artículos del autor, el primero titulado “Régimen legal de las acciones de la sociedad anónima en la LGS”, publicado en Derecho Comercial, Temas Societarios, Tomo III, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, primera edición, año 2000 y el segundo titulado “La prenda de acciones de sociedades anónimas, frente al sistema general de garantías mobiliarias” en Derecho Comercial, Temas Societarios, Tomo VII, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, año 2007, primera edición, pp. 103 y sgtes.

constructiva, que no está suficientemente sistematizada y ordenada. No obstante ello, en el artículo 82 de la LGS se señala que las acciones representan partes alícuotas del capital, que todas tienen el mismo valor nominal, y que dan derecho a solo un voto (una acción = 1 voto), con excepción de la situación especial que se crea por la utilización del sistema del voto acumulativo para la elección del directorio, que constituye una excepción a la regla, y con la situación especial que se da cuando existen las denominadas acciones sin derecho a voto reguladas en el artículo 96 de la LGS.

Cabe destacar que en la LGS se mantiene la prohibición de emitir acciones al portador, la cual proviene del histórico Decreto Supremo 287-68-HC, a través del cual se innovó en nuestro país el régimen del Impuesto a la Renta. Si bien tales acciones se encuentran proscritas desde octubre del año 1968, la legislación societaria que estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 1997 y que fue producto de la unificación societaria aprobada por el Decreto Legislativo 311, las mencionaba expresamente en los artículos 78 (inciso 7), 80 (inciso 7), 107 y 130, aludiendo también a ellas, en los artículos 111, 112, 145 y 223, lo que ya no se da en la vigente LGS.

En los artículos 83 y 84 de la LGS se ha recogido un aspecto de carácter técnico muy interesante: se diferencia con claridad el acto jurídico de la creación de acciones, por el pacto social o por acuerdo de junta general, del acto de la emisión de acciones, una vez suscritas y pagadas, cada una, por lo menos en su cuarta parte, acto que genera el nacimiento y la utilización de los derechos inherentes a ellas. Son dos instantes o momentos, pues primero se pueden crear las acciones y mantenerlas en cartera, sin generar derechos, y luego, en un acto posterior, colocarlas y emitir las, para recién otorgarle a su titular, los derechos correspondientes.

Estos derechos, que corresponden a las acciones emitidas, son independientes del hecho de que las acciones se encuentren representadas por certificados provisionales o definitivos, anotaciones en cuenta o cualquier otra forma permitida por ley.

En cuanto al importe que se debe pagar por las acciones, es en principio el valor nominal, el cual se establece en la escritura pública de constitución social o en el acuerdo de aumento de capital.

La LGS, en su artículo 88, permite que en una sociedad anónima puedan coexistir clases de acciones que se diferencien por los derechos que correspondan a sus titulares, por las obligaciones a su cargo o por ambas cosas a la vez, pero en ningún caso por su valor nominal, pudiendo crearse estas clases de acciones en la escritura pública de constitución o, posteriormente, por acuerdo de la junta general. Sin embargo, todas las acciones de una clase gozarán de los mismos derechos y tendrán a su cargo las mismas obligaciones. El artículo 88

también ha normado el proceso de eliminación de cualquier clase de acciones y la modificación de los derechos y obligaciones de las acciones de cualquier clase, exigiendo el previo cumplimiento de los requisitos para la modificación de estatutos, la aprobación previa en junta especial de los titulares de las acciones de la clase que se elimine, o cuyos derechos y obligaciones se modifiquen, y, en su caso, la aprobación de quienes se vean afectados con tales decisiones, comprendiéndose en ello a la sociedad, otros accionistas o terceros.

Con respecto a la indivisibilidad de las acciones declarada como principio en el artículo 89, se ha establecido que en caso de copropiedad, se debe designar a una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, respondiendo los copropietarios solidariamente frente a la sociedad por las obligaciones que se deriven de su calidad de accionistas.

Conforme al artículo 90 de la LGS, todas las acciones pertenecientes a un accionista deben ser representadas por una sola persona, salvo disposición del estatuto o cuando se trata de acciones que pertenecen individualmente a diversas personas pero que aparecen registradas en la sociedad a nombre de un custodio o depositario. La novedad del texto del artículo 90 es haber introducido la alternativa de dejar librada al estatuto la opción de dispersar la representación entre varias personas, exigiéndose, sin embargo, en estos casos, para el ejercicio del derecho de impugnación de acuerdos, y el derecho de separación, que todos los representantes hubieren votado uniformemente.

Para las sociedades anónimas, la LGS ha dejado de lado la utilización del llamado registro de acciones y transferencias y en su lugar ha optado por referirse a la matrícula de acciones, pero debe precisarse que este cambio de denominación fue introducido a propuesta de la Comisión Permanente del Congreso, siendo básicamente un cambio de forma y no de fondo, pues la matrícula de acciones no deja de ser un registro privado bajo administración y custodia de la gerencia, en el cual se anotan todos los actos y hechos atinentes a las acciones de una sociedad.

La LGS, en su artículo 91, establece lo que para efectos del presente trabajo es de singular importancia, señalando que la sociedad considera propietario de la acción a quien aparezca como tal en la matrícula de acciones, y que cuando se litigue la propiedad de éstas, admitirá el ejercicio de los derechos de accionistas por quien aparezca registrado en la sociedad como su propietario, salvo mandato judicial en contrario. Esta disposición ratifica la naturaleza privada de la matrícula de acciones de cuyo contenido deriva una presunción de legitimidad para el ejercicio de los derechos corporativos a favor de las personas que en ella aparezcan.

Conforme al artículo 92 de la LGS, en la matrícula de acciones se anotan los siguientes actos:

- La creación de acciones, cuando corresponda;
- La emisión de acciones, estén representadas por certificados provisionales o definitivos;
- Las transferencias, canjes y desdoblamientos de acciones;
- La constitución de derechos y gravámenes sobre las acciones;
- Las limitaciones a la transferencia de acciones;
- Los convenios entre accionistas o de accionistas con terceros, que versen sobre las acciones o que tengan por objeto el ejercicio de los derechos inherentes a ellas.

Con relación a todos los actos anteriormente mencionados y que se deben anotar en la matrícula de acciones, la enumeración que se hace es meramente enunciativa y no limitativa, pues la matrícula tiene por finalidad acreditar frente a la sociedad y frente a terceros el contenido completo de las acciones, las personas naturales o jurídicas que son sus titulares y sus derechos y obligaciones. Tales anotaciones surten efectos entre las partes desde su celebración excepto cuando la ley o voluntad común de los intervinientes dispongan su eficacia diferida. La inscripción en la matrícula no es constitutiva pero sí obligatoria, debiendo destacar que la titularidad a favor de una persona no es oponible a la sociedad hasta su efectiva comunicación y correspondiente anotación, y que por mandato legal la sociedad sólo reconoce como titular, usufructuario o acreedor garantizado, a quien aparezca como tal en la matrícula, y sólo respetaría los acuerdos provenientes de convenios celebrados entre socios o entre éstos y terceros que le sean debidamente comunicados.

Respecto de la forma como se lleva la matrícula de acciones, como se ha señalado en la introducción, la ley permite que se lleve en un libro abierto para tal efecto, en hojas sueltas, mediante anotaciones en cuenta, o en cualquier otra forma que aquella permita, pudiéndose llevar simultáneamente dos o más de los sistemas anteriormente mencionados.

Las acciones emitidas, cualquiera sea su clase, se representan por certificados, por anotaciones en cuenta o por cualquier otra forma que permita la ley. Respecto a los certificados de acciones, sean provisionales o definitivos, estos deberán contener por lo menos la siguiente información:

- La denominación de la sociedad emisora, su domicilio, duración, la fecha de la escritura pública de constitución, el notario ante el cual se otorgó y los datos de inscripción de la sociedad en el registro.
- El monto del capital y el valor nominal de cada acción.
- Las acciones que representa el certificado, la clase a la que pertenecen, y los derechos y obligaciones inherentes a la acción.
- El monto desembolsado, o la indicación de estar totalmente pagadas.

- Los gravámenes o cargas que se pueden haber establecido sobre la acción.
- Cualquier limitación a su transmisibilidad.
- La fecha de emisión y número del certificado.

Cabe agregar que conforme al párrafo final del artículo 100 de la LGS, salvo disposición contraria establecida en el estatuto, el certificado de acciones debe ser firmado por dos directores de la sociedad emisora, como mecanismo que certifique la declaración de voluntad contenida en dicho título.

En cuanto a la transmisión de acciones representadas por certificados u otros títulos físicos, ella se podrá acreditar con la entrega a la sociedad del certificado, con la constancia de la cesión hecha a nombre del adquirente o por cualquier otro medio escrito. Sin embargo, para que la transferencia resulte oponible a terceros y principalmente sea aceptada y reconocida por parte de la sociedad emisora –vale decir, para que ésta reconozca al nuevo titular como accionista, con todos los derechos y obligaciones inherentes a tal calidad-, resulta indispensable que la cesión realizada, sea efectuada por quien aparezca en la matrícula como propietario de las acciones o su representante, y se inscriba en la matrícula de acciones de la sociedad.

En efecto, si bien la inscripción o registro en la matrícula de acciones no es constitutiva del derecho real de propiedad, el registro de la transferencia en la matrícula de acciones constituye un medio eficaz de comunicación a la sociedad para que el nuevo propietario sea reconocido como accionista. Se elimina de esta forma la posibilidad de que se presenten “dos titulares” de las mismas acciones, situación en la cual uno cuenta con un contrato de cesión y el otro con derecho inscrito en la matrícula.

Asimismo, si hubiese dos o más cesiones en el mismo certificado, la sociedad puede exigir que las sucesivas transferencias se acrediten por otros medios, observando las formalidades establecidas en la ley.

En el sistema de representación mediante anotaciones en cuenta, conforme al artículo 216 de la LMV⁵ la titularidad para el ejercicio de los derechos derivados de las acciones representadas, e incluso su transmisión, se acredita con el certificado otorgado por la Institución de Compensación y Liquidación (ICLV) correspondiente, a través de un registro contable, el cual les confiere a sus titulares el ejercicio de los derechos que en él se indican.

Siguiendo en este tema a Palmadera Romero⁶, “el registro contable es el sistema electrónico de representación de valores mediante anotación en cuenta

5 Artículo que fue sustituido por el artículo 59 de la Ley N° 27649 publicada el 23-01-2002.

6 PALMADERA ROMERO, Doris, Manual de la Ley General de Sociedades, Lima- Perú, Gaceta Jurídica, primera edición, noviembre 2009, págs. 156 y 157.

administrado por una Institución de Compensación y Liquidación de valores (ICLV) en el cual se efectúa la inscripción de valores emitidos por emisores nacionales o extranjeros, registro que implica una “desmaterialización” pues el título físico es inhabilitado en forma previa a la anotación en cuenta, ya que el registro contable por sí mismo permite identificar al emisor, el valor respectivo y sus titulares”.

En cuanto a la transferencia de acciones representadas mediante anotaciones en cuenta, éstas operan por transferencia contable, mediante la inscripción de la titularidad en el registro contable de la ICLV, y respecto a la validez legal de dicho registro, de conformidad con el artículo 215 de la LMV⁷, quien aparezca con derecho inscrito en los asientos del registro contable de la ICLV es reputado titular legítimo y puede exigir a la sociedad emisora el cumplimiento de las prestaciones que derivan de las acciones, prevaleciendo la información contenida en el registro contable, respecto de cualquier otra contenida en la matrícula u otro registro.

Ahora bien, como ya la hemos mencionado anteriormente, tanto en la matrícula de acciones como en los certificados de acciones y en las anotaciones en cuenta se deben consignar expresamente las limitaciones a su transmisibilidad, lo que tiene que ver directamente con uno de los derechos inherentes a la condición de acciones y que es el derecho a disponer libremente de ellas, ya sea por transferencia bajo cualesquiera de sus modalidades o entregándoles en usufructo, o bien afectándolas en garantía mobiliaria, siendo este derecho implícito y sobreentendido, por el cual es susceptible y legalmente posible el establecimiento de restricciones, limitaciones e incluso prohibiciones. En ese orden de ideas, lo que sí ha hecho la LGS, a través de su artículo 101, es reconocer dentro de un régimen de libertad contractual muy amplio, que se pueden establecer limitaciones a la transferencia, al gravamen o la afectación de acciones, que pueden ser parte del pacto social o el estatuto, en cuyo caso serán de observancia obligatoria para todos los accionistas, o que se originen en convenios entre accionistas o entre accionistas y terceros que hayan sido notificados a la sociedad, en cuyo caso serán de observancia obligatoria, únicamente por sus suscriptores, debiendo en ambos casos anotarse tales limitaciones, tanto en la matrícula de acciones como en los respectivos certificados.

Cuando las limitaciones constan en el pacto social o en el estatuto, pueden existir desde el acto de constitución o ser producto de una modificación posterior del estatuto social, recordando que en este último caso, al crearse la limitación, se activa uno de los supuestos de procedencia del derecho de separación o derecho de retiro, expresamente incluido dentro del artículo 200 de

7 Artículo que fue modificado por el artículo 58 de la Ley N° 27649.

la LGS. Normalmente estas limitaciones estatutarias se reconocen en la doctrina societaria y se recogen en múltiples legislaciones, conociéndose como cláusulas de tanteo o preferencia mediante las cuales, a través de un procedimiento cuidadosamente regulado en el estatuto, se señala la obligatoriedad de todo accionista que desea transferir sus acciones, de ofrecerlas preferentemente a los demás accionistas, a un determinado precio y forma de pago, a efectos de que, dentro de un determinado plazo, se exprese si desean o no adquirirlas. Así, frente a una oferta que generalmente se hace a través de la gerencia general y que se comunica a los accionistas, se abren tres diferentes posibilidades:

- Que todos los accionistas deseen adquirir las acciones materia de la transferencia, en la forma de pago y precio establecido de antemano, en cuyo caso se debe aplicar el principio de la proporcionalidad o prorrateo.
- Que solamente un accionista o grupo de ellos deseen adquirirlas, en cuyo caso lo harán sin objeción alguna.
- Que ninguno de los accionistas desee adquirirlas, en cuyo caso el accionista ofertante quedará en libertad de transferirlas a terceros.

Este tipo de cláusulas es incompatible y, por tanto, no podría existir en una sociedad anónima abierta (SAA) por atentar contra su propia esencia, tal y conforme lo establece el artículo 254 de la LGS, así como en el caso de una sociedad anónima cerrada (SAC), pues en virtud de lo previsto en el último párrafo del artículo 237 de la LGS, es posible eliminar, a través del estatuto, el derecho de preferencia para la adquisición de acciones por los demás accionistas, lo cual es curioso por decir lo menos, ya que es un derecho que por propia naturaleza parecería propio y consustancial con dicha forma especial de sociedad anónima.

Existe en doctrina otro tipo de limitaciones a la transferencia de acciones que se configuran en las llamadas cláusulas de consentimiento que se incorporan en el estatuto de forma tal que todo accionista que desee transferir sus acciones, debe someter necesaria y obligatoriamente dicha operación a la aprobación de un órgano social que podría ser la junta general de accionistas o el directorio. En mi opinión, en una sociedad anónima ordinaria o clásica no es posible incorporar este tipo de cláusulas, ya que a través de este procedimiento de aprobación previa, podría considerarse una forma encubierta de prohibición a toda transferencia que se someta a la aprobación de un órgano social que recurrentemente se oponga a éstas. Diferente es el caso de la SAC, en la que conforme al artículo 238 de la LGS se permite incorporar al estatuto la referida cláusula de consentimiento previo, pero estableciendo además que en caso de denegatoria del consentimiento a la transferencia, la sociedad queda obligada a adquirir las acciones en el precio y condiciones ofertados.

De otro lado, cuando la limitación emana de un convenio de los expresamente permitidos en el artículo 8 de la LGS, como se ha mencionado anteriormente,

esta limitación obliga única y exclusivamente a los accionistas que hubieren firmado dicho convenio. De esta forma, si uno de los accionistas firmantes desea transferir sus acciones a un precio y forma de pago determinado, no existiendo ninguna limitación estatutaria, aquél se obliga únicamente frente al grupo de accionistas firmantes del convenio, los cuales seguramente se cuidarán de incluir para los supuestos de violación del derecho de adquisición preferente, cláusulas de ineficacia, indemnizatorias y penales. En los casos en que el convenio se encuentre debidamente registrado en la sociedad y que incluso se haya anotado en la matrícula de acciones, le corresponderá a la propia sociedad exigir que todas sus estipulaciones se cumplan, bajo responsabilidad de los administradores. En la práctica, tales convenios se conocen como “sindicatos de bloqueo”.

En la LGS se han regulado también las prohibiciones temporales adoptadas en forma individual por un accionista o por acuerdo de junta general a plazo determinado, las cuales no pueden exceder de 10 años, prorrogables antes del vencimiento por periodos no mayores, para la transferencia y afectación de acciones, con la inmediata separación de acciones en clases, agrupándose en una de ellas a quienes votaron a favor del acuerdo, sin que rijan en este caso los requisitos de la ley o del estatuto para la modificación de este último. Los términos y condiciones de la prohibición temporal deben ser anotados en la matrícula de acciones y en los certificados, anotaciones en cuenta o en el documento que evidencie la titularidad de la respectiva acción.

También, respecto a la transmisión de acciones afectadas a obligaciones adicionales, se ha regulado en el artículo 102 de la LGS que se deberá contar con la aceptación de la sociedad, accionistas o terceros, a favor de quienes se ha pactado tal obligación, salvo que el obligado garantice solidariamente su cumplimiento, si la naturaleza de la obligación lo permite.

En términos generales, si no existiera ningún tipo de restricción o limitación en cualquiera de las modalidades mencionadas, se hace factible o se presenta una coyuntura idónea, para que a través de una maniobra irregular y fraudulenta, utilizando una matrícula de acciones obtenida en duplicado y en libro o en hojas sueltas legalizadas notarialmente, se haga factible la concurrencia a una junta de accionistas por quienes no están legitimados, o con la alteración de los porcentajes reales, exclusivamente con el propósito de lograr el quórum y las mayorías suficientes. La existencia de limitaciones y restricciones torna difícil y complica este tipo de maniobras, y si estas se hacen, serían ineficaces frente a la sociedad.

IV. Régimen legal de las acciones en la Ley de Títulos Valores - LTV

La LTV regula en la Sección Novena del Libro Segundo a los valores mobiliarios, clasificándolos, según la naturaleza de los derechos que represente, en dos grandes grupos. El primero se refiere a aquellos valores representativos

de derechos de participación, entre los cuales están las acciones de las sociedades anónimas, los certificados de suscripción preferente, los certificados de participación en fondos mutuos de inversión en valores y en fondos de inversión, así como los valores emitidos en procesos de titulación. El segundo grupo se refiere a aquellos valores representativos de deuda, dentro de los cuales podemos encontrar a las obligaciones (bonos y papeles comerciales), la letra hipotecaria, la cédula hipotecaria, el pagaré bancario, el certificado de depósito negociable y, finalmente, las obligaciones y bonos públicos.

IV.1 Las disposiciones generales sobre los valores mobiliarios

No obstante la clasificación mencionada, estos valores tienen rasgos comunes entre sí; vale decir, ciertas características uniformes, razón por la cual les son aplicables las disposiciones generales de todo valor mobiliario y que son las siguientes:

- 1) Se consideran valores mobiliarios aquellos emitidos en forma masiva, con características homogéneas o no en cuanto a los derechos y obligaciones que representan, y las emisiones podrán estar agrupadas en clases y series. Los valores pertenecientes a una misma emisión o clase que no sean fungibles entre sí, deben estar agrupados en series. Asimismo, los valores sobre los cuales se hayan constituido derechos reales u otra clase de cargas o gravámenes dejan de ser fungibles, y no pueden ser transados en los mecanismos centralizados de negociación, salvo que se trate de su venta forzosa.
- 2) Los valores mobiliarios son libremente negociables, en forma privada o mediante oferta pública, a través de los mecanismos centralizados de negociación respectivos, o fuera de ellos, observando las leyes de la materia.
- 3) Pueden emitirse en títulos físicos o mediante anotaciones en cuenta, y para la conversión de una a otra forma de representación, se observará la ley de la materia.
- 4) El régimen de representación de valores mobiliarios mediante anotación en cuenta, conforme hemos mencionado anteriormente, se rige por la legislación del mercado de valores, y le son aplicables las disposiciones contenidas en el libro primero y en la sección novena del libro segundo, en todo aquello que no resulte incompatible con su naturaleza.
- 5) Los valores mobiliarios podrán conferir a sus titulares derechos crediticios, dominiales o de participación en el capital, patrimonio o utilidades del emisor o, en su caso, de patrimonios autónomos o fideicometidos. Podrán también representar derechos o índices

referidos a otros valores mobiliarios e instrumentos financieros, o la combinación de los derechos señalados, o los que la ley permita y/o los que las autoridades señaladas en el artículo 285 determinen y autoricen.

- 6) Los valores mobiliarios constituyen títulos ejecutivos conforme a la ley procesal, sin que se requiera de su protesto para el ejercicio de las acciones derivadas de ellos.
- 7) Cuando se trate de valores mobiliarios representados mediante anotaciones en cuenta, los certificados de titularidad emitidos por la respectiva ICLV tendrán igualmente mérito ejecutivo.
- 8) Las medidas cautelares, embargos y demás mandatos de autoridad competente que recaigan en valores mobiliarios, surtirán efecto solo desde la inscripción que realice el emisor o la ICLV notificada, según se traten de valores representados en títulos o en anotación en cuenta, respectivamente.

IV.2 Los valores representativos de derechos de participación

Desde el punto de vista económico, un valor mobiliario no solo sirve como documento que permite a su tenedor exigir el pago de una suma de dinero (como sucede con los bonos y papeles comerciales, entre otros), sino que puede tener otras finalidades, como la de ser un documento que acredite la propiedad, un derecho preferente sobre determinado bien o la participación social en una empresa. Dentro de este último grupo se encuentran los valores representativos de derechos de participación, y allí destacan las acciones de sociedades anónimas como títulos valores nominativos que incorporan cierta participación de derechos y obligaciones en una sociedad de capitales; los certificados de suscripción preferente, entendidos como aquellos valores mobiliarios que representan el derecho del titular a suscribir las acciones que emita la sociedad como resultado de aumentos de capital mediante nuevos aportes; los certificados de participación en fondos mutuos de inversión en valores y en fondos de inversión, que son aquellos valores representativos de cuotas de participación en el patrimonio de un determinado fondo mutuo constituido para efectos de su participación en inversiones con valores negociados en ofertas públicas, como bonos, letras hipotecarias y otros activos financieros autorizados por la SMV (ex Conasev), y los valores emitidos en procesos de titulización.

Respecto a si las acciones de la sociedad anónima son o no títulos valores, existe un interesante debate doctrinario y, efectivamente, un importante sector de la doctrina no les reconoce esa calidad; pero independientemente de las posiciones doctrinarias a favor o en contra, la LTV ha tomado como posición, incorporar a las acciones dentro del grupo de los títulos valores

especiales, considerándolas como valores mobiliarios representativos de los derechos de participación en una determinada sociedad anónima.

V. Régimen legal de las acciones en el Mercado de Valores

Tanto para la LTV⁸ como para la LMV⁹, los valores mobiliarios pueden conferir a sus titulares derechos crediticios, dominiales o de participación en el capital social, el patrimonio o las utilidades del emisor, o, en su caso, en patrimonios autónomos o fideicometidos, pudiendo representar además, derechos e índices referidos a otros valores mobiliarios – como sucede con los ADR, ADS y PDR, o la combinación de los derechos antes señalados, dejando la posibilidad de que la ley o las autoridades competentes determinen y autoricen nuevos instrumentos estructurados.

Todos estos derechos pueden incorporarse en certificados físicos o en anotaciones en cuenta. El certificado físico es aquel soporte papel o valor materializado que representa o incorpora determinados derechos, mientras que el segundo medio de representación, esto es el valor representado mediante anotaciones en cuenta, implica una desmaterialización de dichos derechos y su consecuente inscripción en el registro electrónico contable de una ICLV.

Así las acciones, bonos, certificados de participación en fondos mutuos o fondos de inversión en valores, pueden indistintamente representarse mediante títulos (soporte papel) o anotaciones en cuenta (soporte electrónico).

Cabe reiterar que en nuestro ordenamiento jurídico se permite la conversión respecto a las formas de representación de los valores, sea mediante títulos físicos o anotaciones en cuenta, dejándola a la libre voluntad del emisor, de tal manera que un valor originalmente emitido en un soporte papel (certificado físico), podrá ser desmaterializado, vale decir, convertido en un valor representado mediante anotación en cuenta. De igual manera, un valor representado mediante anotación en cuenta, podrá ser rematerializado, esto es, convertido en soporte papel.

En tal sentido, el artículo 2 de la LTV dispone lo siguiente:

- Los valores desmaterializados, para tener la misma naturaleza y efectos que los títulos valores señalados en el artículo 1, es decir los materializados, requieren de su representación por anotación en cuenta y de su registro ante una institución de compensación y liquidación de valores.

8 Ley de Títulos Valores. Artículo 1.1 Los valores materializados que representen o incorporen derechos patrimoniales tendrán la calidad y los efectos del título valor, cuando estén destinados a la circulación, siempre que reúnan los requisitos formales esenciales que, por imperio de la ley, les corresponda según su naturaleza. Las cláusulas que restrinjan o limiten su circulación o el hecho de no haber circulado no afectan su calidad de título valor.

9 Artículo 3.- Valores mobiliarios.- Son valores mobiliarios aquellos emitidos en forma masiva y libremente negociables, que confieren a sus titulares derechos crediticios, dominiales o patrimoniales, o los de participación en el capital, el patrimonio o las utilidades del emisor.

- La creación, emisión, transmisión y registro de los valores con representación por anotación en cuenta, así como su transformación a valores en título y viceversa, se rigen por la ley de la materia; y por la presente ley, en todo aquello que no resulte incompatible con su naturaleza.
- La representación por anotación en cuenta comprende a la totalidad de los valores integrantes de la misma emisión, clase o serie, sea que se traten de nuevos valores o valores existentes, con excepción de los casos que señale la ley de la materia.

Asimismo, el TUO de la LMV¹⁰, en su artículo 209 señala que la forma de representación de valores, es una decisión voluntaria del emisor, y constituye una condición de la emisión susceptible de modificación; y que para la transformación de una serie o emisión de títulos a anotaciones en cuenta, o viceversa, se requiere el acuerdo del emisor, adoptado con los requisitos establecidos en los estatutos, contrato de emisión u otro instrumento legal equivalente.

Sin perjuicio de lo establecido en los párrafos anteriores, la transformación de títulos a anotaciones en cuenta también puede efectuarse a solicitud de sus titulares cuando la representación mediante anotación en cuenta sea requisito para la negociación de los títulos en un mecanismo centralizado. En este caso la transformación solo se realizará respecto de los valores correspondientes a los titulares solicitantes, y podrá ser revertida a su solicitud y costo, con sujeción a la forma de representación de los valores elegida por el emisor, los estatutos, los contratos de emisión y demás instrumentos jurídicos aplicables.

Señala también que la SMV (ex Conasev), mediante disposiciones de carácter general puede establecer otros supuestos en los que los titulares podrán solicitar la transformación de valores presentados por anotaciones en cuenta a títulos, o viceversa. Así tenemos que para la modificación de una serie o emisión resultará indispensable el acuerdo del emisor, el que deberá adoptarse conforme a los requisitos establecidos en los estatutos, contrato de emisión u otro instrumento legal equivalente o, en su defecto, de conformidad con lo acordado y plasmado en actas debidamente legalizadas.

Asimismo, cuando se trate de valores mobiliarios representados mediante anotaciones en cuenta, los certificados de titularidad emitidos por la respectiva ICLV, a solicitud del titular inscrito, servirán para acreditar no sólo la titularidad de esos valores, sino también de los derechos contablemente registrados, constituyendo títulos ejecutivos que otorgan legitimidad para iniciar las acciones cambiarias correspondientes. Cabe destacar que dichos certificados no podrán ser considerados como títulos valores, resultando nulo todo acto de disposición de los mismos.

¹⁰ Artículo que fue modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1061 publicado el 28 de junio de 2008.

Como bien expone Serra Puente-Arno¹¹, respecto de las anotaciones en cuenta, “la rapidez en el tratamiento de la información, la posibilidad de incorporar mecanismos que eviten o subsanen los errores cometidos, así como las facilidades de interconexión, que permiten el intercambio a distancia de cientos de miles de datos, hacen que hoy en día el tratamiento informático permita la sustitución del viejo soporte documental por simples referencias procesables en los ordenadores”.

Así aparecen las acciones representadas mediante anotaciones en cuenta, esto es, desmaterializadas, no incorporadas en título físico alguno, sino en registros contables gestionados informáticamente por una ICLV, que es una sociedad anónima debidamente autorizada por la SMV, encargada principalmente de facilitar la liquidación de operaciones, es decir, el proceso que comprende el cumplimiento de las obligaciones asumidas como consecuencia de la negociación de valores en los mecanismos centralizados. Como ya hemos mencionado, estas instituciones cuentan con un registro contable conformado por cuentas matrices donde se registran valores propios o de clientes del participante, mientras que en la cuenta de emisor se registran exclusivamente los valores emitidos por éste.

Ahora bien, para su correcto funcionamiento, estas entidades cuentan con infraestructura, sistemas informáticos adecuados, personal capacitado y mecanismos de seguridad relacionados con las instalaciones e información, de tal manera que solo se encontrarán facultados a brindar información sobre el contenido de sus registros a los participantes en cuyas cuentas matrices tengan valores, y a los titulares o a aquellas personas que cuenten con legítimo derecho.

Sobre este punto, y siguiendo a Loncharich Lozano¹², debe advertirse que si bien el registro que administran las ICLV tiene carácter privado, aquél se rige por algunos principios de los registros públicos, recogidos de la LMV y, supletoriamente, del Código Civil.

En efecto, dicha autora señala que entre los principios registrales aplicables a los valores inscritos en el registro contable, podemos encontrar los siguientes:

- a) Rogación, que implica que las inscripciones no se pueden realizar por la propia voluntad de la ICLV; siempre proceden a solicitud de parte.
- b) Prioridad, según el cual se deben efectuar las inscripciones en el registro, según el orden de presentación.
- c) Tracto sucesivo, según el cual las inscripciones de la transmisión, constitución, modificación o extinción de los derechos reales sobre los

11 Serra Puente-Arno, Gerardo. El mercado de valores en el Perú. Lima. Editorial Cultural Cuzco, 2002, p.191.

12 Loncharich Lozano, Ivanna. “Tratamiento jurídico del sistema de anotaciones en cuenta de valores”. Derecho, N° 53, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, p. 830.

valores anotados en cuenta, así como el ejercicio por el titular de tales derechos, requieren la previa inscripción en el registro contable a favor del transmitente, disponente o titular, respectivamente.

- d) Buena fe registral, según el cual el que adquiere valores de buena fe, de quien aparezca inscrito en registro contable, es reconocido como legítimo propietario.

En nuestro país, actualmente Cavali es la única sociedad anónima dedicada a la compensación y liquidación de valores autorizada para registrar la emisión y transferencia de títulos valores desmaterializados. Para ello, tiene como objeto exclusivo el registro, custodia, compensación, liquidación y transferencia de los títulos valores representados por anotaciones en cuenta. Estos valores derivan de la negociación en mecanismos centralizados o descentralizados, según lo establecido en la LMV. Así, tenemos que de conformidad con lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 215 de la LMV¹³, quien aparezca registrado en Cavali como titular del derecho inscrito, será considerado como el legítimo titular, pudiendo exigir del emisor el cumplimiento de las prestaciones que deriven del valor así representado.

El mismo artículo establece, en su cuarto párrafo¹⁴, como ya lo hemos mencionado anteriormente, que la información contenida en el registro contable prevalece respecto de cualquier otra contenida en la matrícula u otro registro.

Ahora bien, con relación a la transmisión de los valores desmaterializados o representados mediante anotaciones en cuenta, resulta oportuno precisar ciertas diferencias respecto a la transferencia de las acciones representadas por certificados físicos. En efecto, mientras que los títulos físicos o certificados se transfieren mediante cesión de derechos, los valores representados mediante anotaciones en cuenta se transfieren de manera contable, esto es, mediante la inscripción de la transmisión de la propiedad a favor del adquirente. Una vez efectuada la inscripción del acuerdo de transferencia en el registro contable, se producirá la adquisición de las acciones, y solo desde ese momento resultará oponible a terceros.

Del mismo modo, para los casos de constitución de garantías mobiliarias, sobre dichos valores u otras afectaciones, ellas surtirán efecto desde el momento en que el emisor o la institución de compensación y liquidación de valores las inscriba en el registro contable.

VI. Derechos de los titulares de acciones y criterios de clasificación

La doctrina del derecho societario considera que los derechos de los titulares de acciones constituyen una tercera categoría de derechos, distinta de los

13 Artículo que fue modificado por el artículo 58 de la Ley N° 27649.

14 Incorporado por el artículo 58 de la Ley 27649.

derechos reales o de los derechos de crédito, y que conforman una especie de derechos personales corporativos.

Dependiendo de las diferentes legislaciones societarias, es frecuente que se distinguan entre los derechos esenciales o fundamentales, que en ningún caso pueden ser desconocidos por el estatuto ni por acuerdo de la junta general, y otros derechos accesorios o secundarios que las propias leyes les reconocen a los accionistas, pero que en el fondo se derivan de los primeros, pues se orientan a lograr la eficacia de estos.

Ahora bien, los derechos esenciales tiene distinta naturaleza y es frecuente que se diferencien entre sí. Por ejemplo, para Ulises Montoya Manfredi¹⁵ “unos son de carácter económico y otros de carácter administrativo y político”. Para Ricardo Beaumont Callirgos¹⁶, según cuadro que se anexa en su obra, los derechos de los accionistas son de tres categorías: económicos, políticos y administrativos. Y así podríamos citar diferentes autores y distintas clasificaciones.¹⁷

Lo importante es que esos derechos corresponden o son inherentes únicamente a las acciones emitidas, y son independientes del hecho de que estas se encuentren representadas por certificados provisionales o definitivos, anotaciones en cuenta o cualquier otra forma permitida por la ley. En nuestro ordenamiento legal, el contenido, naturaleza y alcances de los derechos de los titulares de acciones, dependerá de si trata de acciones con derecho a voto, o de acciones sin ese derecho.

Según el artículo 95 de la LGS, los derechos mínimos de los titulares de las acciones con derecho a voto son cinco; a nuestro modo de ver, solo uno es de contenido político-personal: el derecho a intervenir con voz y voto en las juntas de accionistas para lo cual el artículo 121 de la LGS dispone que puedan asistir a la junta general y ejercer sus derechos los titulares de acciones que figuren inscritas a su nombre en la matrícula de acciones con una anticipación no menor de dos días al de la celebración de la junta, siendo el propósito de esta norma controlar la legitimidad de los asistentes y evitar el acceso de extraños a la reunión, considerando como tales a aquellos que no aparezcan registrados en la matrícula de acciones como accionistas con derecho a voto. En opinión de Palmadera Romero¹⁸ en las sociedades anónimas privadas la disposición legal que se acaba de reseñar es de escasa aplicación práctica, pues la restricción al tráfico de acciones y el reducido número de accionistas hacen que el establecimiento

15 Montoya Manfredi, Ulises. Op. cit., p. 205.

16 Beaumont Callirgos, Ricardo. Comentarios a la Ley General de Sociedades. 5ª edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p. 263.

17 Sobre este tema ver del autor el artículo titulado “Apuntes sobre el derecho de información de los accionistas de sociedades anónimas”, en Derecho Comercial Societario, Tomo XIV, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, primera edición, año 2015.

18 Palmadera Romero, Doris. Op. cit., p.215.

de un sistema de control que verifica la legitimación de los asistentes sea poco más que prescindible, pues los contados accionistas se conocen entre sí, pero en las grandes compañías que cuentan con numerosos accionistas la situación es diferente, teniendo la administración la responsabilidad de implementar el sistema de control que señala la ley y hacerla eficaz. En nuestra opinión, y por la casuística reciente que ha tornado vulnerable el sistema de la matrícula de acciones, los sistemas de control no pueden dejar de establecerse y aplicarse.

De otro lado, si las acciones se encuentran representadas mediante anotaciones en cuenta, la condición de accionista se acredita con el certificado otorgado por la ICLV correspondiente.

Los otros cuatro derechos son de contenido económico-patrimonial, y son los siguientes:

- Participar en el reparto de utilidades y en el patrimonio neto resultante de la liquidación.
- Fiscalizar la gestión de los negocios sociales en la forma establecida en la ley y en el estatuto.
- Ser preferido, con las excepciones y en la forma prevista en la ley, para la suscripción de acciones en caso de aumento de capital social y en los demás casos de colocación de acciones, así como en la suscripción de obligaciones u otros títulos convertibles o con derecho a ser convertidos en acciones.
- Separarse de la sociedad en los casos previstos por la ley y en el estatuto.

En lo que se refiere a las acciones sin derecho a voto, en el artículo 96 de la LGS se consignan los derechos que poseen sus titulares, debiéndose destacar que en ningún caso recuperan el derecho a voto, a diferencia de lo que establecía la Ley 26356, ya derogada. Es decir, el accionista que opta por las acciones sin voto está dispuesto a cambiar sus derechos políticos por un derecho económico especial, y para eso se ha establecido un dividendo preferencial y, además, una prioridad en la distribución del haber social. No obstante, también en la ley se ha considerado un conjunto de derechos a favor de estos accionistas, como el de recibir información semestral, el de separación en los casos previstos en la ley o en el estatuto, el de impugnación de los acuerdos que lesionen sus derechos, y el de suscripción preferente de acciones con o sin derecho a voto, dependiendo de que se den los diversos supuestos establecidos en el artículo 96, o a la suscripción de obligaciones u otros títulos convertibles o con derecho a ser convertidos en acciones.

Los otros derechos accesorios o secundarios de los accionistas que se derivan de los derechos esenciales, que están recogidos en la ley, son los siguientes:

- Derecho a la libre transmisibilidad de las acciones, recogido implícitamente

en la ley, pues es uno de los atributos que le otorga a su titular el derecho de propiedad sobre aquellas, salvo como ya hemos comentado, que existan restricciones estatutarias o convencionales o prohibiciones temporales de enajenación permitidas en el artículo 101 de la LGS.

- Derecho a exigir la convocatoria a juntas generales cuando se reúne no menos del 20% de las acciones suscritas con derecho a voto, y a junta obligatoria anual, para lo cual basta la solicitud del titular de una sola acción.
- Derecho a exigir información desde el día de publicación de la convocatoria.
- Derecho de impugnación de los acuerdos de juntas generales de accionistas cuando sean contrarios a la ley o al pacto social o al estatuto, o lesionen en beneficio directo o indirecto, de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad.
- Derecho a solicitar el aplazamiento de la deliberación y votación en las juntas de accionistas.
- Derecho a la obtención de copias certificadas, reconocido en el artículo 137 de la LGS, para lo cual el gerente general está obligado a extenderlas con su firma y bajo su responsabilidad en un plazo no mayor de cinco días, bajo sanción de recurrirse al juez en caso de incumplimiento.
- Derecho a constituir usufructo sobre las propias acciones.
- Derecho a constituir garantía mobiliaria sobre las propias acciones, en respaldo de alguna obligación, en las condiciones que se fijarán en los convenios en los que constituye dicha garantía. Como ello constituye un gravamen sobre las acciones, siempre es posible que a través del pacto social, el estatuto o algún convenio se restrinja, límite y hasta prohíba, temporalmente, la afectación de acciones.

VII. La importancia de la casuística para identificar las irregularidades

Conforme lo establece expresamente el artículo 190 de la LGS, el gerente es particularmente responsable por la existencia, regularidad y veracidad de los sistemas de contabilidad, de los demás libros que la ley ordena llevar a la sociedad y los demás libros y registros que debe llevar un ordenado comerciante, así como de la veracidad de las constancias y certificaciones que expida respecto del contenido de los libros y registros de la sociedad. En ese orden de ideas, y salvo que el gerente se preste a una utilización fraudulenta de la matrícula de acciones, lo cual es poco probable por las responsabilidades particulares que éste tiene ante la sociedad, los accionistas y terceros por los daños y perjuicios que ocasione por el incumplimiento de sus obligaciones, dolo, abuso de facultades y negligencia grave, lo usual es que las maniobras fraudulentas se hagan a partir

de la supuesta pérdida, destrucción o extravío del libro de matrícula de acciones o de las hojas sueltas correspondientes compendiadas y/o foliadas en soporte físico, y que en razón a ello tramiten un duplicado de manera irregular.

Son recurrentes los casos en los cuales hemos tomado conocimiento de la utilización de este tipo de maniobras. Así, prescindiendo naturalmente de los nombres de las personas involucradas en calidad de denunciantes y/o denunciados, han sido básicamente procesos penales a través de los cuales han trascendido casos que, a manera de ejemplo, nos referiremos únicamente a dos de ellos, (elegidos entre muchos otros) que en nuestra opinión merecen ser comentados.

El primer caso está relacionado con la muerte repentina por accidente, del accionista mayoritario y a la vez gerente general de una sociedad anónima, en la que pocas semanas antes se había hecho un aumento de capital por escritura pública, la que se había inscrito en la partida registral de la sociedad, gracias al cual esta persona concentraba más del 90% del accionariado, teniendo sólo una hija reconocida que, al no existir testamento, se convertía en heredera única y universal. Por denuncia de la madre biológica de la hija, se ha conocido que en días posteriores al fallecimiento, se ha llevado a cabo una junta de accionistas en la que aparece como titular de sus acciones la madre del fallecido, sin que exista ningún negocio jurídico que demuestre la transferencia de acciones a su favor, y bajo la presunción que su titularidad está sustentada en una matrícula de acciones fraudulenta, que permitió que a través de una junta universal de accionistas, que como se sabe, es una modalidad en la cual se prescinde de la convocatoria y de la publicidad, y con la participación de un segundo accionista minoritario con el que se completaba el 100% de las acciones, se designó un nuevo gerente general de la sociedad en reemplazo del fallecido, con amplias facultades para disponer de todo tipo de activos de la sociedad. En este caso, se menciona en la denuncia como antecedentes la existencia de un certificado negativo de inscripción de sucesión intestada, así como de un certificado negativo de la existencia de testamento, y una copia de la solicitud de inscripción ante RENIEC a través de la cual se registró el fallecimiento con fecha posterior a la junta de accionistas, y como el nombramiento del gerente general se ha formalizado por una escritura pública en la cual obra inserta una copia certificada del acta de la junta universal de accionistas, se ha involucrado en la denuncia penal al notario público, por no haber verificado la calidad de accionistas de quienes participaron en la junta, y por no haber solicitado la exhibición de la matrícula de acciones.

El segundo caso, tiene que ver con una denuncia penal contra un notario público por la comisión de delito contra la fe pública relacionado con una minuta de transferencia de acciones, aumento de capital y modificación parcial de estatutos, mediante la cual se formalizó una transferencia de acciones (no obstante que este acto no es competencia de la junta de una sociedad anónima ordinaria) y se aprueba una capitalización de créditos contra la sociedad utilizada

como una modalidad de aumento de capital, y modificación parcial de estatutos. El denunciante es un accionista que alega que no solo le han falsificado su firma en la supuesta transferencia de acciones, sino que además se le hace aparecer como si hubiese estado presente en la sesión de directorio en la cual este órgano social aprueba y recomienda dicha capitalización, como corresponde efectuar, según lo dispone el artículo 214 de la LGS para esta modalidad de aumento de capital, teniéndolo como presente además, en la junta general de accionistas que aprueba la mencionada capitalización y la modificación estatutaria correspondiente, comprendiéndose en la denuncia penal al notario público por no haber verificado la veracidad de las firmas, el estado civil o cualquier otro dato de identificación de quienes aparecen como firmantes en las actas que se insertan en la escritura pública, y por no haber verificado si los firmantes eran realmente accionistas para cuyo efecto debió solicitar la exhibición de la matrícula de acciones y comprobar que los firmantes eran realmente los que estaban legitimados para concurrir a la junta general, con lo cual consideramos que se han malinterpretado las funciones que obligatoriamente deben cumplir los notarios públicos, pues ellos no pueden actuar como peritos grafotécnicos.

VIII. Medidas de protección que se podrían tomar en cuenta

Tomando en consideración la regulación anteriormente descrita y la problemática expuesta en el rubro anterior, se podría pensar en algunas medidas de protección de los accionistas y/o personas naturales o jurídicas afectadas por los actos fraudulentos que pretendan cometer malos administradores o socios e incluso por terceros que busquen apropiarse del patrimonio de una sociedad o de bienes muebles o inmuebles específicos, y también tomar el control, por vías ilegales. Pasemos a evaluar las medidas que proponemos:

- i) Se deben reforzar las acciones de fiscalización y control de la SUNAT en relación a la comunicación sobre las transferencias de acciones. Según la primera disposición transitoria y final de la Ley del Impuesto a la Renta, las personas jurídicas domiciliadas en el país están obligadas a comunicar a la SUNAT, en la forma, plazos y condiciones que ésta señale, las emisiones, transferencias y cancelación de acciones realizadas, incluyendo las enajenaciones indirectas a que se refiere el inciso e) del artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta aprobado por el Decreto Supremo N° 179-2004-EF¹⁹. Igual obligación rige para el caso de participaciones sociales, en lo que fuere aplicable.

Si bien es obligatoria la información de cada transferencia de acciones, no obstante muchas veces en la práctica se advierte que ello no se informa

19 Artículo que fue sustituido por el artículo 2 de la Ley N° 29757.

de manera inmediata y la SUNAT no aplica sanciones ejemplares, así como tampoco mantiene un registro adecuado y centralizado de todas aquellas informaciones.

- ii) En los artículos 2° y 4° de la Resolución de Superintendencia N° 234-2006/SUNAT, se establecen las normas referidas a libros y registros vinculados a asuntos tributarios. Así, se puede verificar que a nivel normativo, haciendo hincapié en el hecho que provienen de disposiciones tributarias, contamos con un procedimiento para legalizar los libros y registros vinculados a asuntos tributarios, el mismo que podría ser extendido al libro de matrícula de acciones. Así pues, el procedimiento previsto por las normas citadas serviría en dos oportunidades: i) al momento del inicio de actividades de la sociedad, lo que originaría la emisión del libro N° 1; o, ii) en los casos que las fojas del libro de matrícula de acciones se hayan terminado, o bien si el libro de ha perdido, extraviado, entre otros, lo que generaría la emisión del libro N° 2 o, el que corresponda.

Ahora bien, atendiendo a que en virtud de dicha disposición, tanto los notarios como los jueces se encuentran obligados a llevar un registro cronológico de las legalizaciones que otorguen, somos de la opinión que dicho registro en la práctica resulta insuficiente para brindar protección o seguridad jurídica a la información contenida en los libros societarios y, en especial, al libro matrícula de acciones frente a las conocidas malas prácticas societarias que hemos mencionamos anteriormente, en el presente artículo. En ese sentido, sugerimos que se tenga a bien considerar la inclusión de un dispositivo referido al registro cronológico de las legalizaciones que disponga que una institución, como por ejemplo el Consejo del Notariado del MINJUS, se encargue de supervisar el registro cronológico de las legalizaciones otorgadas tanto por los notarios como por los jueces, administrando de forma independiente una base de datos a nivel nacional que contenga dicho registro cronológico, el cual se encuentre sincronizado con los despachos notariales y judiciales que otorguen este tipo de legalizaciones, para efectos de otorgar mayores mecanismos de seguridad jurídica al sistema registral de las acciones.

- iii) Consideramos que a nivel registral también deben implementarse nuevas herramientas jurídicas que permitan dar mayor información de los acuerdos societarios que se inscriben ya sea por copia certificada y/o escritura pública.

Partiendo del presupuesto que el libro de matrícula de acciones es un registro privado y cuya información debe encontrarse fuera de registro público, en nuestra opinión ello no es óbice para que a manera de acreditación se indique en la parte final del asiento registral que contiene

el acuerdo societario inscrito, los datos de certificación de la apertura del libro que respalda la celebración del acuerdo societario. Para tal efecto, debe recordarse que a través del libro de matrícula de acciones se puede verificar la titularidad de las accionistas de determinada sociedad y también permite contabilizar con precisión el quórum necesario para celebrar determinada junta, por lo cual debe tenerse presente que la inserción de los datos de certificación del libro de matrícula de acciones resulta necesaria en los asientos registrales de la Partida Electrónica de la sociedad, para efectos de acreditar que determinado acuerdo societario se celebró conforme al quórum y con las personas titulares de derechos inscritos en el referido libro.

- iv) Sin desnaturalizar el carácter de la sociedad anónima, se podría crear una suerte de “alerta registral” para los accionistas a fin que tomen conocimiento que en la empresa en la cual son accionistas se están realizando actos relacionados a los libros societarios, juntas de accionistas, etc. En efecto, así como en nuestro país se ha creado un sistema de aviso inmediato a los propietarios de bienes inmuebles sobre transferencias que se podrían dar sin su conocimiento, también se podría crear un sistema parecido y de libre afiliación para aquellas personas interesadas en que se les informe sobre alguna actuación sospechosa en relación al cambio de composición accionaria, apertura de nuevos libros societarios, etc.
- v) Se podría pensar incluso en la utilización obligatoria de un sistema de anotación en cuenta (alternativo o paralelo al libro físico) en el cual una persona (sólo accionista, más no el público en general) pueda conocer de manera permanente y actualizada la conformación societaria de su empresa. En efecto, de manera similar al sistema de alerta mencionado en el numeral anterior que podría ser administrado por el Estado, también se podría crear un sistema de anotación en cuenta obligatorio para las personas jurídicas, el cual puede ser administrado y organizado por alguna entidad privada o pública. Así, los fundadores y/o accionistas podrían optar por utilizar únicamente este sistema o bien usarlo conjuntamente con el libro de matrícula de acciones, para efectos de registrar la creación, transferencia, cesión y todo acto de disposición o gravamen sobre dichos valores. El objetivo de dicho sistema es que todos los accionistas de una empresa conozcan de manera actualizada la titularidad de todas las acciones emitidas por la sociedad, sin tener que estar supeditados a la respuesta del Gerente General o del responsable de los libros societarios.
- vi) Asimismo, se deberían imponer mayores requisitos para obtener la apertura de un nuevo libro societario. Así ya no sólo será suficiente la presentación de la denuncia policial correspondiente sino la previa publicación de dicha situación en algún diario de circulación nacional (o incluso el Diario

Oficial) y la necesaria comunicación a los correos electrónicos de todos los accionistas o de aquellos que tengan un porcentaje superior al 10% o 20%. Los tiempos actuales en que vivimos evidencian una facilidad para intercambiar información de manera inmediata a través del internet ya sea mediante correos electrónicos, redes sociales, mensajería en línea, entre otros, y siendo ello así, cada vez más resultará poco práctico que se exijan las comunicaciones por escrito para obtener y trasladar información.

Mientras en un futuro no tan lejano se llegue a uniformizar esta forma de intercambiar información, resulta necesario que las situaciones graves (la pérdida de libros societarios lo es) sean comunicadas de manera fehaciente a las principales personas involucradas y ello se puede realizar a través de medios masivos (como los diarios u otros medios de comunicación, en especial para casos en que el accionariado pueda ser amplio) conjuntamente con la comunicación directa a correos electrónicos de todos los accionistas (en caso sea un número reducido) o los que cuenten con porcentajes superiores a un límite, debiendo quedar bajo responsabilidad de dichos socios la actualización del dato de sus correos electrónicos.

- vii) Finalmente, se podrían incrementar las sanciones pecuniarias y penales al gerente general como responsable de los libros societarios y contra las personas involucradas en actos fraudulentos contra personas jurídicas. Según el artículo 198° y siguiente del Código Penal se ha establecido la tipicidad penal de los delitos contra la administración de las personas jurídicas. Sin embargo, las penas previstas no son tan drásticas y con ello no se desincentiva a las personas a cometer actos contra el patrimonio y administración de las sociedades.

De la misma manera, la jurisprudencia nacional debería ser uniforme en relación con las indemnizaciones que se puedan dar a las personas que generen daños a las personas jurídicas tomando en cuenta no sólo la afectación de los intereses de las empresas en sí o de sus accionistas, sino de sus trabajadores y del daño a la economía en general, al afectar el mercado en el cual se desenvuelven.

Lima, 20 de febrero del 2015

EL CAPITAL SOCIAL, REGLAS BÁSICAS Y PRINCIPIOS Y LAS ACCIONES EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

Vicente Rodolfo Walde Jáuregui¹

SUMILLA

La Sociedad Anónima es el contrato tipo de sociedad, la cual reposa sobre el concepto de capital que constituye el sedimento básico para la realización del negocio, es la suma de aportes realizados por los socios; el capital se divide en acciones, las cuales son cuotas de participación de los socios. El objeto y el patrimonio social son elementos de vital importancia para la Sociedad Anónima, el primero es el fin por el cual fue constituida la sociedad, y el segundo resulta ser el conjunto de bienes de la sociedad que están en permanente variación.

INTRODUCCIÓN

Muchas veces analizamos a la Sociedad Anónima como el contrato tipo de sociedad porque las otras formas societarias al guardar silencio en algunos aspectos trascendentes de su vida social y jurídica debe aplicar lo que la ley dispone respecto a los temas del capital, quórum, de los derechos fundamentales de los socios o las prestaciones accesorias entre otros aspectos relevantes del contrato social.

En el desarrollo del presente artículo difundiremos conceptos básicos relacionados con la sociedad mercantil capitalista, sobre el capital social y sus diferencias con el objeto social y el patrimonio social, sobre las acciones, su creación, emisión y tipos para pretender suscitar un campo de reflexión que nos aproxime a la sociedad anónima del futuro que muchos anhelamos.

1 WALDE JÁUREGUI, Vicente Rodolfo, Juez Supremo Titular, integrante de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, Vicepresidente de la Asociación Nacional de Magistrados del Perú, Profesor Ordinario Asociado de la Universidad San Martín de Porres, Doctor en Derecho.

CAPÍTULO I

ASPECTOS PRELIMINARES

Antes de desarrollar el tema consideramos pertinente hacer una precisión sobre la Sociedad Anónima.

Dentro del sistema mercantil la Sociedad Anónima ocupa un lugar relevante, como se evidencia al realizar un análisis histórico de esta forma societaria; siendo merecedora de una especial regulación legal como contrato tipo de sociedad; alcanzando actualmente gran diversificación, influencia y desarrollo bajo distintas formas societarias. La Sociedad Anónima deviene así en una figura jurídica que reposa sobre el concepto de “capital” que constituye su esencia, término cuya comprensión parte de la distinción entre “patrimonio” y “capital social”; capital social que se encuentra regulado, por el principio de Determinación y Unidad del Capital Social, y el principio de Estabilidad del Capital, los mismos que completan la defensa del capital de la sociedad por acciones, se pretende dar una protección adecuada a los negocios².

Destaca por su singular importancia el Capital, que es el sedimento básico para la realización del negocio, el mismo que se rige por principios y reglas básicas entre las que podemos citar: El Principio de Determinación, El Principio de Integridad, El Principio del Desembolso Mínimo, El Principio de la Estabilidad y El Principio de la Realidad.

Nuestra Ley Societaria estatuye sanciones muy severas cuando el uso del capital se emplea en maniobras dolosas, negligentes, como aquellas en las que no habiendo utilidades se acuerda su distribución, lo que en realidad se estaría repartiendo en estos casos es el capital aportado, por cuanto no han habido utilidades en el ejercicio económico. Pero para el caso propuesto hay dos soluciones legales, una es la que permite al socio que pueda devolver lo indebidamente percibido, cuando no hubo dolo en su actuación sino un error de cálculo, en el cual aplicando las normas del Código Civil se procede al reintegro de lo ilícitamente percibido en cuotas o armadas o descuentos en el próximo balance que las establezca. Pero si la percepción fue dolosa, es decir con una actuación de connivencia entre el funcionario social que la establezca sin existir estas, la obligación de la devolución es inmediata, sin perjuicio de las acciones penales a que hubiera lugar por estos hechos por el fraude incurrido.

Existe en nuestro sistema societario una vasta gama de legislación aplicable en la que los socios tienen un particular protagonismo dentro de las reglas de

2 WALDE JÁUREGUI, Vicente Rodolfo, El Capital Social en las diversas formas de la Sociedad Anónima, los principios y las diversas funciones que cumple tanto externa como internamente en estas, Revista Oficial del Poder Judicial: Año 4-5, Nº 7/ 2010-2011, p. 47

juego. Se acude a la concertación de créditos en el sistema pero algunas veces estos tienen una onerosidad que agobia a las empresas, por ello prefieren ser los mismos socios lo que concedan estos créditos, sobre todo cuando en la sociedad mercantil existe una particular presencia familiar en el accionariado. Tenemos la figura de las prestaciones accesorias, que pueden establecerse en el acto constitutivo o en un acto posterior con la correspondiente reciprocidad para quienes las asumen, no solo permitiéndoles beneficios económicos utilitarios en mayor medida, sino algunas veces en la celebración de contratos importantes como son los de suministro por ejemplo o de tener una exclusividad para ejercer el régimen de gerencia en la sociedad.

CAPÍTULO II

EL CAPITAL SOCIAL Y LAS ACCIONES

2.1 *Composición del capital social*

El capital social es el monto establecido en el acto constitutivo de la sociedad, expresado en moneda nacional, que valora los aportes comprometidos por los accionistas. Este es el criterio tradicional sobre la composición del capital social, que se ilustra, entre otras, en las definiciones que siguen:

El capital social está formado por la suma de los aportes en numerario y especie que los socios se comprometen a aportar³.

El capital es una cifra que explicita la suma de los valores nominales del total de las acciones que existen suscritas al tiempo de su expresión por la correspondiente documentación societaria⁴.

En estas definiciones, el capital social equivale a la suma de acciones suscritas, en definitiva, la noción jurídica del capital social. Esta concepción del capital se ubica en el pasivo, no porque represente un débito a la sociedad, sino porque constituye la garantía ofrecida por ella a los terceros y figurando en tal forma actúa como cifra de retención.

En la doctrina europea se insiste en la doble dimensión del capital, por un lado es la cifra que constituye la mención indispensable de los estatutos sociales y por otro es una fracción del patrimonio social neto cuyo valor corresponde al de dicha cifra estatutaria. En el primer sentido se denomina al capital nominal y en el segundo al capital real.⁵

3 ZALDIVAR, Enrique, Cuadernos de Derecho Societario, Buenos Aires, t. 1, p.206 y ss

4 SUÁREZ ANZORENA, Carlos. Temas de Capital Social, su régimen de aumentos y su exposición en la documentación societaria, en II Congreso de Derecho Societario N°3, p. 397

5 MASSAGUER, José, El Capital Nominal, en Revista General de Derecho, N°550/551, p. 547

La distinción parte de diferenciar la noción económica de la noción jurídica del capital. La primera, llamada también vertiente activa, corresponde a la fracción del patrimonio que efectivamente han aportado los socios, mientras que la segunda, vertiente pasiva, representa el valor de esos bienes, indicando la cifra contable que se inscribe en el pasivo.

En su acepción nominal el capital es la cifra mencionada en los estatutos sociales e incluidos en los sucesivos balances de ejercicio que determina el importe mínimo a que debe ascender el activo neto de la sociedad. El capital en su aspecto real es una fracción el patrimonio neto social, no determina cualitativamente pero si cuantitativamente, no pudiendo disponerse de ella libremente.

En la sociedad anónima el capital se divide en acciones, está representado por ellas y los socios limitan su responsabilidad a la integración de las que hayan suscrito, se trata de un rasgo típico.⁶

Las acciones dentro de la Sociedad Anónima conforman un elemento esencial e inherente a ella, dado que es en función de ésta que se establece la participación de los socios dentro de la sociedad, tanto en la configuración de la administración y gestión de la empresa, como también en la participación de las utilidades.

Las acciones son, en general, las cuotas de participación de los socios en la sociedad por acciones. El nombre “acción”, en el derecho societario alude al derecho de participación, patrimonial y político, del socio en la sociedad, tiene además un triple significado, que habrá de distinguir en las situaciones particulares a las que se refiere:

- A una fracción, o sea una porción, de igual monto, del capital social, tales cuotas son homogéneas y estandarizada.
- Al derecho patrimonial y obligacional del socio a esa fracción, frente a sus consocios, a la sociedad y a los terceros.
- Al título que la representa, título valor, de la subespecie de participación que incorpora la condición de socio, circula conforme a sus reglas y con sus peculiares características.

El criterio diferenciador entre la acción y la parte social está dado porque la acción se incorpora a un título representativo, y así circula, esto es *intuitu pecuniae*; en cambio, la parte social sólo es transmisible por cesión y en las condiciones establecidas por la legislación, esto es, *intuitu personae*, incluso para las sociedades de responsabilidad limitada.

6 HALPERIN, Isaac; Sociedades Anónimas, De Palma, Buenos Aires, 1974. p. 261

La segunda acepción sobre la acción es aquella sobre la cual la adquisición de ésta determina la condición de accionista, es decir la sociedad considerará como accionista, y por ende titular de los derechos económicos y políticos inherentes a ésta, acreditándose dicha situación jurídica con la inscripción en el Libro de Matrícula de Acciones de la sociedad, lo cual es concordante con el artículo 91° de la LGS que establece que la sociedad considera propietario de la acción a quien aparezca como tal en la matrícula de acciones.

Los derechos que recaen sobre los accionistas son lo que se denominan derechos políticos y derechos económicos o patrimoniales.

Los derechos políticos son aquellos mediante los cuales el accionista ejerce los mecanismos que le permiten asegurarse de que la actividad social está efectivamente encaminada a la obtención de rendimientos adecuados mientras que los derechos patrimoniales son los que corresponden con el interés del accionista de obtener un beneficio a través de la actividad desarrollada por la sociedad. El socio entra en la sociedad poniendo dinero, derechos o bienes para obtener ganancias repartibles con los demás accionistas.⁷

Finalmente según, la tercera acepción, tenemos a la acción como título, el cual según ELÍAS LAROZA⁸ responde a la necesidad de contar con un documento que sea a la vez prueba y certificado de la condición de accionista y un título-testigo de sus derechos. Si bien ello es mucho más importante en el caso de acciones al portador, para los cuales el título mismo es insustituible para demostrar la condición de accionista, también en el caso de las acciones nominativas cumple funciones muy similares.

2.2 Creación y emisión de acciones

De acuerdo con el artículo 83° de la LGS se establece que las acciones se crean en el pacto social o posteriormente por acuerdo de la junta general.

Existe pues dos momentos en los cuales se pueden crear acciones, el primero de ellos cuando se realiza la constitución de la empresa a través de los aportes de los socios, y el segundo momento está dado cuando se realiza un aumento de capital, la junta general de accionistas acuerda dicho acto, emitiendo nuevas acciones en razón de la proporción del aumento de capital, correspondiendo a los accionistas, nuevas acciones, o bien como señala el artículo 203° de la LGS el aumento del capital puede determinar también el valor nominal de las acciones existentes.

7 AMICO Anaya, Mateo. Derechos y Obligaciones del Accionista. En: Tratado de Derecho Mercantil. Tomo I, Derecho Societario. Ed. Gaceta Jurídica, 1ra Edición, p.432

8 ELIAS LAROZA, Enrique. Derecho Societario Peruano. Ed. Normas Legales, Trujillo, 2000. p. 159

Por otra parte, el artículo 83° establece algunas condiciones respecto de la creación de acciones, así, establece que es nula la creación de acciones que concedan el derecho a recibir un rendimiento sin que existan utilidades distribuibles.

Bajo esta consideración, estamos tratando acerca de un derecho económico preferencial respecto de acciones determinadas. Así, es válida la estipulación que establece preferencias sobre las utilidades a distribuir, pero que no son exigibles, y menos aún es válida aquella cláusula o estipulación que establezca la distribución de un rendimiento en un ejercicio en casos que la sociedad no ha obtenido efectivamente utilidades.

Sin embargo, es posible establecer o conceder a determinadas acciones el derecho a un rendimiento máximo, mínimo o fijo, acumulable o no, siempre sujeto a la existencia de utilidades distribuibles. Como bien señala Elías Laroza “es evidente que estos derechos pueden concederse por igual a todas las acciones de una sociedad. Sin embargo, lo usual es otorgarlos a una determinada clase de acciones, por ejemplo para incentivar un aumento de capital, una conversión de obligaciones en acciones o el ingreso de nuevos accionistas que interesan a la sociedad, entre otros casos”.⁹

En cuanto a la emisión de acciones el artículo 84° de la LGS ha considerado que las acciones sólo se emiten una vez que han sido suscritas y pagadas en por lo menos el veinticinco por ciento (25%) de su valor nominal, salvo que se traten de acciones en el caso de aportes en especies. Los derechos que corresponden a las acciones emitidas son independientes de si ellas se encuentran representadas por certificados provisionales o definitivos, anotaciones en cuenta o en cualquier otra forma permitida por la Ley.

Con esta norma, se establece el porcentaje mínimo de suscripción y pago de las acciones, necesarios para constituir una sociedad, monto que se cree suficiente para que la sociedad inicie con un mínimo de capital sus actividades económicas.

2.3 Clases de acciones

En virtud de su creación por el acto constitutivo o ulteriores modificaciones, pueden existir categorías de acciones especiales que responden a funciones diversas y poseen derechos mayores o menores que las acciones ordinarias, sean ellas de naturaleza personal o patrimonial.

Las acciones confieren a su titular diversos derechos y obligaciones, ahora bien, pueden existir diferencias entre acciones, otorgando, en base a esa diferencia más derechos patrimoniales, a cambio de derechos políticos por ejemplo.

9 ELIAS LAROZA, Enrique. Op., cit. p. 170

En razón de ello, la LGS ha establecido una base por la cual se tienen que establecer ciertos derechos mínimos para las clases de acciones que existan en la sociedad, de esta manera, ha establecido una diferencia en relación a las acciones con derecho a voto de aquellas que no lo tienen, las cuales veremos seguidamente.

I. Acciones con derecho a voto

En cuanto a las acciones con derecho a voto, confiere a su titular, cuando menos los siguientes derechos:

- a. Participar en el reparto de utilidades y en el del patrimonio neto resultante de la liquidación;
- b. Intervenir y votar en las juntas generales o especiales, según corresponda;
- c. Fiscalizar en la forma establecida en la ley y el estatuto, la gestión de los negocios sociales;
- d. Ser preferido, con las excepciones y en la forma prevista en la LGS, para:
 - i. La suscripción de acciones en caso de aumento del capital social y en los demás casos de colocación de acciones; y
 - ii. La suscripción de obligaciones u otros títulos convertibles o con derecho a ser convertidos en acciones; y,
- e. Separarse de la sociedad en los casos previstos en la ley y en el estatuto.

II. Acciones sin derecho a voto

Por otra parte, en cuanto a las acciones sin derecho a voto confiere a su titular la calidad de accionista y le atribuye, cuando menos, los siguientes derechos:

- a. Participar en el reparto de utilidades y en el del patrimonio neto resultante de la liquidación con la preferencia que se indica en el artículo 97;
- b. Ser informado cuando menos semestralmente de las actividades y gestión de la sociedad;
- c. Impugnar los acuerdos que lesionen sus derechos;
- d. Separarse de la sociedad en los casos previstos en la ley y en el estatuto; y,
- e. En caso de aumento de capital:
 - i. A suscribir acciones con derecho a voto a prorrata de su participación en el capital, en el caso de que la junta general acuerde aumentar el capital únicamente mediante la creación de acciones con derecho a voto.

- ii. A suscribir acciones con derecho a voto de manera proporcional y en el número necesario para mantener su participación en el capital, en el caso que la junta acuerde que el aumento incluye la creación de acciones sin derecho a voto, pero en un número insuficiente para que los titulares de estas acciones conserven su participación en el capital.
- iii. A suscribir acciones sin derecho a voto a prorrata de su participación en el capital en los casos de aumento de capital en los que el acuerdo de la junta general no se limite a la creación de acciones con derecho a voto o en los casos en que se acuerde aumentar el capital únicamente mediante la creación de acciones sin derecho a voto.
- iv. A suscribir obligaciones u otros títulos convertibles o con derecho a ser convertidos en acciones, aplicándose las reglas de los literales anteriores según corresponda a la respectiva emisión de las obligaciones o títulos convertibles.

En nuestra Ley General de Sociedades, Ley N° 26887 (07.12.1999) en el artículo 82° establece que las acciones representan partes alícuotas del capital, todas tienen el mismo valor nominal y dan derecho a un voto, con la excepción prevista en el artículo 164° y las demás contempladas en la Ley.

2.4 Importancia del capital social

El capital social permite a la sociedad contar con un fondo económico que permite la explotación de la empresa o de los negocios propios del objeto social; y en tal sentido, es un elemento fundamental para que la sociedad pueda operar en el mercado de producción y distribución de bienes o servicios¹⁰.

El capital también cumple una importante función del orden contable, la sociedad viene a llevar el capital como primera partida del pasivo, y constituye la garantía indirecta de los acreedores sociales, en cuanto impide que puedan resultar del balance ganancias repartibles, sin que los elementos del activo cubran, aparte de las demás obligaciones, la deuda representada por el capital. Esta exigencia legal de que la cifra del capital cuente en todo momento con una cobertura patrimonial suficiente, es una garantía indirecta de los acreedores, y como ya lo hemos señalado, opera en cierta forma como contrapartida por la falta de responsabilidad personal de los socios por las deudas sociales.

Todas las sociedades se constituyen con un capital determinado, que en principio es libremente fijado por los fundadores, y cuyo importe habrá de

10 CORDOVA BELTRAN, Flor de María. La Función Externa del capital social. En Cordova Beltran, Flor de María "Derecho de Sociedades y Gobierno Corporativo", Editora Grijley, Lima 2008 p. 127

figurar necesariamente en la escritura fundacional como mención inexcusable de los estatutos¹¹.

El importe del capital representará, así, la suma total de los respectivos valores nominales de las acciones en que esté dividido, y se expresará numéricamente por medio de una cifra que ha de constar, inexcusablemente, en los estatutos.

Al hablar de capital social se alude exclusivamente a esa cifra escriturada, suma de los valores nominales de las acciones que en cada momento tenga emitidas la sociedad; mientras que el concepto técnico del patrimonio se refiere al conjunto de derechos y obligaciones de valor pecuniario pertenecientes a la persona jurídica social.

De ordinario, la relación entre la cifra-capital y el valor del patrimonio acusará la situación económica de la sociedad. A medida que el valor del patrimonio rebase la cifra-capital, la situación será más sólida, mientras el caso contrario significa que las pérdidas han ido absorbiendo los fondos aportados por los socios en concepto de capital.

De hecho, la participación de los accionistas en el capital social, que resultará del número de acciones poseídas y del valor nominal de éstas, es la medida legal normalmente empleada para la determinación de sus respectivos derechos dentro de la sociedad.

CAPÍTULO III

DIFERENCIAS ENTRE EL CAPITAL SOCIAL CON EL OBJETO SOCIAL Y EL PATRIMONIO SOCIAL

3.1 Diferencia del capital social con el objeto social

El capital social permite a la sociedad contar con un fondo económico que permite la explotación de la empresa o de los negocios propios del objeto social; y en tal sentido, es un elemento fundamental para que la sociedad pueda operar en el mercado de producción y distribución de bienes o servicios¹².

El capital social es la suma de los aportes realizados por los socios para llegar a cumplir el objeto social que es el fin por el cual fue constituida la sociedad.

El capital social representa un fondo de producción aportado por los socios para el cumplimiento del objeto social, destinado a desarrollar la capacidad productiva de la empresa permitiendo periódicamente la distribución de

11 URÍA, Rodrigo. MENENDEZ, Aurélio. DE ENTERRIA GARCIA, Javier. En Uria, Rodrigo - Menendez, Aurélio. Curso de Derecho Mercantil, Editora Civitas. Madrid 1999, Tomo I. p. 774

12 CORDOVA BELTRAN, Flor de María. Op., cit. p. 127

utilidades, tal capacidad utilitaria es la mejor garantía para los acreedores, a la vez de vincular la noción jurídica a la noción económica del capital social¹³.

Según algunos autores, a la sociedad, en el momento de su constitución, se la debe dotar de un capital que satisfaga el objeto perseguido; según otros, tal proporcionalidad debe mantenerse durante la vida del ente, pues la infracapitalización no distingue momentos del devenir societario. Conviniéndose en que, si la sociedad no cuenta con capital suficiente para afrontar su giro y el cumplimiento de su objeto social incurrirá en infracapitalización, deviene de inmediato la interrogante de si tal defección acarrearía alguna consecuencia responsabilizatoria o de personalidad jurídica. Nuestros tribunales adoptaron temperamentos informados por los diferentes casos que se presentaron. En uno de ellos se sentó que un capital social desproporcionadamente reducido en su cuantía determinará, ex origine, la imposibilidad de cumplir con el objeto que debe ser, por esencia, fácticamente posible¹⁴.

No es función, sin embargo, garantizar la constitución en la sociedad de un patrimonio suficiente para el desarrollo de su objeto social. La Ley impone un requisito de capital mínimo, pero no exige que el capital sea “suficiente” en atención al nivel de riesgo de las actividades que la sociedad pretenda acometer (v. Res. DGRN de 22 de junio de 1993 y STS de 12 de junio de 1995). Ello hace que en la práctica sean frecuentes las sociedades “infracapitalizadas”, ya sea por carecer de fondos suficientes para el desarrollo de su objeto social (infracapitalización material), o por disponer de medios financieros aportados por los socios pero a título de crédito y no de capital propio o de responsabilidad (infracapitalización nominal)¹⁵.

Pero es igualmente comprensible que los suscriptores del capital fundacional pretendan que la integración del mismo se haga en el momento en que efectivamente lo requiera la actividad de la sociedad y no antes, pues de no ser así la sociedad contaría con una masa de dinero productivo, lo que la llevaría a tener que efectuar inversiones financieras -suscripción de títulos públicos, depósitos bancarios con interés, etc., ajenas al real objeto socia¹⁶.

El problema de la responsabilidad limitada de los socios está en la externalización del riesgo empresarial sobre los acreedores de la sociedad. Y ésta es precisamente la razón por la que aquí y allá se pide una capitalización adecuada de la sociedad. Si los socios quieren disponer de responsabilidad limitada tienen que pagar el precio del privilegio; y ese precio -se agrea- no

13 VERON, Alberto, Víctor. Tratado de los Conflictos Societarios, Parte I Editora La Ley. Buenos Aires 2006. p. 159

14 VERON, Alberto, Víctor. Op., cit. p. 170

15 URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurélio, DE ENTERRIA GARCÍA, Javier. Op., cit. p. 776

16 SASOT BETES, Miguel, Sociedades Anónimas Constitución, Modificación y Extinción Editora Abaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires 1982. p. 102

es otro que una dotación de capital suficiente y adecuada al objeto social o, dicho más exactamente, una dotación de capital que permita en el ejercicio de la empresa mantener un equilibrio razonable entre recursos propios y recursos ajenos¹⁷.

3.2 Diferencia del capital social con el patrimonio social

El capital, en suma, es una entidad formal-contable, que establece derechos en el orden mínimo, y compromete a la sociedad (“la obliga”) en el orden externo, esto es, frente a los acreedores. Una noción es el “patrimonio” en general, como conjunto de activos y pasivos de una persona determinada, el cual se va modificando en el tiempo por resultado de la gestión económica de su titular. La doctora Córdova Beltrán que cito textualmente por coincidir plenamente con su opinión considera que “este patrimonio es el haber y el debe del sujeto, en el que se incluyen las cuentas positivas y negativas, por lo cual desde el aspecto contable el patrimonio se refleja en el balance. Una segunda noción es el “patrimonio neto”, consistente en el saldo líquido proveniente de restar el activo y el pasivo de una sociedad, de esta manera, lo que se busca determinar es si el deudor puede responder de todas sus obligaciones y cuál es el superávit resultante. Este concepto está normalmente vinculado con el de capital social, y si bien la primera es una figura variable y la segunda es rígida, sin embargo, el capital no puede disminuir o ser inferior al patrimonio neto; pues este es un principio fundamental en el adecuado manejo de gestión de la sociedad, y de él se derivan una serie de reglas técnicas de orden jurídico y contable¹⁸.

Para Elías Laroza en términos jurídicos “capital social” significa algo totalmente diferente. No es un concepto que exprese activos. Es, por el contrario, una cifra del pasivo de la sociedad que indica, simplemente, una deuda de la sociedad frente a sus socios. Efectivamente, desde el punto de vista societario el capital debe ser devuelto, algún día por la sociedad a los socios. Mientras tanto se los debe. Es una obligación diferida. Es un pasivo que sólo desaparecerá del balance el día que sea pagado, sea por la vía de reducciones de capital o de la liquidación de la sociedad¹⁹.

Por otra parte, el capital social, que figura en el pasivo, representa una garantía para los acreedores. ¿Cómo un pasivo puede ser garantía para los terceros?. Simplemente por el singular mecanismo legal del pago de los pasivos de una sociedad. En efecto, ella tiene un conjunto de activos con un determinado valor económico. Estos activos respaldan con absoluta prioridad, el pago de los pasivos que la empresa pueda tener a favor de terceros.

17 RODRIGUEZ, Cándido. La Infracapitalización. Una aproximación contractual. En Alcocer Garau, Guillermo – Ureba Alberto, Alonso, Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada, Editora McGraw-Hill, Madrid 1996, Tomo I p. 71

18 CORDOVA BELTRAN, Flor de María. Op., cit. pp. 135, 139 y 140

19 ELIAS LAROZA, Enrique. Op., cit. p. 78

El patrimonio significa el conjunto de los bienes de la sociedad. El capital constituye, en cambio, una cifra matemática. No representa bienes o cosas, sino un dato de valor inmutable, y por ello sólo puede modificarse formalmente, jurídicamente. Su volumen no tiene nada que ver con las oscilaciones prósperas o adversas del negocio. El patrimonio crece o disminuye y el capital sigue invariable. Viceversa, las modificaciones que pueden introducirse en el capital son independientes del éxito de la empresa: unas veces se aumenta el capital porque la situación del negocio es próspera; otras, en cambio, porque es adversa.

En sentido estricto, al hablar de capital social se alude exclusivamente a esa cifra estructurada, suma de los valores nominales de las acciones que en cada momento tenga emitidas la sociedad. En el momento fundacional de las sociedades es frecuente que coincidan la cifra-capital y el importe o monto del patrimonio social (integrado entonces por los fondos que los socios ponen o se obligan a poner en la sociedad); pero esa coincidencia inicial desaparece cuando la sociedad comienza su actividad económica.

El capital social representa el importe obligatorio del patrimonio neto de la sociedad en el momento inicial de la empresa.

La diferencia entre el patrimonio, siempre mudable, y el capital, cifra constante, no está acompañada en el balance por ninguna variación del capital fijo, sino por la variación de los fondos accesorios, de las reservas, de los beneficios y de las pérdidas que, sumados al capital, equivalen al entero patrimonio de la sociedad.

El patrimonio social, una vez dinamizada la sociedad, representa el conjunto de bienes y deudas de ésta, cuya nota peculiar es su permanente variación. En cambio, el capital social no representa aquellos elementos sino un dato técnico, cuyo valor, en principio, es inmutable (sólo puede alterarse formal y jurídicamente).

El patrimonio social es una realidad comercial-financiera que en sus guarismos puede ser mayor o menor que el capital social, según que los resultados operativos sean negativos o positivos; su determinación numérica no es tan fácil y exacta como la del capital social, pues -como todo concepto dinámico- varía constantemente²⁰.

La inviolabilidad significa que no se debe o no se puede violar o profanar, con lo que puede inferirse que la expresión admite que el capital social pueda o deba ser tocado cada vez que sea necesario su aumento o disminución, sin que ello signifique violarlo o profanarlo con graves consecuencias.

20 VERON ALBERTO, Víctor. Op., cit. p. 165

Conclusiones

- a) El concepto de capital social al momento del nacimiento de las sociedades por acciones, tuvo su razón de ser en la necesidad de establecer contrapeso al régimen de responsabilidad limitada del accionista, ya que establece cierto equilibrio entre los derechos del accionista y los derechos de los acreedores.
- b) El Capital Social es el conjunto de aportes realizados por los socios a favor de la sociedad con carácter de intangible (deuda diferida), lo cual implica que esa cifra no puede ser devuelta a los socios, mientras no se liquide pagando a todos los acreedores.
- c) La relación entre la cifra-capital y el valor del patrimonio acusará la situación económica de la sociedad. A medida que el valor del patrimonio rebasa la cifra-capital, la situación será más sólida, mientras que el caso contrario significa que las pérdidas han ido absorbiendo los fondos aportados por los socios en concepto de capital. El capital social será la valla que indicará si los accionistas pueden repartirse en calidad de utilidades, en todo caso si el patrimonio neto no superara la cifra del capital social, servirá para determinar el patrimonio neto intangible, o sea que no podrá repartirse a los accionistas ya que juega de garantía en protección de los acreedores.
- d) Si los socios quieren disponer de responsabilidad limitada tienen que pagar el precio del privilegio; y ese precio -se agrega- no es otro que una dotación de capital suficiente y adecuada al objeto social o, dicho más exactamente, una dotación de capital que permita en el ejercicio de la empresa mantener un equilibrio razonable entre recursos propios y recursos ajenos.
- e) El capital social representa un fondo de producción aportado por los socios para el cumplimiento del objeto social, destinado a desarrollar la capacidad productiva de la empresa permitiendo periódicamente la distribución de utilidades.
- f) En el momento de su constitución, se la debe dotar de un capital que satisfaga el objeto perseguido y tal proporcionalidad debe mantenerse durante la vida del ente, por lo que si la sociedad no cuenta con capital suficiente para afrontar su giro y el cumplimiento de su objeto social incurrirá en infracapitalización.

Recomendaciones

Modificación del artículo 51 de la Ley 26887 el cual quedará con el siguiente texto: “En la sociedad anónima el capital está representado por acciones nominativas y se integra por aportes de los accionistas, quienes no responden personalmente de las deudas sociales. No se admite el aporte de servicios en la

sociedad anónima. La responsabilidad limitada de los socios implica la obligación de estos de dotar a la sociedad de capital suficiente y adecuado que permita el ejercicio del objeto social de la sociedad, en tal sentido, será contrario a esta obligación lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 407 de la presente Ley”.

Bibliografía

1. AMICO Anaya, Mateo. *Derechos y Obligaciones del Accionista*. En: Tratado de Derecho Mercantil. Tomo I, Derecho Societario. Ed. Gaceta Jurídica, 1ra Edición
2. CORDOVA BELTRAN, Flor de María. La Función Externa del capital social. En Cordova Beltran, Flor de María “*Derecho de Sociedades y Gobierno Corporativo*”, Editora Grijley, Lima 2008
3. ELIAS LAROZA, Enrique. *Derecho Societario Peruano*. Ed. Normas Legales, Trujillo, 2000
4. HALPERIN, Isaac; *Sociedades Anónimas*, De Palma, Buenos Aires, 1974
5. MASSAGUER, José, *El Capital Nominal*, en Revista General de Derecho, N°550/551
6. RODRIGUEZ, Cándido. *La Infracapitalización. Una aproximación contractual*. En Alcocer Garau, Guillermo – Ureba Alberto, Alonso, *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Editora McGraw-Hill, Madrid 1996, Tomo I
7. SASOT BETES, Miguel, *Sociedades Anónimas Constitución, Modificación y Extinción*, Editora Abaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires 1982
8. SUÁREZ ANZORENA, Carlos. *Temas de Capital Social, su régimen de aumentos y su exposición en la documentación societaria*, en II Congreso de Derecho Societario N°3
9. URIA, Rodrigo. MENENDEZ, Aurélio. DE ENTERRIA GARCIA, Javier. En Uria, Rodrigo - Menendez, Aurélio. *Curso de Derecho Mercantil*, Editora Civitas. Madrid 1999, Tomo I
10. VERON, Alberto, Víctor. *Tratado de los Conflictos Societarios*, Parte I Editora La Ley. Buenos Aires 2006
11. WALDE JÁUREGUI, Vicente Rodolfo, *El Capital Social en las diversas formas de la Sociedad Anónima, los principios y las diversas funciones que cumple tanto externa como internamente en estas*, Revista Oficial del Poder Judicial: Año 4-5, N° 7/ 2010-2011
12. ZALDIVAR, Enrique, *Cuadernos de Derecho Societario*, Buenos Aires, t. 1

MEDIOS ALTERNATIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE TRABAJO EN EL PERÚ

Javier Arévalo Vela*

SUMILLA

En el presente trabajo se busca resaltar la eficacia de los diversos medios alternativos de resolución de conflictos que contempla la legislación peruana, para solucionar de forma célere las controversias que surgen dentro de la relación de trabajo, toda vez que los conflictos laborales representan un serio problema al proceso de producción de la empresa, en la economía nacional y en los ingresos personales del trabajador.

PALABRAS CLAVE

Conflictos de trabajo – formas alternativas de solución de conflictos.

1. *Concepto de conflicto*

La palabra conflicto tiene su origen en la voz latina *conflictus*, derivada a su vez del verbo *confligere* que significa chocar; por lo que etimológicamente conflicto significaría choque, desacuerdo, combate, controversia. El vocablo conflicto, trasladado al campo del Derecho, tiene varios sinónimos, entre ellos: diferencia, controversia, colisión, litigio, etc. En todos los casos, hace alusión a una oposición de intereses.

2. *La naturaleza conflictiva de las relaciones laborales*

En el Derecho Laboral, la doctrina coincide mayoritariamente en que una de las características fundamentales de las relaciones de trabajo es su carácter conflictivo; ello debido a los intereses contra puestos de las partes intervinientes en la relación laboral, por un lado el trabajador, de forma individual o colectivamente organizado, y por otro lado el empleador.

* Presidente de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, Magíster en Derecho, Profesor de la Maestría en Derecho del Trabajo de la Universidad de San Martín de Porres y de la Maestría en Derecho del Trabajo de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Profesor Principal de la Academia de la Magistratura.

MASCARO NASCIMENTO, 1999: 339, define los conflictos de trabajo de la siguiente manera: “(...) es toda oposición ocasional de intereses, pretensiones o actitudes entre uno o más empresarios, por una parte, y uno o más trabajadores a su servicio, por otra parte, siempre y cuando se origine en el trabajo, y una de las partes pretenda una solución coactiva sobre la otra”.

En ese sentido, DE LA CUEVA, 1979: 510, señala que los conflictos laborales tienen dos características fundamentales: “En primer lugar, una de las personas que intervienen en el conflicto, por lo menos debe ser sujeto de una relación de trabajo y, en segundo lugar, la materia sobre la que verse el conflicto ha de estar regida por las normas del derecho del trabajo”.

El conflicto laboral tiene su origen en los intereses antagónicos, generalmente de carácter económico, que buscan alcanzar uno u otro grupo. Podemos decir, que cuando un empleador ingresa a la actividad económica, busca obtener el mayor beneficio posible, maximizando los beneficios y reduciendo los costos, esto es, pagando menores sueldos y otros derechos sociales, incrementando las horas de labores; sin embargo, ello se contrapone con los intereses del otro grupo que conforma la relación de trabajo; porque los trabajadores siempre buscarán obtener mayores remuneraciones, reduciendo la jornada laboral; asimismo, buscarán obtener mejores condiciones de trabajo; lo que implicaría la reducción de las utilidades.

Al respecto, PASCO, 1997: 13, nos dice lo siguiente:

“(...) por otra parte, los intereses de unos y otros no sólo son diversos, lo que es casi connatural a toda vinculación contractual, sino que son marcadamente opuestos; el contrato de trabajo, finalmente, se desenvuelve de manera tan continua y permanente que coloca a las partes en un contacto personal casi físico, inmediato y constante, lo que produce el caldo de cultivo para roces y dificultades en la vida cotidiana”.

Por consiguiente, se puede afirmar que la contraposición de intereses entre trabajadores y empleadores que subyace al interior de las relaciones entre ambas partes, origina que las mismas sean de naturaleza conflictiva.

Sin embargo, en el ámbito de las relaciones laborales no solo encontramos los conflictos entre trabajadores y empleadores, sino que también se presentan otros, como los que surgen entre las organizaciones representativas de los trabajadores, entre estas y sus afiliados; incluso si desbordamos el ámbito de la empresa encontramos que también muchas veces surgen conflictos entre los trabajadores y el Estado.

3. Clasificación de los conflictos

La doctrina ha formulado a través del tiempo diversas clasificaciones de los conflictos de trabajo, las cuales trataremos de sintetizar a continuación.

Por razón de los sujetos que intervienen en la relación laboral, los conflictos pueden ser individuales, si el conflicto se produce entre un trabajador, individualmente considerado, y el empleador. En este caso, la controversia deriva del contrato individual de trabajo, versan sobre su contenido, y tienen un objetivo concreto y personal. Asimismo, los conflictos pueden ser de carácter colectivo, cuando nacen de la discrepancia entre una organización sindical o un grupo de trabajadores concertados, y un empleador u organización de empleadores. Teniendo en consideración que el grupo de trabajadores abstractamente considerados persigue un objetivo general, el cual beneficiará a todos indistintamente.

Respecto a la clasificación anterior, MASCARO NASCIMENTO, 1999: 341-342, señala lo siguiente:

“(...) la principal clasificación de los conflictos es la que los divide en individuales y colectivos. No es aceptada totalmente, porque hay dificultad en establecer la exacta diferencia entre ambos.

Pero es posible afirmar que individuales son los conflictos entre un trabajador o varios trabajadores individualmente considerados y el empleador. Son conflictos sobre el contrato individual de trabajo de cada uno, mientras que el conflicto colectivo, al contrario, es más amplio y alcanza un grupo de trabajadores y uno o varios empleadores teniendo como objetivo intereses generales del grupo”.

Rechazando la clasificación propuesta, RENDÓN, 1992: 87, cuestiona esta clasificación considerando que ha perdido significación, al señalar que: *“(...) la intervención generalizada de las organizaciones sindicales en defensa de los derechos de sus afiliados individualmente considerados, de todos ellos en conjunto, o de sólo una parte de ellos, les ha dado a casi todos los conflictos de trabajo una connotación colectiva”.*

Por su contenido, los conflictos pueden dividirse en jurídicos y económicos. Los primeros, se encuentran referidos a la aplicación correcta de las leyes o los convenios colectivos, cuya finalidad es el reconocimiento de derechos y beneficios que se encuentran contenidos en normas legales o convencionales, como por ejemplo, la disconformidad con el pago de las horas extras; mientras que los segundos, están orientados a la obtención de nuevos derechos de carácter remunerativo o lograr la creación o modificación de las condiciones de trabajo, ergo, la nivelación salarial de un trabajador respecto a sus compañeros que realizan labores similares, etc.

Por razón del antagonismo interno entre las partes de la relación laboral, los conflictos pueden clasificarse de la siguiente manera: intersindicales, intrasindicales e interpatronales. Los conflictos **intersindicales**, son aquellos que se presentan entre dos o más sindicatos; por ejemplo, el conflicto que nace entre estos, que buscan obtener la calidad de sindicato más representativo dentro de un centro de trabajo. Los conflictos **intrasindicales**, son aquellos que se originan

en disputas dentro de un mismo sindicato; un ejemplo puede ser la pugna de dos directivas por obtener la titularidad del sindicato; por último, los conflictos **interpatronales**, en los cuales dos o más empleadores se imputan mutuamente responsabilidades por el cumplimiento de obligaciones laborales. Aunque este tipo de conflictos son muy escasos, un ejemplo puede ser el conflicto que nace al momento de la transferencia de una empresa, cuando el otorgante y el adquirente se imputan el pago de los beneficios sociales de los trabajadores.

Como se ha mencionado anteriormente, en muchas ocasiones los conflictos laborales desbordan el ámbito del centro de trabajo o empresa, dando origen a los conflictos entre los trabajadores y el Estado. Este tipo de conflictos pueden ser de carácter jurídico o económico – político.

Los conflictos de carácter jurídico se presentan cuando el Poder Legislativo o en general cualquier órgano del Estado con poder de decisión, dicta una norma inconstitucional o inobservando las normas constitucionales, que contraviene o afecta los derechos de los trabajadores o de los empleadores, originando con ello que los afectados puedan interponer la acción legal correspondiente.

Los conflictos económico– políticos surgen cuando un sindicato peticona a los poderes públicos el establecimiento o reestablecimiento de una determinada condición en función a los intereses de sus representados; sin embargo, este acto se encuentra revestido de una connotación política, por la calidad de los órganos a quienes va dirigida la solicitud.

Al respecto RENDÓN, 1992: 88-89, nos dice lo siguiente:

“Son conflictos económico-políticos los suscitados cuando las organizaciones sindicales formulan a los Poderes Públicos una petición respaldada casi siempre por un acto de presión, que puede ir desde un simple enfrentamiento escrito hasta una paralización colectiva de trabajo. Se trata de conflictos laborales por cuanto intervienen en ellos organizaciones representativas de trabajadores actuando en función de los intereses de éstos como tales; pero que revisten, al mismo tiempo, una significación política de diverso grado, en tanto y cuanto los responsables de los órganos del Estado, a quienes va dirigida la petición, ejercen una actividad netamente política”.

4. Solución de los conflictos de trabajo

Todas las controversias antes mencionadas pueden ser resueltas a través de formas autónomas o heterónomas de solución de conflictos.

4.1. Formas autónomas

Son aquellas en que las partes directamente o con la intervención de un tercero no dirimente solucionan sus controversias; a la primera modalidad pertenece la conciliación, a la segunda la mediación.

4.2. Formas heterónomas

Son aquellas en que la solución del conflicto depende de la intervención de un tercero habilitado por las partes, tal como es el caso del arbitraje; o a cargo de un órgano del Estado competente para resolver conflictos de trabajo, como es la Autoridad Administrativa de Trabajo o el Poder Judicial.

5. Formas de resolver o solucionar conflictos

Los conflictos laborales representan un serio problema al proceso de producción de la empresa donde se originen; en tal sentido, se requiere de mecanismos rápidos, lo suficientemente eficaces para su solución, y que garanticen el respeto irrestricto de lo resuelto.

Sobre ello, DÁVALOS, 1997: 219, señala que:

“Un pilar fundamental de todo sistema jurídico es el establecimiento de mecanismos eficaces para dirimir las controversias, que garanticen que lo resuelto se cumplirá, inclusive, en contra de la voluntad de aquel a quien se le impone una obligación.

Si bien es deseable contar con un sistema judicial confiable y eficaz, resulta más sano el activar con la menor frecuencia la maquinaria jurisdiccional.

Es muy apropiado que existan variados mecanismos o vías de solución de los conflictos; habiendo múltiples cauces, las soluciones necesariamente llegarán.

Genéricamente, la solución de los conflictos laborales puede llegar por la voluntad concertadora de los sujetos implicados, por los buenos oficios de un tercero ajeno a la controversia, o por la decisión de la autoridad jurisdiccional competente”.

Los medios alternativos de resolución de conflictos, se pueden definir como todos aquellos mecanismos destinados a encontrar una solución a las diversas controversias que surjan como consecuencia de la relación laboral, sin que ello implique acudir ante el órgano jurisdiccional. Dentro de los cuales encontramos la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje.

Los medios alternativos de resolución de conflictos se caracterizan por su celeridad, economía, flexibilidad y confidencialidad, donde las partes en conflicto buscan solucionar sus diferencias de manera autónoma (autocomposición), y en algunos casos, con la ayuda de un tercero quien facilita la comunicación y el diálogo que permitirá encontrar una solución a la controversia sin necesidad de recurrir a la vía jurisdiccional (heterocomposición).

6. Principales medios alternativos de resolución de conflictos

Los principales medios alternativos de resolución de conflictos son la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje, los cuales pasaremos a explicar en las líneas siguientes.

6.1. La negociación

6.1.1. Objeto

La negociación tiene como objetivo que las dos partes integrantes de la relación laboral lleguen a un acuerdo mediante el cual solucionen un conflicto surgido como consecuencia de la contraposición de intereses.

6.1.2. Definición

La negociación es el procedimiento autónomo de solución de conflictos de carácter laboral mediante el cual ambas partes de la relación de trabajo se reúnen para proponer y discutir propuestas explícitas para encontrar una solución a una determinada controversia.

6.1.3. Características

La negociación presenta ciertas características que la diferencian del resto de formas alternativas de solución de conflictos, entre las cuales tenemos las siguientes:

- Existencia de un conflicto de intereses, para que pueda llevarse a cabo la negociación debe necesariamente existir una controversia, por la cual las partes se encuentren en la necesidad de llegar a un acuerdo.
- La inexistencia de reglas procedimentales, si por algo se caracteriza la negociación es por la falta de reglas preestablecidas que lleven a solucionar el conflicto, lo que conlleva a que el logro de la negociación, y por consiguiente la solución del conflicto, se encuentre supeditado al deseo de las partes.
- La voluntad de las partes de solucionar el conflicto mediante la realización de concesiones mutuas, sin llegar al extremo de la confrontación abierta.

6.2. La mediación

6.2.1. Objeto

La mediación tiene como objeto la obtención de un acuerdo que solucione un conflicto de intereses de manera rápida y económica en términos de tiempo, dinero y esfuerzo, a través de un procedimiento no adversarial y pacífico, lo que resultaría difícil de conseguir si se somete la solución de la controversia en sede judicial.

6.2.2. Definición

Previamente a establecer una definición de este medio de solución de conflictos, resulta pertinente citar diversas definiciones de autores, para luego efectuar una propia.

Según MASCARO NASCIMENTO, 1999: 357, la mediación no es una forma decisoria, debido a que:

“(...) no contiene implícitos esos poderes de substituir la voluntad de una de las partes, restringiéndose a aproximar las de ambas en la medida en que las mismas se dispongan para tal. El mediador adopta no el método impositivo sino el persuasivo, con lo cual la mediación contiene en su estructura un componente autocompositivo que es de su substancia y del cual no puede alejarse sin descaracterizarse”.

A su vez MARTÍN VALVERDE, 2002: 407, define la mediación en los términos siguientes:

“En la mediación, el tercero (mediador) cuenta con mayores posibilidades de intervención, con facultades para recabar la opinión de las partes, terciar en sus controversias, ofrecer salidas y proponer soluciones, que no serían vinculantes. De ahí que la mediación a veces se califique como «negociación asistida», y de ahí también que constituya un medio de solución de controversias muy frecuente en los procesos de negociación colectiva, para despejar posibles obstáculos, facilitar el acercamiento de las partes y contribuir a la continuidad del proceso”.

Es un medio autónomo de solución de conflictos de trabajo, en virtud del cual ambas partes, trabajador y empleador, comparecen ante un órgano designado por acuerdo entre ambos, o instituido oficialmente, el cual a diferencia de lo que ocurre en la conciliación, mantiene un rol activo, realizando propuestas para la solución de la controversia, las cuales pueden ser acogidas o no por las partes. Como sucede en la negociación y la conciliación, en la mediación las partes mantienen en todo momento su autonomía respecto a la solución del conflicto, pues ningún tercero puede imponer decisión alguna.

ALVARADO y ÁGUILA, 2011: 7, al referirse a las atribuciones del mediador, sostiene lo siguiente:

“El tercero, actuando espontáneamente con plena aceptación de ambos interesados o acatando expreso pedido de ellos, se limita a intentar su conciliación, dando consejo y haciendo ver los inconvenientes que pueden engendrar el litigio, pero sin proponer soluciones (...). En este caso, como resulta obvio, la actividad que cumple el tercero constituye sólo un medio de acercamiento para que los interesados lleguen por sí mismos al resultado de la autocomposición (el conflicto se disuelve sin que nadie lo resuelva)”.

6.2.3. Características

Constituyen características de la mediación las siguientes:

- **Voluntariedad:** En virtud de la cual la mediación solo puede iniciarse a instancias de las partes entre las cuales surge el conflicto, pudiendo estas apartarse del procedimiento en cualquier etapa que se encuentre, siempre que no medie acuerdo escrito que verse sobre la controversia objeto de mediación.
- **Flexibilidad en el procedimiento y la falta de formalismo del mismo:** La mediación se desarrolla sin sujetarse a un procedimiento normado.
- Inmediatez y carácter personalísimo de la mediación: Las partes integrantes del conflicto, así como el mediador, deben comparecer a las reuniones que resulten necesarias para solucionar la controversia, no pudiendo delegar sus funciones en un representante o apoderado.
- **Confidencialidad:** El mediador no puede hacer público ninguno de los incidentes ocurridos dentro del procedimiento, haya concluido en un acuerdo o no.

6.3. LA CONCILIACIÓN

6.3.1. Objeto

El objeto de la conciliación es que las partes participantes lleguen a un acuerdo que dé término a su conflicto, con la participación de un tercero que actúa como un moderador de ambas posiciones, el cual no toma partido en las decisiones tomadas.

6.3.2. Definición

La conciliación es un medio alternativo de solución de conflictos en el que participa un tercero llamado conciliador, quien no toma partido en las negociaciones, sino que actúa como un facilitador a efecto de que las partes moderen sus posiciones, mantengan el diálogo y puedan llegar a una solución autónoma de sus controversias.

Al respecto, MONTERO AROCA, 1996: 108, define la conciliación como:

“(...) una actividad que puede definirse como la comparecencia obligatoria (o facultativa) de las partes ante una autoridad designada por el Estado, o ante un órgano constituido según las reglas dictadas por aquél, para que en su presencia traten de solucionar el conflicto que los separa. Se trata, pues, de un

sistema de autocomposición por el que son las mismas partes las que intentan poner fin al conflicto, aunque sea en presencia de un tercero ajeno al mismo”.

ARMENTA DEU, 2004: 147, define la conciliación en los términos siguientes: “La conciliación consiste en la actividad que desarrollarán las partes delante de un tercero (...) a los efectos de lograr un acuerdo que haga innecesario el proceso”.

CERÓN y PIZARRO, 2007: 52, definen la conciliación como:

“(...) el sistema por medio del cual el Estado propone fórmulas de arreglo del conflicto, que pueden ser aceptadas o rechazadas por las partes. Eventualmente se podrá llegar a un acuerdo si voluntariamente este es aceptado por ambas partes y aprobado por el conciliador. (...) Este mecanismo de auto composición, donde nadie suplente a las partes en la toma de sus decisiones, fomenta la tolerancia y se presenta una real inmediatez”.

La conciliación tiene carácter obligatorio para las partes intervinientes, respecto a las pretensiones que versen sobre derechos disponibles de ellas; no pudiendo alcanzar a aquellos que se encuentren reconocidos por la Constitución o la ley, en virtud a la irrenunciabilidad de los Derechos Laborales reconocida en el numeral 2) del artículo 26° de la Constitución Política del Perú.

El literal 1 del artículo 27 del Decreto Legislativo N° 910, Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 17 de marzo de 2010, sobre la conciliación señala lo siguiente: *“La conciliación está destinada a promover el acuerdo entre empleadores y trabajadores o ex trabajadores a fin de encontrar una solución autónoma a los conflictos que surjan en la relación laboral. La asistencia del trabajador y del empleador a la Audiencia de Conciliación es de carácter obligatorio”.*

Por su parte, el artículo 69 del Decreto Supremo N° 020-2001-TR, Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 29 de junio de 2001, acerca de la finalidad de la conciliación administrativa sostiene: *“La conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, mediante el cual un funcionario de la administración pública, denominado conciliador, facilita la comunicación entre el empleador y el trabajador teniendo como finalidad la de ayudar a resolver las controversias que surjan de la relación laboral, en todos sus aspectos y así lograr que arriben a una solución justa y beneficiosa para ambos”.*

La conciliación puede ser judicial o administrativa, la primera se realiza dentro del proceso. Conforme al artículo 30° de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, establece que: *“La conciliación (...) pueden ocurrir dentro del proceso, cualquiera sea el estado en que se encuentre, hasta antes de la notificación de la sentencia con calidad de cosa juzgada. El juez puede en cualquier momento invitar a las partes a llegar a un acuerdo conciliatorio, sin que su participación implique prejuzgamiento y sin que lo manifestado por las partes se considere declaración. Si ambas partes concurren al juzgado llevando un acuerdo para poner fin al proceso, el juez le da trámite preferente en el día (...).”* Asimismo, la segunda se desarrolla fuera del proceso y su realización, salvo en casos establecidos por ley, no constituye un presupuesto procesal, conforme a lo previsto en Decreto Legislativo N° 910, Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 020-2001-TR.

6.3.3. Características

La conciliación tiene como características fundamentales las siguientes:

- Es consensual, porque los acuerdos que adopten las partes obedecen única y exclusivamente a la voluntad de ellas.
- Es voluntaria, en la medida que las partes que optan por esta forma de resolución de conflictos, lo hacen de forma voluntaria; asimismo, no se encuentran obligadas a llegar a un acuerdo.
- Es idónea, toda vez que el conciliador debe ser una persona especializada, capacitada, acreditada y autorizada por el Ministerio de Justicia para ejercer tales funciones.
- Es horizontal, porque es el conciliador el que está a cargo de su desarrollo, el cual debe mantener en todo momento una relación armoniosa y horizontal con las partes.
- Busca en todo momento la satisfacción de las partes, pues, el conciliador debe ser proactivo y procurar que el acuerdo conciliatorio satisfaga la mayoría de los intereses de ambas partes.
- Es confidencial, porque todos los participantes en el procedimiento de conciliación deben guardar reserva de lo debatido y acordado dentro de su desarrollo, no pudiendo dar a conocer detalles de esta a terceros, conforme al principio de confidencialidad en el que se basa la conciliación.

- Es informal, toda vez que resulta práctico y busca evitar que el procedimiento sea oneroso; siendo las únicas formalidades exigibles las previstas en el artículo 326° del Código Procesal Civil y el artículo 30° de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, referidos a la conciliación intraprocesal.

6.4. EL ARBITRAJE

6.4.1. Objeto

El objeto del arbitraje es la solución de un conflicto de intereses, el cual es sometido a la jurisdicción arbitral, para que una vez resuelto a través de un laudo, que tiene los mismos efectos que una sentencia emitida por un órgano del Poder Judicial, pueda ser ejecutado sin necesidad que dicha controversia se dilucide en la vía judicial.

6.4.2. Definición

Respecto a esta forma heterónoma de solución de conflictos, resulta pertinente citar algunas definiciones de autores, para posteriormente elaborar una propia.

ARMENTA DEU, 2004: 610, define el arbitraje en los términos siguientes:

“El arbitraje constituye el acuerdo entre dos o más personas para que una tercera dirima una controversia existente entre ellas.

De esta simple definición se deriva una conclusión, asimismo, sencilla: la materia ha de ser de libre disposición para aquellos que acuden al arbitraje, lo que, de un lado, excluye algunas cuestiones de su ámbito objetivo de aplicación, como las penales, por ejemplo; en tanto, de otro, exige modulaciones importantes en los llamados arbitrajes especiales, como los laborales, excluidos expresamente de la aplicación de la Ley de Arbitraje”.

Por su parte, CERÓN y PIZARRO, 2007: 64-65, define el arbitraje como:

“El arbitraje, salvo en algunas excepciones en materia laboral, es de carácter autónomo. Los sujetos en controversia, o que prevean que pueden llegar a estarlo, determinan voluntariamente que su diferencia no sea decidida por el Estado, sino por un particular a quien le reconocen la competencia para resolver sus desavenencias (poder habilitante). Son las partes, o en algunos casos la ley, quienes deciden no hacer uso del aparato de justicia estatal u ordenar la resolución del conflicto a través del arbitraje.

(...) El arbitraje en materia laboral es el sistema mediante el cual,

en unas oportunidades de manera voluntaria, y en otras de forma obligatoria, se resuelven las diferencias, sean estas jurídicas o económicas, individuales o colectivas”.

Por mi parte, defino el arbitraje como una técnica privada de solución de conflictos por el cual las partes encomiendan la solución de sus controversias a particulares para que resuelvan sobre las mismas, mediante una decisión llamada laudo, la que tiene igual efecto que una sentencia expedida por el Poder Judicial.

MARTÍN VALVERDE, 2002: 407, realizando una diferenciación entre los efectos del arbitraje, la conciliación y la mediación, sostiene lo siguiente:

“(...) La decisión del árbitro pone fin al conflicto y vincula a las partes enfrentadas; mientras que en la conciliación y la mediación la resolución del conflicto sigue quedando en manos de las partes, pese a la intervención de una tercera persona, en el arbitraje es ésta la que asume explícitamente la función de resolver la controversia. Por ello normalmente exige un compromiso expreso de las partes («compromiso arbitral»)”.

6.4.3. Características

Una de las características del arbitraje, es la voluntariedad; es decir, que las partes renuncian a que su controversia sea ventilada en la vía judicial; encargando la solución de esta a un tercero, sometiéndose a su jurisdicción a fin de que resuelva extrajudicialmente su conflicto.

Otra característica de esta forma heterónoma de solución de conflictos, es el hecho de que solo pueden someterse a arbitraje aquellas controversias que versen sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como las que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen. Ello conforme a lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje.

Por último, es indispensable la existencia de un convenio arbitral en el cual conste que ambas partes deciden renunciar a la jurisdicción y competencia de los tribunales de justicia, decidiendo someterse a la jurisdicción arbitral; asimismo, este convenio debe contener todas las controversias, que hayan surgido o que puedan surgir, que las partes deciden someter a conocimiento del Tribunal Arbitral.

7. Solución de conflictos de trabajo en el Perú por medios alternativos de solución en cifras

**SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE TRABAJO EN EL PERÚ
POR MEDIOS ALTERNATIVOS EN CIFRAS (2007-2013)**

ETAPAS DE SOLUCIÓN	Año 2007	Año 2008	Año 2009	Año 2010	Año 2011	Año 2012	Año 2013	TOTAL
NEGOCIACIÓN DIRECTA	438	388	422	446	498	373	389	2 954
ARBITRAJE	14	5	5	10	15	30	32	111
CONCILIACIÓN	24	26	25	44	37	32	34	222

FUENTE: Ministerio de Trabajo (Anuarios Estadísticos Sectoriales de los años 2007 al 2013)

**SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE TRABAJO EN EL PERÚ POR MEDIO
DE LA CONCILIACIÓN JUDICIAL EN CIFRAS (2011)**

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA	% DE CONCILIACIÓN RESPECTO DE LA PRODUCCIÓN TOTAL	NÚMERO DE CONCILIACIONES 2011	PRODUCCIÓN JUDICIAL 2011
Arequipa	5%	97	2 041
Cajamarca (*)	1%	2	325
Cañete	0%	1	214
Cusco	2%	31	1 271
Ica (*)	6%	35	601
Junín (*)	2%	8	363
La Libertad	14%	574	4 064
Lambayeque	2%	52	2 136
Moquegua (*)	1%	3	463
El Santa (*)	6%	24	375
Tacna	1%	12	1 691
TOTAL GENERAL	6%	839	13 544

Período: enero a noviembre 2011

Observación: Estos datos corresponden a Juzgados Especializados de Trabajo, Juzgados Mixtos y Juzgados de Paz Letrados.

(*) Distritos Judiciales donde fue implementada la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el mes de julio de 2011.

NOTA: En el año 2011, el número de procesos laborales que culminaron mediante la Conciliación fueron 839, a nivel de los Juzgados Especializados de Trabajo, Juzgados Mixtos y Juzgados de Paz Letrados. Asimismo, se advierte que el porcentaje general de procesos laborales que han terminado por medio de la Conciliación es del 6% (839 / 13,544), respecto de los expedientes resueltos totales.

FUENTE: Poder Judicial (Memoria Institucional 2011- 2012)

SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE TRABAJO EN EL PERÚ POR MEDIO DE LA CONCILIACIÓN JUDICIAL EN CIFRAS (2012)

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA	% DE CONCILIACIÓN RESPECTO DE LA PRODUCCIÓN TOTAL	NÚMERO DE CONCILIACIONES 2012	PRODUCCIÓN JUDICIAL 2012
Arequipa	5.0%	134	2 681
Cajamarca	1.0%	18	1 793
Cañete	1.1%	3	285
Cusco	1.8%	35	1 917
Ica	1.8%	40	2 187
Junín	2.2%	27	1 231
La Libertad	8.8%	427	4 872
Lambayeque	4.7%	91	1 934
Moquegua	0.4%	4	959
El Santa	6.9%	90	1 300
Tacna	0.4%	4	1 126
TOTAL GENERAL	4%	873	20 285

Fecha de Cortes: 25 de octubre de 2012

Periodo: enero a setiembre 2012

Observación: Estos datos corresponden a Juzgados Especializados de Trabajo, Juzgados Mixtos y Juzgados de Paz Letrados.

Mientras que a setiembre del año en curso, el número de procesos laborales que culminaron mediante la Conciliación fueron 873, a nivel de los Juzgados Especializados de Trabajo, Juzgados Mixtos y Juzgados de Paz Letrados. Asimismo, se advierte que el porcentaje general de procesos laborales que han terminado por medio de la Conciliación es del 4% (873 / 20,285), respecto de los expedientes resueltos totales.

FUENTE: Poder Judicial (Memoria Institucional 2011- 2012)

SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE TRABAJO EN EL PERÚ POR MEDIO DE LA CONCILIACIÓN JUDICIAL EN CIFRAS (Enero 2012- Setiembre 2014)

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA	Ene- Dic 2011	Ene- Dic 2012	Ene- Dic 2013	Ene- Set 2014
Arequipa	66	153	98	66
Cajamarca	2	28	17	12
Callao	-	3	45	124
Cañete	1	4	4	0
Cusco	15	42	44	33
Ica	33	60	41	55
Junín	12	30	18	22

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA	Ene- Dic 2011	Ene- Dic 2012	Ene- Dic 2013	Ene- Set 2014
La Libertad	581	681	1086	640
Lambayeque	44	111	100	73
Lima	-	3	777	586
Lima Norte	-	2	55	59
Lima Sur	-	7	52	25
Moquegua	2	7	1	2
El Santa	27	115	218	97
Tacna	5	7	11	3
TOTAL	788	1253	2567	1797

FUENTE: Poder Judicial- Formulario Estadístico Electrónico

8. Conclusiones

- a. En sentido amplio, puede decirse que los conflictos laborales son las fricciones que pueden suscitarse en las relaciones de trabajo, mientras que en sentido estricto, pueden definirse como las diferencias que pueden ocurrir entre los empleadores y los trabajadores como consecuencia del nacimiento, modificación o cumplimiento de las relaciones individuales o colectivas de trabajo.
- b. Los conflictos laborales pueden solucionarse de manera judicial o extrajudicial, siendo lo más recomendable la solución extrajudicial (conciliación, transacción, arbitraje) por medio de la voluntad concertadora de las partes inmersas en él, con la intervención de un tercero ajeno a la controversia, y no llegar al extremo de acudir a la autoridad jurisdiccional.
- c. Los conflictos laborales de conformidad con los sujetos que intervienen en él pueden darse de tres formas: i) entre trabajadores y empleadores, por ejemplo: un despido injustificado; ii) entre trabajadores, por ejemplo: antigüedad y ascensos y; iii) entre empleadores, por ejemplo imputación recíproca de responsabilidades laborales
- d. Los conflictos laborales en función de su naturaleza pueden ser de orden jurídico y de orden económico; los primeros nacen por la aplicación e interpretación de las normas de trabajo, legales o contractuales; la segunda se refiere al establecimiento o modificación de las condiciones laborales.
- e. Los conflictos laborales atendiendo al tipo de interés afectado pueden ser individuales (interés particular) y colectivos (interés sindical).
- f. Los conflictos laborales revisten gran importancia en la sociedad, no solo por sus posibles consecuencias económicas sobre la empresa, el país y el hogar de los trabajadores, sino también porque son una expresión de la

desigualdad en las relaciones de poder de una sociedad, es decir, entre el empleador y el trabajador.

9. **Bibliografía**

Alvarado Velloso, Adolfo y Águila Grados, Guido (2011): *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Lima-Perú, Editorial San Marcos.

Armenta Deu, Teresa (2004): *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. 2ª. Edición. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

Cerón Coral, Jaime y Pizarro Jaramillo, Esteban (2007): *El Arbitraje Laboral*. Bogotá-Colombia. Editorial Temis S.A.

Díaz Aroco, Teófila T. (2000): *Derecho Colectivo del Trabajo*. Lima-Perú, Gráfica Horizonte S.A.

Dávalos Morales, José (1997): “*Conflictos de Trabajo*”, en N De Buen Lozano y E. Morgado Valenzuela (co.): *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*. México D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

De la Cueva, Mario (1979): *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. México, Porrúa.

Martín Valverde, Antonio (2002): *Derecho del Trabajo*. 11ª. Edición. Madrid, Editorial Tecnos.

Mascaro Nascimento, Amauri (1999): *Teoría General del Derecho del Trabajo*. Sao Paulo, Editora LTR Ltda.

Montero Aroca, Juan (1996): *Introducción al Proceso Laboral*. 3ª. Edición. Barcelona, J. M. BOSCH Editor S.A.

Pasco Cosmópolis, Mario (1997): *Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo*. 2ª. Edición. Lima-Perú, AeLe.

Rendón Vásquez, Jorge (1992): *Derecho del Trabajo Colectivo*. Lima-Perú, Tarpvy.

TRANSFUGUISMO

Martín Belaunde Moreyra

Antecedente más famoso

Sin duda el más famoso tráfuga que registra la historia contemporánea fue Winston Churchill. Elegido miembro del parlamento británico en el año 1900 como miembro del Partido Conservador al que pertenecía por tradición y familia, cuatro años después se pasó al Partido Liberal por su defensa a ultranza del libre comercio que su partido de origen amenazaba con abandonar.

En el liberalismo Churchill hizo fortuna y alcanzó los más altos cargos ministeriales. Al estallar la Primera Guerra Mundial se desempeñaba como Primer Lord del Almirantazgo, en otras palabras Ministro de Marina, donde tuvo una actuación descollante al poner en alerta a la armada un día antes que Gran Bretaña entrara en hostilidades. Sin embargo, fracasó en su empeño de forzar el paso de Gallipoli para entrar al Mar Negro y establecer contacto con Rusia. Ese extraordinario fracaso le costó el puesto y debió dejar el gabinete. Pero un año después retornó para desempeñar la nueva cartera de Ministro de Municiones hasta el fin de la guerra.

En ese cargo Churchill contribuyó al diseño y puesta en marcha de los tanques, que facilitaron el avance de los aliados y el desmoronamiento de las líneas alemanas en la ofensiva final del frente occidental que llevó a la victoria de los Aliados.

En el año 1922 los conservadores impusieron la caída del gobierno liberal presidido por Lloyd George y Churchill se quedó literalmente en la calle. A pesar de eso, retornó a la política dos años más tarde como Canciller del Exchequer (Ministro de Economía) en un gobierno conservador. Churchill se burló de sí mismo cuando dijo que se requería un cierto ingenio para ser un tráfuga de ida y vuelta (*“Anyone can ratbutittakes a certainingenuityto re rat.”*).

El resto de la biografía de Churchill pertenece a la historia universal, pero resalto este episodio como una modalidad exitosa del transfuguismo, si bien durante muchos años Churchill fue criticado dentro y fuera del Partido

Conservador como un oportunista sin escrúpulos. Esa crítica se disipó luego por su actuación posterior de opositor al nazismo y por la conducción de su patria en la Segunda Guerra Mundial, que lo colocó en el panteón de los héroes.

Lamentable transfuguismo criollo

En el Perú lamentablemente el transfuguismo no ha tenido los contornos heroicos del transfuguismo de Churchill. Aquí, tal como lo pudimos apreciar en los tristemente célebres “*vladivideos*”, se trató de hechos de corrupción registrados para la posteridad por la imaginación retorcida de Montesinos, que creía que la política era el arte de comprar conciencias, empeño en el que fue eficazmente secundado por Fujimori, hoy reo condenado quizás por el tiempo que le quede de vida, salvo que sea indultado por el actual o por un próximo gobierno.

Y cuando el transfuguismo no fue alimentado por la corrupción tuvo como acicate el más ramplón y estúpido de los oportunismos. En este tema hay un aspecto fundamental que debe ser tenido en cuenta. En la política no cabe actuar en forma aislada. La política demanda una acción concertada que se plasma a través de los partidos políticos.

Puede afirmarse que en la política hay dos formas de actuar, una mediante la persuasión y otra por la violencia. Los partidos *marxistas leninistas* han endiosado la violencia para luego justificar su eternización en el poder. Los partidos democráticos surgen de una base distinta, ellos buscan persuadir al electorado de las bondades de sus líderes y de sus programas. La política democrática es un ejercicio riesgoso porque nadie está seguro del triunfo. Hay algunos líderes o quizás, mejor dicho, *pseudo* líderes, que pretenden engañar a la ciudadanía negando su condición de políticos, lo cual por cierto es un contrabando carente de la más elemental justificación.

Quien incursiona en la actividad política es un político y no tiene sentido alguno para los fines de una contienda electoral disfrazarse de “*técnico*”. Como alguna vez dijera pintorescamente Luis Bedoya Reyes, “*a los técnicos se les alquila*”. La frase podrá resultar algo peyorativa pero es cierta en lo esencial. Los gobiernos disponen de técnicos en todos los niveles, pero éstos no ejercen una función política porque su responsabilidad está limitada al ámbito administrativo. Eso no quiere decir que estén recubiertos de un manto de impunidad.

Obviamente los técnicos son y deben ser responsables de sus acciones y de sus actos de corrupción cuando los hubiere, pero se trata de una responsabilidad de naturaleza algo distinta, enmarcada dentro del ámbito administrativo salvo que cometan ilícitos penales. Las decisiones del gobierno siempre corresponden a los políticos sea al Presidente de la República, a los ministros que integran su gabinete, a los parlamentarios que forman parte

del Congreso, a los presidentes regionales (hoy gobernadores regionales) y a los miembros de los consejos regionales, a los alcaldes y regidores.

Todos estos dignatarios tienen un origen electoral con excepción de los ministros, quienes además están sujetos a la doble confianza del Presidente y de la mayoría parlamentaria en el Congreso. De otro lado, el resto de los funcionarios públicos desde vice ministros para abajo, podrán desempeñar funciones de muy alto o de menor nivel, pero siempre dentro del ámbito administrativo.

Mal concepto de la política absurdamente alentado por la prensa

La política hoy día está muy mal mirada. Los periódicos que le han puesto la puntería a los políticos, entre quienes pueden haber buenos o malos, sostienen absurdamente que la prensa puede reemplazar a la política, o lo que es más absurdo todavía, que la discusión en los medios de expresión puede sustituir a la política, cuando en realidad no es otra cosa que una extensión de la lucha por el poder, cuyos actores no tienen la obligación de responder ante el público por el acierto o desacierto de sus opiniones, dado que nadie los ha elegido, todo eso garantizado por la libertad de expresión consagrada en la Constitución, que por cierto prohíbe la censura y elimina el delito de opinión. Sin duda una cosa es opinar con libertad y otra es hacer en un mundo lleno de conflictos y presiones de las más variadas características. Este desprestigio de la política obedece a diversas causas pero parte de una base errónea. La política es el arte y la ciencia del poder y se refleja en la lucha por alcanzarlo. En ese sentido, es la más elevada de las funciones humanas a pesar de que en la práctica se desenvuelva en medio de inevitables zancadillas. La política nunca será reemplazada por la actividad económica porque persigue un objetivo distinto que responde a una naturaleza diferente. La actividad económica individual o colectivamente considerada tiene como fin la ganancia, el lucro. La economía como ciencia estudia los principios teóricos y la realidad de las diversas modalidades de la producción y de la distribución de los bienes y servicios así como la forma como se satisfacen las múltiples necesidades del consumo. No cabe duda de que existe una gran interacción entre la política y la economía y la una no puede prescindir de la otra, de la misma forma que existe una permanente interacción entre la economía y el derecho. Pero el mundo de la política responde a reglas distintas de la economía y del derecho. La política se manifiesta desde el poder para establecer un orden soberano, que regule todas las manifestaciones económicas hasta donde sea dable o conveniente hacerlo, utilizando el derecho para enunciar y cristalizar la autoridad dentro de la población y en el territorio donde esa población vive.

Necesidad de los partidos políticos

De ahí que los políticos se organicen a través de los partidos, que no son

otra cosa que asociaciones de personas con una ideología o ideario común, sujetas ahora a las reglas de la democracia, que establece para sus adherentes un régimen de libertad que de alguna forma armonice la disciplina partidaria con la lealtad a los principios fundamentales de la conciencia. Quien viola la disciplina partidaria, especialmente en el Poder Legislativo, y se pasa a un bando distinto se le considera un tráfuga y recibe por lo menos una sanción moral por violar un deber mínimo de lealtad al partido que lo llevó a la función parlamentaria. El tráfuga generalmente es censurado y muchas veces objeto del oprobio sobre todo cuando la deserción obedece al soborno. La revelación filmada del soborno de Alberto Kouri por parte de Vladimiro Montesinos originó la caída del gobierno de Fujimori que no pudo explicar ni menos soportar la censura de la opinión pública que condenó ese acto de corrupción. La escena de Alberto Kouri metiéndose al bolsillo un sobre con quince mil dólares, porque en esa suma valorizó su mandato electoral, mientras decía que era una inversión después haber pedido cinco mil dólares más, sublevó a la conciencia ciudadana. Esa escena era algo peor que el transfuguismo, tuvo la virtud de perennizar un delito. Pero, ¿qué remedio le ponemos al transfuguismo político, para lo cual previamente debe ser definido y tipificado como un ilícito penal?

Para entender este fenómeno es imperativo primero entender que la acción política obedece a reglas propias de su actividad. La política se desenvuelve fundamentalmente en dos ámbitos del Estado, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. En el Poder Judicial se supone que no debe intervenir, aunque a veces ocurra lo contrario por la tendencia de algunos partidos, en el Perú el caso del APRA, de penetrar la carrera judicial en todos sus estamentos e instancias. Para dominar al Ejecutivo y al Legislativo la política reflejada a través del mayor número de las constituciones del mundo, se sirve de los mecanismos electorales, que generalmente pero no siempre, se concretan en elecciones presidenciales destinadas a asegurar el control del Poder Ejecutivo y en elecciones parlamentarias para hacer lo mismo en el Poder Legislativo. En los países de régimen parlamentario las elecciones legislativas conducen indirectamente al control del ejecutivo. En América Latina tenemos en muchos países un régimen mixto con aspectos presidenciales y parlamentarios y eso lo vemos específicamente en el Perú. Ahora bien, el control del Poder Legislativo requiere además de un mínimo de cohesión y disciplina entre sus miembros, porque de lo contrario se cae en una situación anárquica que termina desestabilizando al Estado. Por esa razón el tráfuga tiende a ser castigado, pero no siempre puede ser eliminado debido a la complejidad de las motivaciones que en muchos casos perdonan la deshonestidad. Además de Churchill la historia registra otros casos famosos de transfuguismo que no fueron censurados a pesar de que tales personajes hoy día son villanos de la política pero por razones distintas al transfuguismo.

Mussolini y Vyshinski: otros casos olvidados de transfuguismo

Veamos por ejemplo el caso de Mussolini, quien luego de ser un militante activo del Partido Socialista Italiano (PSI) y además director del diario oficial de esa agrupación AVANTI, renunció a dicho partido para preconizar el ingreso de Italia a la Primera Guerra Mundial junto con los aliados, fundando gracias al subsidio del gobierno francés el periódico IL POPOLO de ITALIA. No contento con sostener esa posición, Mussolini se enroló como soldado en el frente alpino y peleó en las trincheras hasta ser gravemente herido en el año 1917. Mussolini pudo sobrevivir a su herida y posteriormente fundó el Partido Fascista que tuvo entre sus primeros adherentes a veteranos de guerra. En los años inmediatos de la primera postguerra, la situación en Italia se volvió crítica por la anarquía social, y cuando los partidarios de Mussolini organizaron una marcha a Roma, el rey Víctor Manuel llevado por el temor a ser destronado, lo nombró Primer Ministro con facultades casi omnímodas, con lo cual arrancó la dictadura fascista. El resto de su biografía también es parte de historia mundial, pero en el lado perdedor de la segunda conflagración planetaria. Mussolini en mayo de 1945 terminó colgado en la Piazzale Loreto de Milán acompañado de su amante Claretta Petacci. A Mussolini se le acusó de muchas cosas y con razón por su régimen dictatorial y megalomanía política, pero nadie lo tildó de tráfuga. Curiosamente, mientras estuvo en el poder y no se apartó del bando aliado, lo cual recién ocurrió en el año 1935 por la invasión de Etiopía, Mussolini antes y después de su alianza con Hitler, recibió grandes elogios de muchos políticos franceses e ingleses, inclusive Churchill, quien estallada la guerra, mandó borrar sus laudatorios artículos acerca del creador del fascismo.

Otro caso de transfuguismo fue el Andréi Vyshinski, que primero militó activamente en el bando menchevique, opuesto a los bolcheviques dentro del Partido Social Demócrata ruso. Vishinski lejos de participar activamente en las jornadas revolucionarias de octubre/noviembre de 1917, en un momento llegó a ordenar la captura de Lenin. Sin embargo, al consolidarse el poder de Stalin, Vyshinski se convirtió en un activo colaborador del dictador soviético, para luego desempeñar el cargo de sanguinario fiscal en las purgas de los años treinta, que condujeron al patíbulo a miles de antiguos revolucionarios bolcheviques caídos en desgracia ante Stalin. Vyshinski fue el dócil instrumento de su mentor, quizás entre otras razones, porque no había estado presente en el asalto al poder y eso le permitió vengarse de quienes en algún momento fueron sus rivales. En premio a su abyecta labor, Stalin lo llevó primero al cargo de Viceministro y luego Ministro de Relaciones Exteriores de la Unión Soviética. Vyshinski tenía una gran habilidad dialéctica que la usó implacablemente en la ONU para fustigar a los Estados Unidos en los momentos más tensos de la Guerra Fría. La muerte de Stalin lo afectó profundamente, perdiendo el cargo de Ministro pero continuó como representante en las Naciones Unidas, donde murió en 1954. No cabe duda

que Vyshinski fue un político sin escrúpulos, pero nadie lo acusó de tráfuga, si bien su memoria se vio manchada por su actuación en las purgas stalinianas.

Poder legislativo: espacio del transfuguismo

El Poder Legislativo, en la inmensa mayoría de los países democráticos, es el espacio político donde el transfuguismo resulta más crítico. Los parlamentos se rigen por la regla de la mayoría en virtud de la cual ésta controla su funcionamiento y además suele presidir la mayoría de las comisiones y en ciertos países, en particular los Estados Unidos, todas ellas. A la minoría le corresponde una función de control, de interpelación y llegado el caso de censura. La mayoría además controla el funcionamiento económico del Legislativo, lo que le otorga una gran capacidad de maniobra política, si bien en ese crucial aspecto no puede desconocer ciertas reglas básicas de equidad partidaria en el gasto, e igualmente, no debe incurrir en actos que tengan implicancias penales. La mayoría debe ser consciente que la inmunidad parlamentaria no implica impunidad. Cuando la mayoría no goza de una gran amplitud de votos sobre los grupos de oposición o cuando no existe una clara mayoría legislativa, el transfuguismo puede alterar radicalmente la composición del parlamento e incluso ocasionar la caída del gobierno. Esta situación no se presenta en los países de claro régimen presidencialista como los Estados Unidos pero sí pasa y a veces con frecuencia, en los países donde el ejecutivo depende de la mayoría de votos en el parlamento. Pero aún en los Estados Unidos la ausencia de control del ejecutivo sobre las dos ramas del Congreso puede conducir a la parálisis del gobierno como sucedió en octubre del 2013 por la no aprobación del presupuesto. La llegada al poder de Adolf Hitler en 1933 no obedeció a un golpe de Estado, sino al simple hecho de que los partidos democráticos en el Reichstadt perdieron la mayoría y hubo muchos diputados conservadores que pasaron a engrosar las filas del nazismo. En el parlamento británico y en el congreso norteamericano el segundo cargo de importancia en las bancadas es denominado “whip”, en castellano látigo, nombre que es usado metafóricamente y realmente frente a los representantes renuentes a obedecer la disciplina partidaria. En el parlamento inglés cuando un representante decide cambiar de partido tiene que someterse a una nueva elección en su circunscripción electoral para que sus votantes aprueben o desapruében su nueva filiación política. Eso ocurrió en el caso de Churchill. Sin embargo, esa regla no se aplica en la mayoría de los países, que suelen condenar de palabra el transfuguismo pero que en la práctica lo toleran por razones de conveniencia política.

Los partidos políticos según la constitución y la ley

En el Perú el artículo 35 de la Constitución establece que “los ciudadanos pueden ejercer sus derechos individualmente o a través de organizaciones

políticas como partidos, movimientos o alianzas. Tales organizaciones concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular... La ley establece normas orientadas a asegurar el funcionamiento democrático de los partidos políticos, y la transparencia en cuanto al origen de sus recursos económicos y el acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del Estado en forma proporcional al último resultado electoral.” De esta norma constitucional se desprende con meridiana claridad que en el Perú los partidos son los vehículos necesarios e irremplazables para la actividad política y no pueden ser sustituidos por ninguna otra institución social, llámesele asociación civil, sindicato, colegio profesional, comité, sociedad comercial o iglesia del credo que fuere. Si bien es cierto que la Constitución admite la posibilidad del ejercicio individual de la política, en el terreno práctico de los hechos esa actividad se tiene que desarrollar a través de los partidos, por la sencilla razón que el individuo para alcanzar el poder no llegará a ninguna parte si actúa solo.

La Ley 28094 de Partidos Políticos señala en su artículo 1 que “partidos políticos expresan el pluralismo democrático” y los define como “asociaciones de ciudadanos que constituyen personas jurídicas de derecho privado cuyo objeto es participar por medios lícitos, democráticamente, en los asuntos públicos del país dentro del marco de la Constitución Política del Estado y de la presente ley”. En su artículo 18 sobre afiliación se establece que “todos los ciudadanos con derecho al sufragio pueden afiliarse libre y voluntariamente a un partido político”, para cuyo efecto, además de presentar una declaración jurada de no pertenecer a otro partido, deben cumplir con los requisitos establecidos en el estatuto de la agrupación y contar con la aceptación de la organización política que los admite. Los ciudadanos inscritos en un partido político también pueden renunciar mediante la presentación de una carta simple o notarial entregada personalmente o mediante correo certificado, telefax, correo electrónico o cualquier otro medio que permita acreditar fehacientemente su recepción, con copia a la Oficina de Registro de Organizaciones Políticas. Con arreglo a dicho artículo 18 “la renuncia surte efecto desde el momento de la presentación y no requiere aceptación por parte del partido político”.

Puede apreciarse de la glosa de los artículos de la Ley 28094 de Partidos Políticos que tanto la afiliación como la permanencia en los partidos dependen de la voluntad del afiliado y no hay norma alguna que lo obligue a continuar en la organización partidaria contra su deseo. Sin embargo no deja de llamar la atención que en la ley no se diga nada acerca de los deberes de lealtad partidaria ni tampoco se legisle sobre las causales de expulsión. Estas materias han sido dejadas al Estatuto de cada partido, aspecto regulado en el artículo 9 de la Ley, cuyos incisos d) y e) indican que dicho instrumento debe contemplar los requisitos para la afiliación y desafiación así como los derechos y deberes de los afiliados, señalándose además en el inciso f) que las normas de disciplina también

deberán estar contempladas en el Estatuto, con indicación de las sanciones que pudieren aplicarse y los recursos de impugnación, los cuales deberán ser vistos en doble instancia y con observancia del debido proceso.

Eventual conflicto entre la disciplina y la libertad de conciencia

El tema de la disciplina partidaria ha sido objeto de innumerables polémicas en la historia política reciente del Perú y algunos partidos, como por ejemplo el APRA, han exaltado esta materia a un deber casi sagrado del militante. “Disciplina compañero” es una frase múltiples usos, incluso para bromas de muy diversa naturaleza. De la misma forma la expulsión de un partido ha sido vista como un acto denigratorio hacia la persona sancionada, la cual en muchos casos pasaba a la ingrata condición de felón y traidor, con ribetes cercanos a la llamada muerte civil. Hoy día, sin embargo, una situación de esa índole no sería admisible dentro del régimen democrático en el cual vivimos, pero de todos modos el tema disciplinario sigue siendo importante y debe conciliarse la libre afiliación y permanencia con el deber de lealtad al partido.

En el caso de los congresistas este conflicto sufre la complicación adicional de que con arreglo a los artículos 93 y 95 de la Constitución, no están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación, ni tampoco responden por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones, estando impedidos de renunciar al Congreso. Este impedimento de renunciar a la investidura parlamentaria resulta interesante porque la Constitución parece indicar que la primera lealtad del congresista es al Poder Legislativo más que a la agrupación política que lo llevó a la elección. El congresista, por lo tanto, está legalmente exento del deber de disciplina partidaria, con mayor razón cuando el Reglamento del Congreso no tipifica como falta ética el abandono del partido al que pertenecía el congresista. Sin embargo, no puede librarse de las consecuencias futuras de su desleal conducta, ya que resulta improbable que pueda volver al Congreso por el veto que sin duda le impondrá su antiguo partido. A pesar de ello, no puede dejar de reconocerse que en muchos casos los congresistas tránsfugas o renunciantes han sido acogidos por otros partidos y en algunas circunstancias excepcionales hasta han sido perdonados por el partido que abandonaron, para volver a renunciar tal como ha ocurrido recientemente en el actual Congreso. En ese sentido, podría afirmarse que los congresistas incursos en esa singular conducta, son una suerte de discípulos inconscientes y ciertamente poco gloriosos del gran Winston Churchill.

Reglamento del Congreso

El artículo 37 del Reglamento del Congreso define a los Grupos Parlamentarios como los “conjuntos de Congresistas que comparten ideas e intereses o intereses comunes o afines”. Conforme a dicha norma tales grupos

parlamentarios se integran por los partidos o alianzas obviamente favorecidos por una votación para ser elegidos y que como consecuencia de ese relativo triunfo electoral, han logrado representación en el Congreso, requiriendo un número mínimo de seisrepresentantes para alcanzar personería política dentro del Poder Legislativo y estar en condiciones de presentar proyectos de ley. El inciso 2) de dicho artículo permite que se junten dos agrupaciones políticas para constituir un Grupo Parlamentario pero el inciso 3) prohíbe que los Congresistas pertenecientes a un mismo partido puedan constituir un Grupo Parlamentario separado, lo cual viene una suerte de reconocimiento indirecto del deber de lealtad partidaria. Las demás normas del artículo 37 se refieren a temas de carácter administrativo relativos al funcionamiento parlamentario de tales grupos. Es importante destacar que con arreglo a los artículos 30 y 31-A del Reglamento del Congreso los Grupos Parlamentarios están representados en el Consejo Directivo y en la Junta de Portavoces, siguiendo básicamente un criterio de proporcionalidad de acuerdo al número de miembros que componga una bancada, rigiendo ese mismo criterio para la conformación de las comisiones parlamentarias y la elección de sus respectivas presidencias.

No cabe duda que el funcionamiento del Congreso y por ende el control del Poder Legislativo, dependen esencialmente de la conformación de las bancadas parlamentarias, que si bien están vinculadas estrechamente con los partidos políticos que llevaron a los candidatos finalmente elegidos, ambos conceptos no deben confundirse dado que se puede pertenecer a una bancada parlamentaria emanada de un partido sin necesidad de estar afiliado a esa agrupación. Entonces el concepto de lealtad a la agrupación que llevó al candidato juega en dos planos paralelos, la lealtad a la bancada y la lealtad al partido, que pueden o no coincidir en una misma persona o grupos de personas. Esta situación ocurre con muchísima frecuencia por lo menos en los congresos recientes, donde se aprecia en muchos casos el ingrato espectáculo de un intercambio o migración de lealtades, que contribuye a la inestabilidad institucional del régimen e igualmente al desprestigio del Congreso.

Imposibilidad de legislar acerca de la lealtad partidaria

La idea de la lealtad y de la consecuencia política con el partido que llevó al candidato es un tema que no está legislado, quizás porque se deriva de una convicción íntima del militante partidario, ámbito en el cual es difícil que penetre la ley, que solo regula los actos externos de la persona más no su conciencia y solo juzga la intencionalidad del sujeto cuando se manifiesta externamente en un hecho físicamente comprobable. El dolo y la culpa son conceptos fundamentales del Derecho Civil y del Derecho Penal pero solo tienen relevancia jurídica cuando se expresan claramente en la conducta del individuo. La ley no juzga las buenas o las malas intenciones sino los resultados externos de esa disposición anímica

de la persona humana y fundamentalmente para determinar las circunstancias atenuantes o agravantes del orden jurídico violentado. El político y el congresista serán leales o desleales de acuerdo a los dictados de su conciencia. En algunos países se ha llegado a decir que un representante al Congreso “pertenece” a determinada persona o grupo, que generalmente financia sus gastos de campaña electoral, con la infamante connotación de obedecer a los dictados que se le impartan por los beneficios económicos que esa obediencia le pueda significar. La deslealtad partidaria entonces muchas veces está vinculada a la corrupción en el ejercicio de las funciones congresales y es en ese ámbito donde debe intervenir la ley para tipificar y sancionar los actos corruptos del congresista.

El problema que se plantea entonces es como reforzar la lealtad política y parlamentaria sin violentar la recta conciencia del representante, de manera que pueda actuar libremente sin presiones indebidas y al mismo tiempo ser leal a sus principios. A nadie se le puede imponer que permanezca en un partido político si rechaza su conducción o se rebela contra su nuevo ideario. Ese derecho está respetado y garantizado por la Constitución y por los principios fundamentales del orden jurídico, llámesele Derecho Natural o como se le quiera denominar. Pero la corrupción si debe estar sancionada y por ende previamente tipificada en el Código Penal. He ahí la mejor respuesta al transfuguismo corrupto y por esa razón Alberto Kouri pagó con pena privativa de la libertad el infeliz soborno en el cual estuvo incurso. Lo que debemos analizar, por consiguiente es si la normativa penal vigente resulta la más adecuada para condenar el transfuguismo originado por la corrupción.

Conclusion final: sancionar al transfuguismo corrupto

¿Qué conclusión podemos sacar de todas estas reflexiones acerca del transfuguismo en el régimen legal peruano? Una fundamental: que el transfuguismo sea cual fuere la motivación personal que lo sustente no es por sí mismo condenable legalmente, ni puede ser impedido preventivamente. A lo sumo en ciertos países de sistema uninominal de elección por circunscripción electoral, cabría exigir al parlamentario que abandona el partido que lo llevó como candidato triunfante, que se someta a una nueva elección, mediante la cual sus votantes le retiren o le ratifiquen la confianza. Ese sistema no puede ser aplicado en el Perú porque en nuestro país la elección de los parlamentarios se efectúa a través del sistema de la cifra repartidora, para cuyo efecto existen listas de candidatos al Congreso presentadas por muchos partidos, respecto de las cuales el votante debe escoger una y dentro de esa lista, expresar sus preferencias escogiendo a dos representantes. Esto implica que en un caso concreto de transfuguismo, se tendría que realizar una nueva elección parlamentaria para todos los congresistas, y eso simplemente no es posible con arreglo a nuestro régimen constitucional.

¿Qué hacer entonces? Considerar el transfuguismo como una modalidad delictiva de un funcionario público, motivada u originada por la aceptación

(que implica recepción) de una suma dinero para cambiar de bancada, como un acto típico comprendido dentro del artículo 393 del Código Penal bajo el tipo delictivo de cohecho pasivo propio, delito que está sancionado con una pena privativa de la libertad no menor de ocho años ni mayor de diez. Aparentemente ese fue el dispositivo penal que se aplicó en el caso de Alberto Kouri, a pesar de que cuando fue sobornado en estricto rigor aún no era funcionario público, al recibir de Vladimiro Montesinos en el año 2000 un soborno de quince mil dólares para dejar la bancada de Perú Posible y pasar a la bancada fujimorista de ese entonces. Me pregunto, sin embargo, si ese artículo genérico respecto de los funcionarios públicos, es el más conveniente para sancionar este tipo de inconductas parlamentarias. Creo que en este caso sería preferible tipificar un delito específico para la función parlamentaria, sancionando a los congresistas que acepten o reciban sumas de dinero de cualquier procedencia, sea para abandonar la bancada del partido que los llevó como candidatos o para votar cualquier tipo de proyecto de ley o abstenerse de votar, según fuere el caso, de manera que esa propuesta reciba la aprobación del Poder Legislativo. La corrupción en el Congreso se da principalmente cuando los congresistas son utilizados como vehículos pagados para la aprobación de normas legales en beneficio ilícito de terceros.

Inaplicabilidad de la fórmula brasileña de vacancia

En el Brasil recientemente se ha diseñado otra solución para combatir el transfuguismo consistente en atribuir la titularidad del mandato electoral, no a los parlamentarios electos sino más bien a los partidos políticos y coaliciones electorales que llevaron al candidato. Conforme a este sistema cuando se produce un caso de transfuguismo, el partido que apadrinó al parlamentario tráfuga puede solicitar a la Presidencia de la respectiva cámara parlamentaria la vacancia por “presunta renuncia” y sustituirlo por el candidato accesitario de dicho partido. De acuerdo a este sistema, el titular del mandato electoral no es la persona elegida sino la agrupación política respectiva. Sea cual fuere las consecuencias que esta nueva y radical interpretación del mandato electoral en el Brasil, puede afirmarse tajantemente que esta innovadora solución no es aceptable en el Perú en virtud de la letra y del espíritu de la propia Constitución y de la vigente ley de partidos políticos, que no permiten semejante propiedad de los partidos políticos sobre los escaños parlamentarios, solución que por lo demás sería rechazada tajantemente por la opinión pública.

Lima, marzo de 2015.

Bibliografía

Collier, Richard: *Duce;* *The Rise and Fall of Mussolini*, Fontana Books, Great Britain, 1972

Delgado-Guembes, César: *Para la Representación de la República, Apuntes sobre la constitución del Congreso y el estatuto de los parlamentarios*, Fondo Editorial del Congreso, Lima, 2011

Manual del Parlamento: *Introducción al Estudio del Congreso Peruano*, Oficialía Mayor del Congreso de la República, Lima, 2012

Guedalla, Philip: *Mr. Churchill, A Portrait*, Great Britain, 1942.

Jouvenel, Bertrand de: *El Poder, Historia Natural de su Crecimiento*, Editora Nacional, Madrid, 1956.

Ramsden, John: *An Appetite for POWER, A History of the Conservative Party since 1830*, Harper Collins, London, 1999.

Wikipedia: *Artículos sobre Andrei Vyshinski y el Transfuguismo.*

¿LA ERA DE LOS CÓDIGOS O LA ERA DE LOS “RESTATEMENTS”? REFLEXIONES SOBRE LA VIGENCIA DEL “CÓDIGO” COMO MODELO LEGISLATIVO

Yuri Vega Mere¹

1. Alcances de este ensayo

No son pocas las apreciaciones que se podrían emitir luego de treinta años de vigencia de un Código civil.

Es previsible y deseable que al cumplirse dicho aniversario, distintos juristas y profesores se ocupen, de acuerdo a sus especialidades y preferencias, de analizar los diferentes Libros del Código y evaluar sus bondades, deficiencias, aplicación, necesidades de modificación, etc.

Tampoco resultará extraño que en cualquier balance se aluda o mencione expresamente el trabajo de las Cortes, de los Plenos Jurisdiccionales de la justicia ordinaria o de las sentencias del Tribunal Constitucional que no han sido escasas en materia civil y que, al contrario, han coloreado, de modo transversal, las diversas figuras tradicionalmente nacidas en el Derecho civil para luego ser acogidas por las Constituciones o ser iluminadas o reinterpretadas por la Corte Constitucional a partir de textos y principios constitucionales.

No es esa mi intención. Dejo a los mejor dotados y eruditos a cargo de esos detalles y versación. Mi abordaje es otro. Y quizá en ello influya en demasía mi labor de abogado y mi preferencia académica por la experiencia legal de los Estados Unidos. Pero por la experiencia no encorsetada por ninguna Escuela en particular.

Pretendo, en estas líneas de modo prevalente- evaluar la vigencia del Código civil como modelo. Y en ese mismo orden de ideas intentaré indagar si, por el contrario, asistimos a la era de las consolidaciones o *Restatements* con el significado que luego exploraremos.

Es claro que el punto de partida es el concepto que se ha acuñado de un Código desde la promulgación del *Code civil* francés en 1804.

¹ Profesor de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya. Profesor Honorario de la Universidad Católica Santa María (Arequipa).

2. Notas sobre el significado de un código

No tengo mayores ambiciones de recorrer la multiplicidad de conceptos y definiciones que se puede hallar en la literatura sobre el significado de un Código.

Sólo diré, entre otras cosas, que el Código, tal como pretendo aproximarme a sus funciones más que a su noción, es producto de un estado de madurez del pensamiento legal y de la experiencia jurídica.

Debido a la dinámica de la realidad social y a la urgente necesidad de encauzar la convivencia por medio de reglas, ninguna civilización, por grande o pequeña que hubiere sido [o que lo sea], ha dejado de resolver conflictos de intereses que surgen cuando se reclama protección, espacios de libertad, o bien cuando disputan bienes escasos o únicos, etc., dando lugar a decisiones que se traducen en normas legales [en sentido amplio o material], consuetudinarias o provenientes de las Cortes.

La experiencia jurídica muestra, además, que no siempre las normas que se instauran por diferentes razones y en diversos momentos conviven pacíficamente o sin contradicción. Los excesos (o defectos) de regulación contribuyen al crecimiento de la hojarasca legal. Si a ello sumamos la multiplicidad de fuentes formales de creación de normas, la coexistencia de reglas de distintas épocas y las que provienen del encuentro de dos o más civilizaciones, entre otras tantas variables, el escenario se torna menos asequible y resulta poco amigable para quien quiere conocer los preceptos y principios aplicables².

2 Esa era una de las características del Derecho inglés que alegaba el famoso filósofo inglés y fundador del utilitarismo, **JEREMY BENTHAM** (1748-1832) que tanto abogó por una legislación basada en el derecho escrito para combatir la falta de certidumbre y de acceso a las reglas. Una de las obras en las que atacó el sistema legal inglés fue *Introducción a los principios de moral y legislación* (1789); sin embargo no fue la única. Su afán racionalizador (y su exasperado deseo de reconocimiento como un gran autor de sistemas o Códigos, de otro lado) lo condujo a escribir de una manera casi desbocada sobre este mismo argumento. Entre sus publicaciones hemos revisado *Principles of Legislation*, a cargo de su "traductor" o "compilador", **M. DUMONT**, Boston, Well and Lilly – Court – Street, 1830; así como los *Principles of the Civil Code* y los *Principles of Penal Law* compilados por John Bowring como *The Works of Jeremy Bentham*, Part II, Edinburgh, 1838. Su deseo protagónico lo condujo a ofrecer sus servicios de codificador al Emperador Ruso y a autoridades de los Estados Unidos de América (al Presidente James Madison y a otros personajes más), tal como se aprecia en las cartas compiladas en *Papers relative to Codification and Public Instruction including correspondence with the Russian Emperor and divers constituted authorities in the American United States*, London, Printed by J. Mc Creery, Black Horse-Court, 1817.

Aun cuando fue juez y miembro de la Cámara de los Comunes del Parlamento del Reino Unido, al momento en que **WILLIAM BLACKSTONE** (1723-1780) escribió su famosa obra, *Commentaries on the Laws of England*, en 4 volúmenes, no tuvo ninguna intención de actuar como legislador. Su obra, pese a todas las críticas que se le he hecho basadas, algunas de ellas, en su falta de originalidad, constituyó una majestuosa obra de sistematización del Derecho inglés vigente en su época que contribuyó de modo sustancial al conocimiento de los principios y reglas asentados en la jurisprudencia.

Antes de **BLACKSTONE**, algunos famosos jueces y juristas de Inglaterra, como es el caso de **FRANCIS BACON**, sintieron la necesidad de ordenar los varios siglos de experiencia y sabiduría de las Cortes inglesas acopiando o resumiendo en un Digesto las decisiones convertidas en precedentes de observancia obligatoria para jueces y tribunales debido a la dificultad de poder acceder de manera fácil a las sentencias que contuvieran los principios y reglas que habían dado cuerpo al *Common Law*.

La idea de codificación, con todo lo que ello implica, no ha sido extraña en la experiencia de los países del *Common Law* ni a Inglaterra, pero nunca prendió en el Reino Unido. Si bien el Derecho inglés se consolidó a partir del siglo XIII, su nacimiento y expansión, así como su conformación, surgen como consecuencia del trabajo de los

En el caso francés las condiciones que dieron lugar a la codificación fueron de lo más heterogéneas pero al final todas ellas confluyeron hacia el mismo resultado: el desorden legal; la existencia de un derecho escrito y de otro consuetudinario de acuerdo con la región geográfica; los privilegios legales que chocaban con el espíritu igualitario de los revolucionarios que pretendían instaurar una legislación horizontal (sin desdén de los afanes de protagonismo de la naciente burguesía); etc.

El iusnaturalismo y sus deseos de protección de la propiedad y del contrato como instrumento para acceder a esta última, pese a su incapacidad para proponer soluciones legislativas concretas, terminó por impulsar una reacción

jueces itinerantes que recorrieron el territorio inglés para uniformar criterios y reemplazar decisiones de los jueces locales, basadas en costumbres y usos, por soluciones mucho más generales que pudieran ser aplicadas a casos similares. Y aun cuando en no pocos casos se tratara de máximas o decisiones sustentadas en costumbres (o en el derecho que ya existía pero que fue descubierto, en términos de **BLACKSTONE**), la aplicación de las reglas que se consideraban extensibles a hechos iguales o similares abrió el paso a la doctrina del precedente y el precedente a la consolidación de los principios y preceptos. Y debido a esa evolución temprana del *Common Law*, fomentada políticamente por los normandos desde la conquista del territorio ocupado por los anglosajones, la idea de codificación y los movimientos nacidos bajo su empuje no tuvieron por objeto promover la unidad política y normativa de Inglaterra. Antes al contrario, precisamente por ser un sistema basado en el precedente judicial, la codificación buscaba facilitar el conocimiento de las reglas aplicables y evitar la dispersión de las sentencias en un maremágnum de información de difícil acceso. En realidad, las ácidas críticas de **BENTHAM** no fueron del todo contundente ya que en su época los principios y reglas más importantes era conocidas por los hombres de derecho y por ello su aprehensión y divulgación se había alcanzado gracias a los trabajos de juristas de diferentes épocas que se remontan al siglo XII. Así, se conocen grandes obras como las de **RANULF DE GLANVIL** (1154-1189) que fuera *Chief Justiciar* durante el reinado de Henry II y autor del *Tractatus de Legibus et Consuetudinibus Regni Angliae* (traducido como *Treatise on the Laws and Customs of the Kingdom of England*, y del que he tenido a la vista la edición de John Beames, London, 1812), el tratado más antiguo del Derecho inglés; la obra *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* (o bien *On the Laws and Customs of England*) escrita por **HENRY BRACTON** (1210 – 1268) que tuviera una enorme influencia del *Civil Law*; el trabajo de Sir **JOHN FORTESCUE** (1394 – 1480) que fuera *Chief Justice of the King's Bench of England* y autor de *De Laudibus Legum Angliae* (*Commendation of the Laws of England*, publicación póstuma de 1543, en latín, del cual he tenido a la mano la edición en inglés con notas de A. Amos, Cambridge, 1825); el *Treatise on Tenures* de **THOMAS LITTLETON** (1407 – 1481) que es el mejor tratado sobre el uso de las tierras bajo las costumbres feudales [del cual he tenido a la vista la edición de “The Law Students’ Magazine, London, 1866]; la famosa obra de **CHRISTOPHER ST. GERMAIN** (1460–1540), de 1528, *Dialogus de fundamentis legum Anglie et de conscientia*, (*Doctor and Student*) que es un diálogo entre un Doctor de la Divinidad y un estudiante de las leyes de Inglaterra, que es considerada un estudio de las relaciones del Derecho y la conciencia; las famosísimas *Institutes of the Laws of England* (1628), en 13 volúmenes, de Sir **EDWARD COKE** (1552 - 1634) que fuera Procurador general y Presidente del *Court of Common Pleas*, y que estuviera envuelto en un serio escándalo de corrupción que lo hizo retirarse de la vida pública; el trabajo de **BACON** y, por supuesto, los *Commentaries* de **BLACKSTONE**, entre otros.

Al lado de estas publicaciones de los sabios del *Common Law* (como los llama **JAMES KENT**) existieron, en Inglaterra, siempre, los famosos reportes (no oficiales) de los casos decididos en las Cortes conocidos como *Year Books*, que eran las compilaciones de las decisiones de los Tribunales ingleses que aparecieron desde 1268 hasta 1535. Fueron la principal fuente que muestra el desarrollo de las doctrinas, los conceptos, las reglas y los métodos desde 1290 a 1535, permitiendo conocer la consolidación del Derecho inglés durante ese período. Cuando desaparecieron, otros juristas o *barristers*, publicaron *Reports* de gran impacto, como los 13 tomos de **COKE**, entre otros.

Para profundizar la importancia de las fuentes de conocimiento antes referidas, y a pesar de ser una publicación estadounidense, puede verse del gran jurista y juez neoyorkino, **JAMES KENT**, *Commentaries on American Law*, Boston, Little, Brown and Company, 1860 (Tenth Edition), Vol. I, pp. 533 a 576. **JAMES KENT** no sólo tuvo experiencia como legislador en su Estado; también fue Juez de la Corte Suprema de New York y Profesor en Columbia. Su interés por escribir sus famosos *Commentaries on American Law* tuvo como inspiración poder ofrecer un conjunto de conceptos y doctrinas del Derecho estadounidense que contara con un amplio soporte de fuentes que le dieran autoridad e historicidad al *Common Law* americano. Sobre el trabajo de **KENT** puede verse el muy interesante texto del historiador del derecho de los Estados Unidos, **G. EDWARD WHITE**, *The American Judicial Tradition. Profiles of Leading American Judges*, New York, Oxford University Press, 1976, pp. 35 a 63.

positivista que se alineó con el resto de circunstancias favorables a la codificación. Paradojas de la historia.

El primer código (el civil), que fue promulgado sucesivamente por medio de distintos actos legislativos, gracias a la claridad conceptual de sus autores³, había identificado las materias que podían agruparse dentro de su cuerpo bajo las ideas de unificación, sistematicidad y coherencia.

La tarea también debía ser reflejo de principios generales comunes a todo el Código y de principios especiales de cada una de las disciplinas reguladas dentro de él que debían coexistir de manera ordenada y sin contradicciones. Se aspiraba lograr un sistema racional que perdurara en el tiempo.

El código civil se caracterizó por contemplar materias comunes a todas las personas: algunos derechos personales, estados y relaciones familiares, la sucesión, derechos sobre cosas y bienes en general, la libertad contractual y la regulación de los más frecuentes contratos, normas generales para reparar daños, entre los principales tópicos.

Pero hay algo más que estuvo representado por el movimiento codificador y que es la nota que mejor lo caracteriza: la intención innovadora. No me voy a detener en inventariar ejemplos pero los autores de los primeros Códigos civiles tuvieron claros deseos de abandonar viejas e innecesarias reglas, instituciones obsoletas e introducir soluciones novedosas para dar un marcado viraje en no pocos casos. En otros términos: la codificación no fue un simple ejercicio compilatorio; fue algo más, fue un golpe de timón que pretendió (y que logró en no pocos casos) modernizar el derecho.

Los códigos civiles que de alguna manera se han inspirado en los modelos francés, alemán e italiano (de 1942) no han sido en todos los casos meros receptores de normas foráneas. También sus autores fusionaron la experiencia ajena con instituciones locales o con soluciones “customizadas” en cada ámbito geográfico. Y en notables casos ha habido aportes que han puesto en evidencia ese temperamento creativo que tuvo en sus orígenes la codificación⁴.

¿Subsiste hoy en día ese espíritu creativo e innovador que tuvieron los códigos civiles?

3 No está demás señalar que sus autores eran hombres de una experiencia jurídica real y no solo teóricos o juristas de gabinete. **TRONCHETERA** presidente de la Corte de Casación. **MALEVILLE** era juez del mismo Tribunal. **PORTALIS** era un alto oficial administrativo en tanto que **BIGOT DE PRÉAMENEU** fue miembro del Parlamento parisino.

4 Y para ello me basta un ejemplo tangible y a la mano: el Derecho de las Personas que contiene el Código civil peruano de 1984, cuyos anteproyectos y proyectos publicados desde la década de los años sesenta del siglo pasado sirvieron, inclusive, de modelo e inspiración al Constituyente del año 1979. El catálogo de derechos de la Constitución de ese año, reiterado y afinado en la actual Constitución de 1993.

3. El valor actual del código como “modelo”

Los treinta años de vida que cumplirá el código civil son años de un inmenso trajinar. Son años marcados por cambios acelerados y radicalmente profundos. Es un período de cambios políticos (ya no existe el bloque de países socialistas, por ej.); de cambios en la economía (al final se impuso la economía de mercado, sin que asumamos ello como la fatalidad que predicó Fukuyama); de cambios en la educación; en los modelos familiares; en las relaciones de trabajo; en la transnacionalización o globalización de prácticas, usos, procedimientos, modelos económicos, de organización empresarial, del comercio, del arte, de la música; de relativización de las fronteras; del auge en las comunicaciones y de la aplicación de la tecnología a los diferentes campos del conocimiento y actividad humanas sin precedentes, que nos pintan una realidad muy pero muy diferente a la de los años ochenta del siglo pasado⁵.

Y bajo la premisa de vivir dentro de este nuevo escenario quisiera aproximarme al recurso que ha hecho el legislador a la técnica para indagar si ese empleo es consistente con el concepto mismo de código o si el valor del modelo ha experimentado algún trastorno.

Una primera forma de uso del modelo se presenta cuando existe la necesidad de dotar de una cierta unidad a un sector de leyes. Si no de toda la materia relacionada a una disciplina, cuando menos a una buena parte asumida como la más importante que en ningún caso agotará la puesta en vigor de normas complementarias o de desarrollo. Miremos un ejemplo.

En el año 2001 se promulgó el Reglamento Nacional de Tránsito, aprobado mediante D.S. N° 033-2001-MTC. En el año 2009 se aprobó (mediante D.S. N° 016-2009-MTC) un Texto Único Ordenado de la misma norma bajo el nombre de Reglamento Nacional de Tránsito – Código de Tránsito.

Es indudable que una norma como la citada no responde al sentido ni al concepto histórico de la codificación. Es una licencia exagerada, inmerecida, que no calza con el valor de un código. Provoca prohibir el uso del término en casos como este. El empleo del vocablo tiene, a todas luces, otro sentido: dar unidad a un cierto marco normativo.

En ese afán de dar unidad a las más diversas provincias del Derecho los franceses son campeones: tienen códigos para todo, para cada sector legislativo, para cada

5 En realidad el proceso de gestación del Código civil se gestó en el año 1965 a instancia del entonces Ministro de Justicia, Carlos Fernández Sessarego, que conformó la llamada “Comisión Reformadora” y que a lo largo de los años experimentó incorporaciones o bajas. Los integrantes de dicha Comisión fueron los Ponentes de los diferentes Libros del Código. Tales ponencias no siempre fueron acogidas en su totalidad o en algunos casos fueron sustituidas íntegramente, como sucedió con el Libro de Derechos Reales por parte de algún otro miembro de dicho grupo de trabajo. La revisión de las ponencias estuvo a cargo de la denominada “Comisión Revisora” que en algunos casos tuvo propuestas originales o modificaciones a las Ponencias objeto de revisión.

materia, para cada ocurrencia. Son, paradójicamente, los mismos franceses los que parieron el primer código civil, con todo lo que tuvo de connotación, los que ahora han dado lugar a un severo deterioro del modelo. El deseo de lograr coherencia en un conglomerado o en un subsistema normativo no deja de ser válido pero si para ello se usa el modelo del código me parece que se envilece el origen y la función innovadora de la codificación. En el caso que comento hay una evidente subvaluación en el uso de la técnica pues el mismo resultado bien pudo lograrse con una Ley General o, llegado el caso, con un simple Reglamento.

Un segundo ejemplo de un empleo diferente del concepto y de la técnica (o de la herramienta, si se quiere) se produce - y no sé si de modo inocente o real ni menos si se alcanza el objetivo- cuando se aspira a dar un mayor “estatus normativo” a un cuerpo de preceptos.

Inspirado más en motivos políticos, y aconsejado por asesores legales que posiblemente tuvieron en mente el modelo brasileño, el ex Presidente Alan García nos convocó, a un grupo de abogados, juristas y profesores, a redactar un código de consumo. A pesar que el grupo fue bastante heterogéneo, y a que dos de nosotros (Alfredo Bullard y yo) renunciamos porque sentimos que el tiempo que se nos había dado era exageradamente corto (sesenta días) para redactar una propuesta sería [y quizá porque nuestra visión menos paternalista difería de la del resto], ninguno de los miembros de esa Comisión Redactora se mostró en contra de usar la denominación de código. Y creo que aun cuando el resultado de los textos no fue el mejor (por obra de las comisiones congresales que lo revisaron y modificaron durante más de un año), el trabajo que se emprendió en la Comisión originaria compartió varias de las características del verdadero ánimo codificador: sistematizar, unificar, dar coherencia e innovar. No dudo que el código de protección y defensa del consumidor [como finalmente se llamó] tiene algo de ello, pero creo profundamente -y con convicción- que el temperamento “reglamentarista” que se adoptó al final se condecía mejor con una Ley General o una ley especial, no con un código. Los textos fueron trajinados de manera innecesaria y se incorporó una variedad tan amplia de sectores (sin duda por ese carácter transversal del Derecho de consumo sobre el que he escrito varias veces) que el propósito al final se coloreó más de un mejoramiento de “estatus normativo” pues hasta entonces la materia estuvo regulada por una Ley (común) de protección del consumidor y por legislación complementaria. No niego que existan tópicos que solo se abordaron a propósito de la redacción del código. Pero se hizo con un estilo tan pormenorizado que la obra se asemeja más ala del redactor de un Reglamento que intenta desarrollar una ley.

Posiblemente, y a pesar que algunos (y aquí debo decir: “no necesariamente todos”) de los que integramos esa Comisión reconocemos el rol central que hoy en día cumple la Constitución en un Estado Constitucional con todo el contenido de sentido de esta nueva fase de la evolución del otrora Estado de Derecho, más ape-

gado al credo “legalista” [y por ello la apoyatura en las normas y principios constitucionales forma parte de nuestras incursiones académicas], tengo la sensación que en este grupo de trabajo se mantenía con firmeza la idea de que un código, al menos históricamente, ha tenido un lugar de cierto privilegio en el ordenamiento jurídico. Me parece que, con la excepción del temprano desarrollo del Derecho constitucional estadounidense (gracias al gran *Justice* John Marshall), durante gran parte del siglo XIX en los países del área del *Civil Law* los Códigos y, en especial los códigos civiles, fueron considerados obras de mayor valor jurídico que las propias Constituciones que eran vistas más como documentos de orden político o colmadas de normas programáticas que parecían más constelaciones estelares que normas de aplicación inmediata. Y creo que para algunos privatistas aún se conserva mucho de esa tradición que para mí no tiene vigencia. Por ello, entiendo que cuando se intenta dar una mejor posición a un sistema o subsistema normativo, dado que a nivel constitucional sólo se puede incorporar principios o reglas muy amplias (lo que no desmerece su aplicación directa), aún se piensa que el lugar que sigue a la Constitución en orden de importancia es el que ocupa un código. Posiblemente no sea sino una fantasía o un sueño del cual no todos hemos despertado dado que usualmente un código es puesto en vigencia con una ley en sentido material y/o formal. No requiere de nada más. No es una ley constitucional o de desarrollo constitucional la que le da vida. Y allí es donde intuyo que esa posición “nobiliaria” que se le ha querido otorgar a un Código es un puro cuento de hadas pues la norma que lo sanciona no se encuentra por encima de ninguna ley ordinaria. Ese espacio no existe dentro del orden jurídico, al menos al día de hoy. En verdad nunca lo hubo. Pero esa falsa percepción se encuentra enraizada en quienes aún consideran que una ley mejora su “estatus normativo” cuando adopta la técnica de un código.

Un tercer sentido, diferente del origen nuevamente histórico de la codificación, me parece que explica la promulgación del código de consumo italiano en el año 2005. Y lo uso de ejemplo con todo lo que de error y falta de completitud puede haber en el juicio que emita sobre un hecho de la experiencia italiana, pero aun así osaré en emplear este ejemplo.

Movido por la necesidad de actuar la Directiva del 05 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas y la protección de los derechos de los consumidores, el legislador italiano introdujo un nuevo capítulo (*Contratos de los consumidores*) en el corazón del mismísimo *Codicecivile* en la parte relativa a Contratos. El resultado no duró mucho. Agobiado por la necesidad de actuar o compilar las varias Directivas europeas sobre otros temas vinculados a la protección de los consumidores, que no podían ser trasladados al interior del código civil, el legislador italiano terminó concibiendo como una solución sancionar un código de consumo con todas esas materias. ¿Innovación? No lo creo. ¿Recodificación? No lo veo así si con la recodificación lo que se busca es refundir la legislación civil extramuros que no esperó los emprendimientos de reforma del código.

Sin desconocer los méritos de los trabajos realizados (y el esfuerzo del Prof. Guido Alpa), tengo la sensación que el Código de consumo italiano obedece más a un cometido compilador que a un sentido típicamente codificador, sin perjuicio, claro está, de la introducción de algunas normas generales que en esencia lo erige en un instrumento que unifica Directivas europeas (cláusulas abusivas, ventas fuera de establecimiento, ventas a distancia y derecho de “receso”, normas sobre seguridad de productos, publicidad, etc.) y me parece que también algunos criterios provenientes de los Tribunales de justicia de las Comunidades Europeas.

Hay una cuarta forma diferente de hacer recurso al Código, en algo similar a la que acabo de comentar. Esta vez el recurso responde a un ánimo de recepción y actuación de material normativo novedoso, pero la novedad no residirá en el Código mismo sino en la fuente que inspira el emprendimiento codificador. Me refiero a un caso como el del Código de los niños y adolescentes que se erigió como un vehículo implementador de los principios de la Convención de los Derechos del Niño adoptada en el año 1989 por la Asamblea General de la ONU.

Debo añadir, no obstante, que además de ser un instrumento de actuación de aquella Convención, el Código de los niños y adolescentes (el primero que se sancionó) marcó distancia frente a la antigua legislación de menores. El giro innovador que mostró estuvo dado por aprehender a los niños en su dimensión de seres humanos con derechos y capacidades de actuación antes que como posibles infractores sujetos a sanciones y reglas disciplinarias.

No sé si me quede corto en este rápido sobrevuelo sobre los posibles usos del Código como técnica y modelo pero por ahora me parece suficiente para poder afirmar que cuando surge la idea de sancionar un Código las razones que se encuentran tras esa decisión no son siempre las mismas. Algunas de ellas resultan ser muy distantes del sentido originario de la obra codificadora. Y no sólo me refiero al primer emprendimiento histórico sino inclusive a los esfuerzos y obras que vieron la luz el siglo pasado. Algunas de esas maneras de echar mano a la técnica desdibujan las fronteras entre un verdadero Código y una obra compilatoria.

4. ¿Asistimos a la era de los Restatements?

La idea de los *Restatements* nació en los Estados Unidos de América. Y nació, precisamente, para ordenar los principios y reglas del *Common Law* provenientes de la práctica y de las decisiones (reiteradas) de los Tribunales (*Jugdemadelaw*) consolidada a lo largo de los siglos como precedentes de observancia obligatoria (la doctrina del *stare decisis*) que, en el caso particular de los Estados Unidos, tuvo una marcada complejidad, pues durante su condición de dependencia británica el Derecho inglés sirvió de poderosa inspiración y principal fuente, a lo que se sumó el desarrollo (en las diferentes colonias) de sistemas legales con matices propios y particulares. Ello conllevó, con el transcurrir del tiempo, a la necesidad de identificar los principios y reglas comunes, el *blackletterlaw*,

para poder aplicarlos a casos similares y hacer posible la previsibilidad de las decisiones judiciales.

Si bien no fue extraña la im pronta codificadora en algunas jurisdicciones de los Estados Unidos en los últimos dos siglos⁶, la aparición de los *Restatements* obedeció más al consenso de la comunidad jurídica de ese país para poder consolidar principios y reglas del *Common Law* en textos que exhibieran la estructura de normas aun cuando carecieran de autoridad gubernamental. Los textos serán el producto del trabajo conjunto de jueces, abogados y profesores universitarios, de cuya autoridad derivaría el temperamento persuasivo de los *Restatements*.

El desaparecido jurista estadounidense, tan conocido por sus varias y notables obras sobre Contratos, E. Allan Farnsworth⁷, consideraba que los *Restatements of Law* son fuentes de autoridad secundaria en los Estados Unidos de América⁸ y expresión del esfuerzo por sistematizar la jurisprudencia. Antes de ello, dice el autor, el derecho norteamericano sufría de vaguedad y complejidad y era imposible tener conocimiento de los precedentes y de la masa jurisprudencial en volúmenes innumerables. Por ello, se llegó a la conclusión de que era necesario sistematizar la jurisprudencia en aquellas áreas no regidas por la legislación con un texto de mayor autoridad que cualquier tratado. Así se redactaron los *Restatements* bajo el auspicio del *American Law Institute*⁹.

6 Dejando a un lado la experiencia de Louisiana y la influencia de los Derechos francés y español, en otras jurisdicciones hubo intentos serios por codificar determinadas materias. Sobresalió, sin duda, el trabajo titánico de **DAVID DUDLEY FIELD**, un gran abogado neoyorkino cuyos esfuerzos permitieron que en 1848 se pusiera en vigencia en ese Estado el *Code of Procedure*, que inspiró a otros 38 Estados de la Unión. A ello se sumó el empuje de **FIELD** por redactar un proyecto de Código civil cuyo borrador final fue entregado en 1861 (y otros dos proyectos más de Penal Code y Political Code) que concedieron un lugar prevalente a **FIELD** en la historia de la codificación en los Estados Unidos. Ver, al respecto, el muy ilustrativo y original libro de **MAURICE EUGEN LANG**, *Codification in the British Empire and America*, The Lawbook Exchange, Ltd., New Jersey, 2005, espec. 100 a 196. Cuando el *Code of Procedure* cumplió un centenario de su promulgación, un destacado grupo de juristas y abogados publicaron, bajo el auspicio de la New York University Law School, (1949) un exquisito conjunto de ensayos sobre **DAVID DUDLEY FIELD** y su defensa de la ola codificadora, los que han sido impresos de nuevo en el 2000 por William S. Hein & Co. Inc., New York, siempre con el título de *David Dudley Field. Centenary Essays*.

El movimiento codificador también fue respaldado por una Comisión de notables en el Estado de Massachusetts que fue liderada ni más ni menos que el gran jurista y magistrado (de la Corte Suprema Federal), **JOSEPH STORY**, una figura trascendental en el desarrollo de la jurisprudencia y de la doctrina legal de los Estados Unidos. El reporte fue publicado en *The American Jurist and Law Magazine*, Vol. XVII, Boston, 1837, pp. 17-51, y aparece también en la obra *The Miscellaneous Writings of Joseph Story*, editados por su hijo William W. Story, Boston, 1852, pp. 698-734.

7 **FARNSWORTH, E. ALLAN**, *An introduction to the Legal System of the United States*, Popular Prakashan, Bombay, 1988, pp. 78 a 80

8 Es claro que se refiere a la circunstancia de no ser normas promulgadas por autoridad alguna.

9 El *American Law Institute* (ALI) fue fundado en 1923 por un grupo de destacados jueces, abogados y profesores a los que se les conoció como *The Committee on the Establishment of a Permanent Organization for the Improvement of the Law*. Este Comité señaló, en su momento, que dos de los principales defectos del Derecho americano eran la incertidumbre y la complejidad que tenían directo reflejo en la administración de justicia. La falta de certeza (según se comenta en la presentación del ALI (<http://www.ali.org/index.cfm?fuseaction=about.creation>), provenía de la falta de consenso en los principios fundamentales del *Common Law* en tanto que la complejidad fue atribuida a la avasalladora diferencia entre lo resuelto por las distintas jurisdicciones de los Estados Unidos. Al crearse el ALI su misión fue promover la clarificación y simplificación de la ley y su mejor adaptación a las necesidades sociales para asegurar una mejor administración de justicia y para incentivar el trabajo de los estudiosos y el desarrollo científico.

El primer *Restatement* que vio la luz fue el *Restatement [First] of Contracts* (1932) tuvo como ponente a Samuel Williston, quien contó con la asesoría del entonces joven Arthur Corbin. Los *Reporters* (Ponentes) usualmente han sido personas que han gozado de gran autoridad y que a su vez discutían los proyectos en grupos compuestos por abogados, profesores y jueces. Los *Restatements* abarcan diversos temas: *Torts, Contracts, Conflicts of Laws, Property*, etc. y algunos tienen hasta tres versiones.

Como señalé previamente, la autoridad proviene –en lo principal– de los precedentes, de sus redactores y de los organizadores (el ALI). Por ello algunos prefieren hablar de *softlaw* frente a diferenciarlo del derecho promulgado por el Estado (*hardlaw*)¹⁰.

La estructura de un *Restatement* es muy interesante. Es, a no dudarlo, una especie de Digesto, es decir, un conjunto ordenado y sistematizado de principios y reglas (que condensan y se construyen a partir del análisis de las decisiones de los jueces¹¹) que aborda los distintos aspectos de una determinada materia y que además se acompaña de las notas o explicaciones del *Reporter* para luego incorporar una serie de casos que inspiraron o se tuvieron en cuenta al momento de redactar los principios y las reglas. Los casos son tanto de las Cortes inglesas

10 Dijo alguna vez el notable jurista americano GRANT GILMORE, *The ages of American Law*, Yale University Press, New Haven & London, 1977, pp. 72 y 73: “The Restatements, although cast in statutory form, were not designed to be (and were not) enacted as statutes by any legislature. The idea or the hope was the Restatement formulations would exert a persuasive, even a compelling, force in purging the common law of eccentricities which might have arisen in particular jurisdictions and in promoting a soundly based uniformity throughout the country. The Restatements can be taken as a more direct method of achieving the same results which, earlier in the century, had been pursued through codification of commercial law. Samuel Williston, who, following the success of the Sales Act, had become the quasi-official draftsman for the National Conference of Commissioners on Uniform States Laws, became the Chief Reporter for the American Law Institute’s Restatement of Contracts”.

11 Se advierte, así, la influencia del método utilizado en la enseñanza por CHRISTOPHER COLUMBUS LANGDELL, el *case method*, que estrenó en 1851 en la Harvard Law School cuando luego del análisis de casos judiciales perseguía el principio que se encontraba en la *ratio* de los fallos analizados. Una de sus principales obras exhibe claramente este método, *Selection of Cases on the Law of Contracts* (1871). Cuento con una reimpresión del año 1983 por The Legal Classic Library, que es una edición facsimilar de gran cuidado y bellísima presentación. Los primeros Ponentes de los *Restatements* fueron alumnos de Landgdell, como lo fue el caso de SAMUEL WILLISTON.

LANGDELL introdujo muchas reformas en la Universidad. Antes apenas se exigía la conclusión de los estudios de una High School. Desde 1870 se requirió el grado de bachiller para estudiar en la Universidad. Para LANGDELL los Profesores debían dedicarse a tiempo completo a la enseñanza y hacer una carrera en la Universidad, buscando que fueran mejor pagados. Sin embargo, su mayor aporte fue el uso del *case method* por medio de la inducción a partir de la lectura de casos para arribar al principio o a la regla, tal como lo comentamos. Inclusive para ello preparó la obra que acabamos de citar para el curso de Contratos. En el famoso Prefacio de su *Selection of Cases on the Law of Contracts* decía LANGDELL: “Law, considered as a science, consists of certain principles or doctrines. To have such a mastery of these as to be able to apply them with constant facility and certainty to the ever-tangled skein of human affairs, it constitutes a true lawyer; and hence to acquire mastery should be the business of every earnest student of law. Each of these doctrines has arrived at its present state by slow degrees; in other words, it is a growth, extending in many cases through centuries. This growth is to be traced in the main through a series of cases; and much the shortest and best, if not the only way of mastering the doctrine effectually is by studying the cases in which it is embodied” (p. vide la edición revisada).

A pesar de su inicial rechazo, el método se difundió por entre todas las Universidades norteamericanas que aun hoy conservan la enseñanza a través del análisis de los casos y su discusión. El método no ha variado en lo sustancial pese a la explosión del derecho escrito y a la producción normativa de las agencias administrativas que aparecieron con mayor frecuencia en la segunda mitad del siglo pasado en los Estados Unidos de América.

(hoy los menos salvo los que históricamente asentaron algún principio o precepto) como de las diversas Cortes americanas (estatales y federales). En las versiones abreviadas se encuentra esta presentación, en tanto que en las versiones extensas se incluyen volúmenes que presentan fallos de los Tribunales aplicando lo señalado en los *Restatements* y a veces los *drafts* o borradores de las versiones discutidas y los debates antes de contar con una redacción final. Al incluirse fallos o decisiones judiciales que aplican los *Restatements* se busca retroalimentar la información y tomar el pulso a la vigencia de aquellos principios y reglas. Algunos *Restatements* tienen varias versiones (hasta tres) redactados por diferentes *Reporters* y grupos de trabajo en diferentes épocas. Ello muestra que los textos, inclusive los del llamado *softlaw*, también requieren de revisión, de adaptación, de confrontación con la realidad y de conocer los vacíos o deficiencias que advierten los Tribunales. Una nueva versión implica cambios, variaciones, *aggiornamento*, es decir, una puesta al día por la dinámica cambiante de los hechos y situaciones que incide sobre el derecho (*hardo soft*).

Esas nuevas ediciones contienen tanto las soluciones que se estima necesario conservar como también nuevos principios o desarrollos específicos o novedosos de las reglas. Por ejemplo, parte del *Restatement Second of Torts* (lo que llamaríamos responsabilidad extracontractual), cuyo *Reporter* fue el famoso Profesor William L. Prosser¹², ha sido superado por el denominado *Restatement Third of Torts* compuesto por diversos trabajos: *Liability for Physical and Emotional Harm* (2010/2012), *Apportionment of Liability* (2000) y *Products Liability* (1998)¹³.

Los *Restatements*, de alguna forma, rescatan y hacen confluír lo que viven los jueces, los estudiosos y los abogados en su práctica diaria¹⁴, básicamente ante los tribunales. Esa confluencia es ideal. Las fuentes de conocimiento de las necesidades de cambio y adaptación son las mejores: lo que sucede en las Cortes, lo que sufren y viven los abogados en ejercicio y lo que se discute en la Cátedra. No hay mayor virtuosismo que el de esa concurrencia de experiencias.

12 El textopionero de PROSSER fue *Handbook of the Law of Torts*, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1941. Luego tuvo otras ediciones, pero su referencia es necesaria en cualquier estudio de los *Torts* en los Estados Unidos de América.

13 Debo aclarar que no todas las publicaciones del ALI son *Restatements*. Algunos trabajos, de similar cuño, concluyen en la redacción de principios y reglas para materias muy delimitadas. Los resultados son igualmente persuasivos para la comunidad legal americana. Un buen ejemplo es la entrega de los *Principles of the Law of family dissolution, Analysis and Recommendations*, una propuesta del año 2002 cuyo *Reporter* fue el Prof. IRA MARK ELLMAN. Pese a los años transcurridos los principios asentados siguen siendo novedosos para nuestra realidad. Lo mismo sucedió con los *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations* de 1992 cuyo Ponente fue ni más ni menos que el egregio Profesor MELVIN A. EISENBERG, reconocido contractualista y especialista en corporaciones, por quien guardo un especial aprecio y a quien sigo con fruición cuando me devoro las páginas de sus libros y ensayos, especialmente aquel que me obsequiara y que no es otro que una actualización del muy famoso libro (*Basic Contract Law*) que elaboró al lado del connotadísimo pensador y contractualista LON FULLER, autor de ensayos y obras de gran trascendencia e impacto en el Derecho americano.

14 Las grandes Firmas Legales de los Estados Unidos participan de los debates.

En mi desdorada experiencia¹⁵ como Asesor de una de las tantas Comisiones de Reforma del Código civil (no la última Comisión cuyas propuestas no fueron las más afortunadas y por ello no trascendieron ni llegaron a nada), presencié a algunos [felizmente no todos] de los miembros titulares discutir temas muchas veces intrascendentes, de redacción, de nomenclatura, con total desapego a la jurisprudencia, con ausencia total de experiencia real que exhibir con autoridad. Y es que todo extremo es casi fundamentalista. Si no se combinan la experiencia y el conocimiento, los resultados no serán los mejores ni los esperados.

Por ello aprecio la dinámica de trabajo de las comisiones que se encargan de proponer *Restatements* o Principios.

Es claro que un *Restatement* no es un Código. Los códigos además de tener una sanción gubernamental tienen ese sentido innovador que ha sido destacado como una de sus notas características. Un *Restatement*, en lo esencial, además de no tener carácter oficial, quiere expresar y clarificar el estado del derecho tal como es, sin tener –casi siempre– una impronta reformadora¹⁶ debido a que el desarrollo posiblemente se ha concretado en la jurisprudencia. Pero tampoco descarto ejemplos notables de aportes originales de los *Reporters* y/o de los grupos de trabajo^{17 18}

15 Los asesores, por lo menos por lo que viví en mi efímero paso como tal, fuimos verdaderos espectadores y no pudimos abrir la boca nunca o casi nunca.

16 En 1948-1949 así lo sostuvo el realista HESSEL E. YNTEMA, en *The Jurisprudence of Codification*, en David Dudley Field. *Centenary Essays*, cit., pp. 251 – 264, esp. p. 256. A su turno, HERBERT F. GOODRICH, en su condición de Presidente del ALI, en su ensayo *Restatement and Codification*, en David Dudley Field. *Centenary Essays*, cit., pp. 241 – 250, defendió el valor de la las reglas de los *Restatements*, más allá de que carecieren de autoridad gubernamental, por ser producto de discusiones y propuestas formuladas ante grupos de grandes habilidades y muy críticos.

17 Una mención especial merece el muy conocido *Uniform Commercial Code*, cuyo proyecto fue elaborado durante un tiempo bastante prolongado y en el que actuaron como promotores la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCUSL) y el *American Law Institute* (ALI). La primera versión fue concluida en el año 1942. En su redacción participaron jueces, abogados (inclusive de grandes Firmas por los temas tan especialmente importante para las corporaciones) y algunos de los juristas más promitentes como fue el caso del padre del realismo americano KARL N. LLEWELLYN y el afamadísimo GRANT GILMORE, autor del tan difundido opúsculo *The death of contract*, que era, de alguna forma, una protesta por el relajamiento del requisito de la *consideration* para exigir el cumplimiento de una promesa contractual que para él implicaba una aproximación al terreno de los torts (o responsabilidad extracontractual). El UCC fue acogido (en muchos casos con modificaciones) por los diferentes 50 Estados (así como en el Distrito de Columbia, en Guam, en las U.S. Virgin Islands e inclusive en Louisiana con algunas derogaciones) en los que se convirtió el ley (*hardlaw*).

El ALI y la NCCUSL (hoy llamada, desde 2007, *Uniform Law Commission* o ULC) mantienen un Comité Editor permanente para proponer reformas al UCC (en tanto *softlaw*). Los trabajos son muchos y muy útiles y tienen mucha ascendencia sobre las decisiones de las Cortes aun cuando ningún Estado las hubiera hecho suyas. En todo caso, la diferencia de objetivos (que marca una distancia entre los trabajos de uno y otra organización) es que la ULC intenta proponer Leyes Uniformes o Modelos (*Acts*) para aproximar y allanar las diferencias sobre el derecho escrito (*statutelaw*) de las jurisdicciones estatales, de las U.S. Virgin Islands y del *Commonwealth* de Puerto Rico. Además, sin perjuicio de ser una entidad *non-profit*, privada, no personificada, los Comisionados son designados por autoridades estatales, usualmente los Gobernadores, por un tiempo específico o sin ello. Los trabajos que proponga la ULC luego de los debates no son, por ello, normas con sanción gubernamental. Son solo propuestas. El éxito de la ULC es indiscutible en diversos sectores normativos.

18 Tampoco debo dejar de mencionar que algunas jurisdicciones estatales americanas tienen compilaciones que parecen asemejarse a un Digesto o al *Landrecht* pues bajo el nombre de *Code* o *Compilation* reúnen en un solo cuerpo de leyes (*statutelaw*) el derecho escrito sancionado en los más diversos y variados sectores del Derecho que no asemejan en nada a un verdadero Código y que se alejan del modelo del *Restatement* no sólo por tener autoridad gubernamental sino, sobre todo, por ser omnicomprensivos.

Dado que somos parte de la familia de sistemas que pertenecen al *Civil Law*, las reglas que invocan y aplican los operadores jurídicos son normas jurídicas que cuenta con sanción estatal.

No es extraño que algún interesado o gremio intente que alguna agencia gubernamental o una determinada autoridad sancione algún precepto. Y allí sin duda se puede observar cómo actúan los grupos de interés en la gestación de una nueva norma. Pero no existe nada similar al ALI o a otras instituciones privadas que tengan una envidiable capacidad de convocatoria para elaborar propuestas que sin el respaldo estatal inspiran soluciones oficiales, ya sea de las Cortes o de las Legislaturas, como sucede con algunas de los documentos elaborados por el *American Law Institute* o la *Uniform Law Commission* (ULC) en los Estados Unidos en áreas tan vastas y en casi todos los sectores que requieren de soluciones claras y, de preferencia, uniformes debido a la existencia de jurisdicciones estatales autónomas en diversos sectores de la práctica legal.

Aun cuando sea derecho no oficial o *softlaw*, lo que me interesa rescatar es la finalidad que cumple un *Restatement*. Además de ser una suerte de conversión de los principios y reglas (que no son *writtenlaw* por no nacer como *statutelaw*) a la forma de normas sin llegar a serlo, la autoridad que exhiben les concede un enorme poder persuasivo ante la comunidad y especialmente ante las Cortes de modo que se convierten en las fuentes a las cuales se recurre para decidir sobre las pretensiones que son objeto de un proceso. Y en esa aplicación, como comentaba, hay un permanente diálogo sobre su vigencia o sobre la posibilidad de su abandono (*overruling*) cuando la regla o principio resulta inadecuado.

No creo que esa metodología de trabajo encuentre espacio en nuestro medio. Ni siquiera las consolidaciones o compilaciones (bajo el vestido de los Textos Únicos Ordenados o de un Reglamento) dejan de contar con sanción estatal. Quizá un caso aislado de pautas no oficiales que ejercieron un gran influjo en su ámbito de aplicación fueron los Lineamientos sobre Protección al Consumidor aprobado en el año 2006 por la Comisión de Protección del Consumidor del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). En el único Considerado de la Resolución N° 001-006-LIN-CPC/INDECOPI, se leía:

*“Que, el Artículo 9 del Decreto Legislativo N° 807 faculta a las Comisiones a **aprobar pautas o lineamientos que, sin tener carácter vinculante**, orienten a los agentes económicos sobre los alcances y criterios de interpretación de las normas cuya aplicación tienen encomendadas; que, uno de los fines que se ha propuesto la Comisión es tomar las medidas que sean necesarias para contribuir a reducir las situaciones de conflicto detectadas en los ámbitos de su competencia; que, la protección de los derechos del consumidor requiere de un marco que permita establecer reglas claras para los agentes económicos que intervienen en el mercado, lo que sólo será posible si la actuación de la*

administración es predecible para dichos agentes; en uso de sus atribuciones y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 del Decreto Ley N° 25868, y por la Ley de Protección al Consumidor” (el resaltado es mío).

La gran diferencia con el *softlaw* americano es que estos lineamientos fueron aprobados por una entidad gubernamental que además tiene competencia decisoria sobre la materia.

En suma, no creo que la técnica del *Restatement* o de las Leyes Uniformes prenda o se implemente en la práctica jurídica local como vehículos para preparar el futuro material normativo con el cual se ponga fin a controversias de todo orden.

Mantendremos el apego, quizá más por tradición que por un uso adecuado de las herramientas de la técnica legislativa, a esperar la sanción de normas por parte de los órganos oficiales con autoridad para legislar; a confiar en que algún funcionario de turno nombre Comisiones de expertos que sin ser parte del Leviatán puedan aportar su conocimiento y los calendarios dedicados al ejercicio de la profesión, a la cátedra, a la judicatura, etc., como ha sucedido con las Comisiones que han redactado los Códigos más importantes, entre ellos el Código civil. Y, nos guste o no, seguiremos echando mano al Código como modelo aun cuando en algunos de los intentos se trastoque y se devalúe el valor del modelo. No sólo no asistimos a la era de los *Restatements*; no hemos superado la era de los Códigos, pero lamentablemente no faltan casos en que se apela a ellos por su ascendencia normativa y con licencias de uso poco gratas. Nos toca devolverles la dignidad que siempre han tenido y el valor de aquello que siempre han representado.

LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

José F. Palomino Manchego / Dante Paiva Goyburu

Sumario

La representación política y sus reglas son materia de intensos debates y continuas propuestas para un mejor desarrollo. En el contexto del Estado Social y Democrático de Derecho, el tema de la representación política en el Perú ha merecido el pronunciamiento del Tribunal Constitucional peruano, que mediante su jurisprudencia aporta significativamente en ese sentido.

I. *Introducción*

Visto en conjunto, la carencia de diálogo y canales de participación con los grupos desfavorecidos de la sociedad peruana explica, por ejemplo, los acontecimientos del 5 de junio de 2009, en la ciudad de Bagua, Departamento de Amazonas. Por ello sostenemos que las políticas estatales están permitiendo que convivamos de espaldas a dichos grupos, los cuales reclaman, con sobrada razón, espacios de participación. Entre ellos podemos encontrar a las mujeres, los pueblos indígenas, las minorías sexuales y otros grupos que se consideran, por su particular condición, en desventaja, indefensión o peligro. No obstante, de una manera general, debe asumirse que dentro de los presupuestos fundacionales de la democracia y el Estado de Derecho se encuentra la racionalidad de las personas de poder suscribir acuerdos a partir del diálogo, y que las medidas y la acción política que se adopten repercutan en un beneficio tangible para las mayorías y el país en general.

Es por ello que los temas sobre participación y representación (o representatividad) política involucran una preocupación de mayor compromiso, esto es, una polémica permanente hacia la mejora de los mecanismos de corte democrático que permitan conocer el sentido de la voluntad general, pero que dicha voluntad adopte sus decisiones con pleno conocimiento de las consecuencias de sus actos. Antes de abordar un estudio de este género, es necesario plantear algunas inquietudes. En ese orden de ideas, el fenómeno de la participación política y el gobierno representativo son temas de suma actualidad, sobre todo en el contexto de la integración que asumen diversas

naciones en Europa y América, y que enfrentan bajo los logros de su civilización a las tendencias ideológicas totalitarias y fundamentalistas —verdaderas debilidades políticas— que amparan sistemas avasallantes y detractores de la democracia igualitaria, trastocando de esa forma la vida de los ciudadanos¹.

II. La representación política en el Estado Social y Democrático de Derecho

Concepto

Sin lugar a dudas, el campo de actuar de la representación (del latín *representare*= hacer presente, representar) política —el hilo conductor y de conexión— lo constituye el Estado Social y Democrático de Derecho. Y, en clave histórica, el influjo de Johannes Altusio (1557-1638) fue decisivo². En efecto, la mutación que se presenta en línea ascendente de la democracia ateniense y república romana, luego, de la representación medieval a la representación moderna nos demuestra cómo, andando el tiempo, se ha ido consolidando la representación política hasta alcanzar un grado de complejidad que se manifiesta hoy en día en el Estado Social y Democrático de Derecho³.

Por tanto, siendo la democracia un concepto multívoco, la [teoría de la] representación política también tiene un alcance amplio, resultando de esa forma complicado intentar una definición, máxime encontrándonos aún en el umbral del siglo XXI, en donde la democracia gobernante y la democracia gobernada en las sociedades civiles homogéneas siempre tienden a oscilaciones y a cambios permanentes, no obstante lo que se pretende es la estabilidad política. Visto así las cosas, el concepto de *representación* se aplica en muchas acepciones distintas. En la acepción general (y en la filosófica) contiene el acto de que algo que no está presente se hace presente. En el sentido político del Derecho estatal, la representación no solamente es un acto simbólico, sino un principio o una técnica de basar el ejercicio del poder político en la aprobación de los gobernados. En principio, asigna al pueblo como decisión inmediata solamente la elección entre personas que no tienen ningún cargo representativo⁴.

1 *Vid.* Le Brazidec, Gwénaél: "Régimen representativo y democracia directa: Hacia la emancipación política de los ciudadanos", en: Concha Cantú, Hugo A. (Coordinador): *Sistema representativo y democracia semidirecta. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F., 2002, pp. 347-381. También resulta de sumo provecho el libro de Garrorena Morales, Ángel: *Representación y Constitución democrática (Hacia una revisión crítica de la teoría de la representación)*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991. Epílogo de Manuel Aragón Reyes.

2 Para mayor detalle, *vid.* Hofmann, Hasso: "La representación en la Teoría del Estado premoderna. Sobre el principio de representación en la <política de Johannes Altusio", en: *Fundamentos, Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, N° 3, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2004, pp. 37-40. Número monográfico dedicado a la Representación Política.

3 Por todos, *vid.* Rodríguez Adrados, Francisco: *Historia de la democracia. De Solón a nuestros días*, 2ª. edición, Ediciones Temas de Hoy, Madrid, 1997.

4 *Vid.* voz "Representación", a cargo de Ulrich von Alemann y Dieter Nohlen, en Nohlen, Dieter: *Diccionario de Ciencia Política. Teorías, métodos, conceptos*, t. II (J-Z), Editorial Porrúa, S.A. de C.V.- El Colegio de Veracruz, México, D.F., 2006, pp. 1216-1219.

Así, planteada la cuestión y sin descuidar los aspectos metodológicos, podemos sostener que la representación política es el resultado del proceso mediante el cual una comunidad ha seleccionado y ha elegido a alguno o algunos de sus miembros para que se hagan cargo, defiendan, argumenten, los temas y los intereses que son comunes. Así, la comunidad lo hace su representante y lo coloca en un órgano de discusión y decisión del gobierno⁵.

III. Derecho a la participación en la vida política

Con el siglo XX, y la adopción de la filosofía que alumbró la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se extendió de manera universal la imperiosa necesidad de fomentar la participación de las personas en los Estados occidentales; de esta manera, en el artículo 21º de la referida Declaración se reconoce que: “Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos”.

Pero se impone todavía una observación. En el plano de la vida cotidiana, diariamente se interactúa con diversas organizaciones, en las que participan varias personas, cada una de las cuales asume intereses y argumentos propios que pueden tener correlación o no con las posturas de sus pares. En el trabajo, la escuela, la misma familia y otro tipo de instituciones representativas se hace necesario arribar a consensos para que puedan concretarse metas en común para fines provechosos.

De esta forma, continuamente estamos enfrentando un desafío: adoptar una decisión, pero que los motivos y el resultado de la misma sean capaces de asimilarse a las decisiones de otras personas, y, en caso de no alcanzar un consenso mayoritario, se procure ceder o negociar para conseguir el acuerdo. Para ello es menester articular la democracia representativa sobre la base de la representación y de las representatividades sin trastocar el molde esquemático que ofrecen las organizaciones políticas.

Por lo demás, la tarea es particularmente complicada cuando no se pueden conocer a cabalidad las intenciones de todos los participantes en la toma de decisiones. Si bien como seres humanos tenemos a la lógica y a la razón para regir nuestro comportamiento, éstas no siempre se toman en cuenta, sobre todo desde el momento que hay de por medio intereses muy personales sobre un hecho que involucra la intervención de la mayoría.

En un nivel mayor, sostener acuerdo con millones de individuos en torno a las acciones que se disponen para temas que involucran su destino es una

5 Vid. voz “Representación política”, a cargo de José Woldenberg y Ricardo Becerra, en *Diccionario Electoral*, 2ª edición, t. II, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, C.R., 2000, pág. 1099. Desde una perspectiva politológica, vid. Bealey, Frank: *Diccionario de Ciencia Política*, traducción del inglés de Raquel Vázquez Ramil, Ediciones Istmo, S.A., Madrid, 2003, pp. 381-382.

tarea compleja, pero superable. De esta forma, sostenemos que la viabilidad de la democracia en el sistema político vigente se garantiza cuando la libertad e igualdad de la nación para que pueda intervenir en los asuntos públicos, teniendo como respaldo la legitimidad del voto popular en su designación como funcionario de elección popular, son respetadas plenamente⁶.

Hemos de recordar, sin embargo, que la cuestión resulta de suma actualidad en estos tiempos, al presentarse ciertas controversias respecto de la pertinencia de emplear los sustentos de la democracia para determinadas iniciativas, pues tal como se ha señalado “(...) *la democracia sería el fundamento de la limitación del poder de la mayoría y, así, el Estado constitucional vendría a constituir la juridificación de la democracia. Sin embargo, quien esgrime el ideal democrático con el objetivo de formular algún tipo de objeción al constitucionalismo se estaría equivocando*”⁷.

En este sentido, para el caso peruano, el derecho a la participación en la vida política, económica, social y cultural de la nación, reconocido en el artículo 2º, inciso 17, de la Constitución de 1993, de acuerdo con el criterio desarrollado por el Tribunal Constitucional peruano, contenido en la Sentencia recaída en el Expediente N° 5741-2006-AA, “constituye un derecho fundamental cuyo ámbito de protección es la libre intervención en los procesos y la toma de decisiones en el ámbito político, económico, social y cultural. La participación política constituye un derecho de contenido amplio e implica la intervención de la persona, en todo proceso de decisión, en los diversos niveles de organización de la sociedad. De ahí que éste no se proyecta de manera restrictiva sobre la participación de la persona en el *Estado-aparato* o, si se prefiere, en el *Estado-institución*, sino que se extiende a su participación en el *Estado-sociedad*, es decir, en los diversos niveles de organización, público y privado. Tal es el caso, por ejemplo, de la participación de las personas en la variedad de asociaciones, con diversa finalidad, o la participación en todo tipo de cargos; la característica común de todos ellos es que su origen es un *proceso de elección* por un colectivo de personas”.

Para nosotros, es evidente la trascendencia y el interés capital de la representación política que surge a raíz de la participación, la cual constituye un principio y un valor inherente a la noción y esencia misma de la democracia. Sin embargo, en contextos como el que se presenta en el Perú, donde el ejercicio del sufragio no está exento de polémicas y discusiones, corresponde establecer un mayor énfasis en la cultura cívica que permita instruir a los ciudadanos, de la formación elemental, de la importancia que reviste una adecuada elección de

6 Sobre el tema, *vid.* las reflexiones de Sartori, Giovanni: *Teoría de la democracia*, 2 ts., traducción del inglés de Santiago Sánchez González, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1988.

7 *Vid.* Garrido Gómez, María Isabel: “Los operadores jurídicos y la democracia”, en: Garrido Gómez, María Isabel y Ruiz Ruiz, Ramón (Editores): *Democracia, Gobernanza y Participación*, Tirant lo blanch, Valencia, 2014, p. 146.

sus representantes mediante el sufragio. A nivel del desarrollo de la democracia en Occidente, un papel elemental se encuentra en la labor que desempeñan los partidos políticos, los cuales deben constituir la referencia organizacional sustancial para la difusión y mejora de la democracia en cada nación.

En el Perú, respecto de los partidos políticos, se han presentado avances; así, tenemos la Ley N° 28094-Ley de Partidos Políticos, norma en donde se les reconoce como aquellas “asociaciones de ciudadanos que constituyen personas jurídicas de derecho privado cuyo objeto es participar por medios lícitos, democráticamente, en los asuntos públicos del país dentro del marco de la Constitución Política del Estado...”, señalándose además que los mismos expresan el pluralismo democrático⁸.

Es pertinente señalar, además, que el estudio de los partidos políticos es una tarea inagotable y permanente, por el bien mismo de la democracia. Estas organizaciones no están exentas de problemas o vicios, pues se ha señalado que éstos, “*Como organizaciones cuyo fin es alcanzar el poder político, y que además aglutinan un número elevado de militantes o simpatizantes, requieren de una fuerte estructura organizativa, en muchos casos especializada, y ello conduce, nos han explicado numerosos politólogos, a la mencionada oligarquización*”⁹.

Se admite hoy día que en el seno de la teoría de la democracia, un aspecto resaltante y vital para el sostenimiento del modelo se encuentra en la confianza que inspiran quienes detentan las funciones públicas hacia los gobernados. A partir del esquema de Rousseau, se aprecia en cada individuo un valioso integrante de la comunidad, que constituye el fin último de la sociedad y que por ende el trabajo organizado que se realice en ésta debe asegurar las mejores condiciones para la supervivencia de la comunidad.

Sin embargo, es cierto que la confianza también puede ser menoscabada, y dentro de los diversos factores que repercuten negativamente en las expectativas de la comunidad se encuentra la corrupción, fenómeno de negatividad impactante porque al generarse por el indebido aprovechamiento de las funciones y medios gubernamentales para fines egoístas, se distorsiona la visión que debe tenerse por parte de todo aquel que aspira a un cargo o función pública.

En ese orden de consideraciones, pueden advertirse dos aspectos elementales dentro del derecho a la participación en la vida política: 1) El nivel educativo de la comunidad, lo que involucra, principalmente, que se tenga conciencia de la importancia e impacto de las decisiones en el sufragio sobre el destino de todos

8 Un análisis político y jurídico, centrado en la historia y en los elementos de la realidad, se puede consultar en la obra de Rubio Correa, Marcial: *Ley de partidos políticos, las reglas que nadie quiso aprobar*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, Lima, 1997. Antecede Prólogo de Enrique Bernales Ballesteros.

9 Vid. Alguacil González-Auriolo, Jorge: *Estado de partidos: participación y representación*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2013, pp. 61-62.

los miembros; y 2) La formación de vocaciones, porque debe inculcarse en todo momento que la participación política, siendo un derecho fundamental, no puede condicionarse, no obstante sí implica responsabilidad y para ello, quienes participan como electores o elegidos, deben comprometer sus pretensiones al servicio del bienestar general.

Una particular paradoja para el Perú —en realidad, verdadero laboratorio político— se presenta en los conflictos que surgen por la informalidad económica y social, así como por las limitaciones del Estado para poder atender las necesidades elementales de los compatriotas en todos los rincones del país. Se reconoce el derecho a participar políticamente, pero en algunos casos no se fomenta la conciencia ciudadana que permita que los electores se expresen a plenitud sobre sus expectativas en el sufragio.

Esta situación se puede verificar en el clientelismo y en el populismo —tan característico en América Latina— en el que incurren muchos candidatos, a propósito de la elección de autoridades regionales y locales para el año 2014, quienes realizan ofrecimientos diversos con pocas expectativas para concretarlos¹⁰. Las iniciativas formuladas por los organismos constitucionales autónomos, tales como el Jurado Nacional de Elecciones y su programa INFOGOB, son pertinentes y de necesaria difusión para que las personas cuenten con mejores herramientas para decidir de la mejor forma, asegurando que el voto emitido sea con el conocimiento de las consecuencias de la elección clara y transparente. Pero así como se reflexiona respecto de la informalidad y las limitaciones gubernamentales para llegar a cada rincón dentro de nuestras fronteras, también debe tenerse presente el multiculturalismo propio del Perú, rico en contenido histórico.

A propósito, incidimos con particular énfasis en las consideraciones del multiculturalismo debido a que, a partir del proceso de regionalización iniciado en el año 2002 en el Perú, se establecieron gobiernos regionales con competencias y facultades paralelas a las que había centralizado el gobierno nacional; pero se advierte que fueron implementadas sin la debida evaluación de la preparación de la población de las regiones para asumir responsablemente la elección de sus autoridades.

Igualmente, en ejercicio del derecho de participación política, muchas personas postularon y finalmente fueron elegidas habiendo terminado involucrados extensamente en redes de corrupción, resultando que al mes de septiembre de 2014 el Poder Judicial esté procesando a ocho autoridades

10 Un panorama completo se puede ver en Nohlen, Dieter: "Sistemas electorales y representación política en América Latina", en AA.VV.: *Sistemas electorales y representación política en Latinoamérica*, vol. I, Fundación Friedrich Ebert, Madrid, 1986, pp. 15-38. Antecede Presentación de Salvador Bermúdez de Castro y Nota del Editor Dieter Koniecki.

regionales por cargos de comisión de presuntos actos irregulares y de corrupción durante su gestión pública.

Al ser la descentralización un proceso irreversible, no es viable suspender la organización que se ha adoptado sobre las autoridades regionales y locales. Sin embargo, el derecho a la participación política requiere de políticas complementarias urgentes para que se orienten y ejerzan en beneficio de la comunidad. Así, se ha referido que “centralización y descentralización, lejos de ser ideas antagónicas, no se excluyen la una a la otra, sino que más bien se complementan. La descentralización resulta de un principio de justicia. Consiste en tratar cada uno lo suyo, sea el individuo, el grupo familiar, el grupo profesional, el municipio o la provincia”¹¹.

Es natural cierto temor o recelo hacia las políticas dirigidas a los temas electorales, porque podría entenderse que existe una intención de direccionar los votos por parte del gobierno de turno. A pesar de ello, reformas de esta naturaleza pueden emprenderse con ayuda de la comunidad internacional, como por ejemplo la Organización de los Estados Americanos (OEA). Corolario de todo lo anterior es que, entre las aspiraciones de la OEA se encuentra el fomento, difusión y protección de la democracia como sistema en América, por lo que dentro su marco de funcionamiento se han establecido organismos con tareas específicas en materia de sufragio y representatividad política, entre ellos se encuentra el Departamento para la Cooperación y Observación Electoral de la Secretaría de Asuntos Políticos, el cual promueve acciones y programas sustentables hacia los países que requieran de asistencia en los temas de sufragio.

De esta forma, es un hecho cierto que el derecho a la participación política, como derecho consagrado en la emblemática Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, representa una condición esencial para la viabilidad de la democracia y el respeto de gobernantes y gobernados, con atención a todas las opiniones, pero donde primen los acuerdos que se alcancen. Y en el caso de países como el Perú, deben tenerse las particularidades que le son propias, como su población multicultural, la informalidad y las limitaciones del gobierno para difundir su trabajo y hacer prevalecer los derechos, para asumirse programas y acciones efectivas que renueven la confianza y la fe en las instituciones, actuándose de esta forma cívicamente cuando se emita el sufragio.

IV. El derecho fundamental a ser elegido representante y los parámetros fijados

A propósito de los comentarios esbozados sobre ciertas cuestiones que se presentan con algunas autoridades regionales y locales en el Perú, debe

11 Vid. Galvão de Sousa, José Pedro: *La representación política*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2011, p. 82. Antecede Presentación de Miguel Ayuso.

hacerse un especial análisis sobre el derecho a ser elegido representante y las observaciones que se puedan formular al respecto, teniendo como norte la dogmática de los derechos fundamentales¹².

Para eso resulta necesario, siguiendo lo expresado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 00030-2005-PI, asumir que el derecho fundamental a ser elegido representante es un derecho de configuración legal, cuyo sustento se encuentra en el artículo 31° de la Constitución Política de 1993, que establece que los ciudadanos tienen derecho a ser elegidos representantes, “de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica”, sobre el que se ha aplicado el principio de representación proporcional —entendido en este caso como el mecanismo, regla o fórmula que permite traducir los votos en escaños— recogido por el artículo 187° de la Constitución, queda determinado “conforme al sistema que establece la ley”, según señala este mismo artículo.

En el ejemplo que hemos referido, por voluntad del propio constituyente peruano, la ley aplicable, en nuestro caso la Ley N° 26859-Ley Orgánica de Elecciones, no sólo puede sino que debe culminar la delimitación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a acceder al cargo, específicamente, el de congresista. Al respecto, consideramos indispensable que mediante las leyes de la materia se puedan establecer los criterios específicos aplicables a la elección de representantes, sin que ello vulnere o repercuta negativamente en ámbito de universalidad que les asiste a los derechos fundamentales. Pero guardando las proporciones, es pertinente traer a colación a la Constitución histórica, esto es, lo que fue consagrado desde la iniciación de la República por los próceres y tribunos que asumieron las directrices del establecimiento del Perú como país independiente, y que se ha ido repitiendo en las posteriores normas fundamentales.

En realidad, se pueden considerar, con relación a los cargos de representación política, cuestiones como la no reelección inmediata del presidente de la República, la formación del Congreso elegido por representantes provenientes de las mismas provincias, la posición de los ministros, entre otras cuestiones muy ilustrativas respecto al quehacer político de las autoridades elegidas por la nación.

No obstante, debe advertirse que las condiciones del sufragio y el ejercicio de la ciudadanía en el siglo XIX y aun en buena parte del siglo XX resultaban censitarias y por ende deslegitimaban a los representantes elegidos bajo las

12 Vid. Presno Linera, Miguel Ángel: “La representación política como derecho fundamental”, en: *Fundamentos, Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, N°3, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2004, pp. 379-430.

reglas adecuada en ese entonces. Se puede considerar que este tipo de barreras legales se establecieron para preservar los intereses de un grupo muy reducido, acostumbrado a beneficiarse plenamente del poder político y económico.

Pero con el crecimiento del país y la inclusión, los diversos sectores que integran a la nación, configurados a partir de rasgos generales (género, condición económica, nivel de formación, actividad laboral, entre otros) que afinan sus intereses sobre sus aspiraciones, la representación política se convierte en un asunto de vigoroso tratamiento y debate, porque de por medio se tiene la necesidad de establecer una cantidad de representantes, lo cual para efectos de su determinación puede presentarse más de una complicación. En tal sentido, se ha establecido la representación proporcional, la cual consiste en un sistema donde existe correspondencia entre la cantidad de representantes con el total de votos que se han obtenido en los sufragios, bajo una circunscripción determinada sobre la cantidad de habitantes.

La experiencia europea sobre la aplicación del principio de proporcionalidad es ilustrativa. Así, se ha afirmado que: “(...) el éxito pleno del escrutinio proporcional es posterior a la Segunda Guerra Mundial, y se afianza con la tercera ola de democratización europea. En menos de un siglo la elección pasa del sufragio restringido (el último en desaparecer: la exclusión de los analfabetos en Portugal en 1974) y el escrutinio mayoritario a la combinación entre sufragio universal y la elección de toda o una parte de la representación parlamentaria mediante escrutinio proporcional. Y ello hasta el punto en que en la fecha ningún país de la Unión Europea elige su representación en el Parlamento Europeo mediante escrutinio mayoritario”¹³.

Para el caso peruano, el sistema de representación proporcional es conveniente, pues conforme se ha señalado, “un sistema de representación proporcional con diversos matices puede reflejar las fuerzas sociales de una sociedad altamente diversificada y, por lo tanto, necesitada de pluralismo político”¹⁴. De esta forma, se garantizan oportunidades para que los diversos sectores que conforman nuestra multicultural sociedad cuenten con un escaño y, por ende, con voz y voto en la discusión de cuestiones públicas¹⁵. Es evidente que concertar con opiniones tan disímiles puede resultar una tarea complicada, que de abordarse con procedimientos populistas pueden generar la inviabilidad

13 Vid. Martínez Sospedra, Manuel: “Sobre la proporcionalidad. Contra el tópico: Son igualmente democráticos un sistema electoral mayoritario y uno proporcional”, en: Menéndez Alzamora, Manuel (Editor): *Participación y Representación Política*, Tirant lo blanch, Valencia, 2009, p. 165.

14 Vid. Fernández Segado, Francisco: *La representatividad de los sistemas electorales*, Cuadernos de CAPEL, N° 37, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Centro de Asesoría y Promoción Electoral, San José, Costa Rica, 1994, p. 58.

15 Para el caso peruano resulta útil la lectura de García Belaunde, Domingo: “Sistema electoral y representación política en el Perú actual”, en AA.VV.: *Sistemas electorales y representación política en Latinoamérica*, vol. I, Fundación Friedrich Ebert, Madrid, 1986, pp. 43-74.

de las expectativas asumidas por los gobernados y en sí el funcionamiento mismo de la democracia. Es por ello que se tiene implementada dentro del sistema electoral peruano la barrera electoral.

Este mecanismo, que rige para las elecciones de congresistas, impide que quienes hayan alcanzado cierto mínimo de representatividad en las elecciones congresales ingresen al procedimiento de reparto de escaños. En otros términos, si bien en el ejercicio de los derechos políticos que asisten a los ciudadanos, se encuentra el de elegir y ser elegidos, al tratarse de un derecho de configuración legal se tienen previstas reglas que aseguren que la representatividad de los elegidos sea coherente con los factores señalados para asumirse como ganador de un proceso electoral.

En resumen, la barrera electoral conllevó reclamos y demandas por parte de las organizaciones locales, toda vez que la barrera establecida operaba a partir de la participación de partidos políticos en los sufragios. Respecto a ello, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0030-2005-PI/TC, sustentó que el derecho de elección de los ciudadanos no se afecta con la barrera, toda vez que “(...) dicha disposición no impide el ejercicio personal del voto. Tampoco genera discriminación de ningún tipo entre los votantes o entre los partidos o movimientos participantes, pues absolutamente a todos les serán aplicables las mismas reglas constitucionales y legales. No impide acudir libremente a las urnas. Menos aún, exige revelar la identidad del candidato, partido, movimiento, alianza o lista a la que se ha decidido apoyar”.

V. ¿Qué dice el Tribunal Constitucional?

Aparte de lo ya referido en los puntos anteriores del presente estudio, consideramos oportuno invocar los pronunciamientos del Tribunal Constitucional peruano sobre lo que ha afrontado en el siglo XXI, esto es, una serie de demandas relativas a la participación política, sobre todo proveniente del ámbito de las poblaciones nativas y autóctonas, y cómo les asiste el derecho de ser consultadas por temas de decisión.

Sobre el particular, se tiene la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 5427-2009-PC/TC, en la cual se ha referido a que entre el derecho a la consulta previa y el derecho a la participación ciudadana, existen notorias diferencias que no pueden ser soslayadas. Así pues, mientras que el derecho a la consulta garantiza que la opinión de los pueblos indígenas sea tomada en cuenta antes de adoptarse una decisión que pueda afectarles, el derecho a la participación ciudadana hace posible la libre intervención de las personas en el ámbito político, económico, social y cultural de la nación. Es por eso que el propio Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) regula por separado este último derecho en sus artículos 6°, inciso b) y 7°, respectivamente.

Asimismo, de lo expresado en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0022-2009-AI/TC, el Alto Tribunal consideró que en el caso peruano no ha estado exento de debate, es decir que, de la lectura de los artículos 6 y 15 del Convenio N° 169 no se desprende que los pueblos indígenas gocen de una especie de derecho de veto. Es decir, la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas respecto de las medidas legislativas o administrativas que les podría afectar directamente, no les otorga la capacidad de impedir que tales medidas se lleven a cabo, advirtiéndose que en el último párrafo del artículo 6 del Convenio se expresa que la consulta debe ser realizada “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”; ello no representa taxativamente una condición, que de no concretizarse involucre la improcedencia de la medida. Es por eso que se llega a la conclusión de que un proceso de consulta en el que se determine que no se pretende alcanzar tal finalidad, podrá ser cuestionado. Debe afirmarse que no fluye de los artículos del Convenio N° 169 que los pueblos indígenas gocen de un derecho de veto. Lo que pretende la norma es institucionalizar el diálogo intercultural, asegurando de esta forma el respeto de los derechos de las minorías, pero que sus intereses se encaucen a los objetivos nacionales.

En fin, en la sentencia señalada en el párrafo anterior se han enumerado los elementos y características del derecho de consulta, los cuales son referenciales para cualquier proceso en donde se pretenda obtener una cercanía a las opiniones de la gente, teniendo a continuación, lo siguiente:

- a) Buena fe. El principio de buena fe conforma el núcleo esencial del derecho a la consulta. El principio de buena fe debe ser comprendido como aquel que busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado, interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte o la falta de diligencia en el cumplimiento de lo acordado.
- b) Flexibilidad. Debido a la diversidad de pueblos indígenas existentes, la diversidad de sus costumbres, inclusive entre unos y otros, es muy importante que en el proceso de consulta sea tomada en cuenta. De igual forma, y como ya se ha indicado, las medidas a consultar tienen distintos alcances, siendo por tanto pertinente ajustar cada proceso de consulta al tipo de medida, sea administrativa o legislativa que se pretende consultar. Es por eso que en el artículo 6 del Convenio N° 169 se establece que las consultas deben ser llevadas a cabo de una “manera apropiada a las circunstancias”. De igual forma, el principio de flexibilidad tendría que entrar a tallar en la intensidad de la consulta cuando ésta sea realizada en un contexto de exploración y cuando se pretenda la explotación. Si bien en ambos casos procede la consulta, no es menos cierto que en principio la intervención será mayor con la explotación que con la exploración.

- c) Objetivo de alcanzar un acuerdo. Debe entenderse que lo que se pretende con el proceso de consulta es que se lleve a cabo un verdadero diálogo intercultural. La intención es que dentro de la pluralidad de sujetos de diversas culturas se pueda entablar un diálogo, tomando en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena y evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto, con la finalidad no sólo de obtener acuerdos que signifiquen garantizar los legítimos intereses de los pueblos indígenas como la preservación de la calidad ambiental de su territorio, de sus diversas actividades económicas y culturales, en su caso de la justa compensación e incluso, la completa adecuación a nuevos modos de vida; sino en especial al concepto de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria ubicada dentro del territorio de determinados pueblos indígenas, los que deberán resultar notoriamente beneficiados.
- d) Transparencia. El principio de transparencia también es inherente al proceso de consulta si bien se ha visto manifestación de éste cuando se hizo referencia al principio de buena fe, aquél tiene una relevancia que permite enfatizar su autonomía. Ya se adelantó que en cuanto se establezca que determinadas medidas pueden afectar directamente a los pueblos indígenas, éstas deben ser puestas en conocimiento de dichos pueblos. También es importante que se establezca cuáles van a ser las consecuencias de tales medidas, sean positivas o negativas. Es igualmente importante que se conozcan cuáles van a ser las metodologías de la consulta, así como las normas pertinentes que sustenten la medida. El principio de transparencia implica que la documentación relevante tendría que ser traducida a fin de que la comprensión de los mismos pueda garantizarse con plenitud. También se tendrán que tomar en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena, evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso específico.
- e) Implementación previa del proceso de consulta. Otro punto característico es que la consulta se lleve a cabo en forma previa a la toma de la decisión. Y es que la idea esencial de la inclusión de los pueblos indígenas en la discusión del proyecto de la medida administrativa o legislativa es que puedan plantear sus perspectivas culturales, con la finalidad de que sean tomadas en cuenta. La consulta es una expectativa de poder, de influencia en la elaboración de medidas que van a tener un impacto directo en la situación jurídica de los pueblos indígenas. Trasladar esta consulta a un momento posterior a la publicación de la medida elimina la expectativa de la intervención subyacente en la consulta. Además, generaría que la consulta se lleve a cabo sobre los hechos consumados, pudiendo relevarse con esto una ausencia de buena fe. En todo caso, las condiciones de los hechos pueden determinar ciertas excepciones, aunque éstas siempre

serán revisadas bajo un examen estricto de constitucionalidad debido a la sospecha que tales situaciones generan.

VI. Conclusiones

Uno de los rasgos característicos de la *representación política*, en los Estados democráticos contemporáneos, es que las decisiones políticas que se ejercitan mediante el sufragio—universal—tanto activo como pasivo expresen su voluntad en los gobernantes que son elegidos mediante la voluntad popular, con lo cual las decisiones políticas provenientes de un procedimiento electoral transparente se ejercitan con el propósito de fortalecer la democracia constitucional. Para ello se evidencia el tránsito que existe—fijados en el contexto histórico—de la *democracia participativa* que tiene su campo de acción en el mundo greco-romano hacia la *democracia representativa* cuya expresión máxima se sitúa en el siglo XVIII con el nacimiento del Estado liberal o burgués, en pleno hervor del fenómeno y método legítimo denominado *constitucionalismo*.

En ese orden de ideas, la participación activa—verdadera voluntad popular—de los agentes sociales o destinatarios del poder, son referentes sobremanera decisivos en la toma de decisiones por parte de los representantes elegidos democráticamente, es decir, estamos frente a una suerte de representación delegada. Y es ahí donde los *sistemas de partidos* desarrollan una actividad polivalente en la vida pública para materializar los acuerdos democráticos que giran en función de los acuerdos que adopten las mayorías con las minorías, buscando siempre el consenso político y respetando, a la vez, la soberanía popular y nacional. Así trasunta en la realidad constitucional y política de los Estados contemporáneos, al margen de las críticas y oposiciones, en donde las transformaciones van a ritmo acelerado como consecuencia, a fin de cuentas del fenómeno de la *constitucionalización*. Por ejemplo, la capa legitimadora morfológica del referéndum, el plebiscito, la iniciativa popular, entre otras formas de democracia semidirecta, dotadas de autonomía, que cultivan las clases dirigentes, con sus consecuentes limitaciones, así lo reafirman. Y América Latina, teniendo al frente los productos de la globalización, con sus luces y sus sombras, en no pequeña medida, es un interesante laboratorio político para explorar e investigar tales cometidos, en especial para solucionar conflictos interinstitucionales, teniendo como referente una verdadera y sólida cultura política democrática.

VII. Recomendaciones

A nivel de la legislación, corresponde al Congreso de la República efectuar coordinaciones de forma permanente con los organismos constitucionales autónomos en materia electoral: Jurado Nacional de Elecciones, Oficina Nacional de Procesos Electorales y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil,

quienes por su labor frente a los temas de sufragio y democracia cuentan con información y sustentos que impulsen reformas pertinentes en lo que resulte necesario dentro del sistema electoral.

VIII. Bibliografía

AA.VV. (2004): *Fundamentos, Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, N° 3, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo.

AA.VV. (1986): *Sistemas electorales y representación política en Latinoamérica*, Fundación Friedrich Ebert, Madrid, 2 Volúmenes.

ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, Jorge (2013): *Estado de partidos: participación y representación*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid.

BEALEY, Frank (2003): *Diccionario de Ciencia Política*, traducción del inglés de Raquel Vázquez Ramil, Ediciones Istmo, S.A., Madrid.

CONCHA CANTÚ, Hugo A. (2002): *Sistema representativo y democracia semidirecta. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (1994): *La representatividad de los sistemas electorales*, Cuadernos de CAPEL, N° 37, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Centro de Asesoría y Promoción Electoral, San José, Costa Rica.

GALVÃO DE SOUSA, José Pedro (2011): *La representación política*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid.

GARRIDO GÓMEZ, María Isabel y RUIZ RUIZ, Ramón (2014): *Democracia, Gobernanza y Participación*, Tirant lo blanch, Valencia.

GARRORENA MORALES, Ángel (1991): *Representación y Constitución democrática (Hacia una revisión crítica de la teoría de la representación)*, Editorial Civitas, S.A., Madrid.

MENÉNDEZ ALZAMORA, Manuel (2009): *Participación y Representación Política*, Tirant lo blanch, Valencia.

NOHLEN, Dieter (2006): *Diccionario de Ciencia Política. Teorías, métodos, conceptos*, Editorial Porrúa, S.A. de C.V.- El Colegio de Veracruz, México, D.F., 2 Tomos.

RODRÍGUEZ ADRADOS, Francisco (1997): *Historia de la democracia. De Solón a nuestros días*, 2ª edición, Ediciones Temas de Hoy, Madrid.

RUBIO CORREA, Marcial (1997): *Ley de partidos políticos, las reglas que nadie quiso aprobar*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, Lima.

SARTORI, Giovanni (1988): *Teoría de la democracia*, traducción del inglés de Santiago Sánchez González, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 2 Tomos.

EL PATRIMONIO CONYUGAL EN ROMA¹

Juan Carlos Centurión Portales²

Sumario

I. ¿Está aún vigente el derecho romano?

El pesimismo del profesor Floris Margadan. La posición del profesor Giovanni Lobrano. La dimensión histórica y una dimensión dogmática de la obra de *Justiniano*.

II. El matrimonio romano.

Palabras liminares. Aproximaciones sobre lo que es la familia romana. Etimología del matrimonio. Definición. ¿Quiénes fueron los sujetos de derecho que intervinieron en el matrimonio? ¿Cuáles fueron los fundamentos del matrimonio? La *affectio maritalis* (de derecho) El *honor matrimonii* (de hecho). Diversas formas de matrimonio romano: 1 La *confarreatio*; 2. La *coemptio*; 3. El *usus*.

III. El régimen patrimonial dentro del matrimonio romano.

1. Si la mujer fue *alieni iuris* bajo el régimen del matrimonio *cum manu* entonces. 2. Si la mujer fue *alieni iuris*, bajo el régimen del matrimonio *sine manu*, entonces. 3. Si la mujer fue *sui iuris*, bajo el régimen del matrimonio *cum*

1 El artículo se basa en los apuntes de clase dictados por el autor cuando asumió la asignatura Derecho Romano en la Facultad de Derecho de la UNMSM en el año 2001. El artículo tiene un propósito específico: la divulgación, entre los estudiantes de los primeros años de estudio de la carrera, de las instituciones de Derecho Romano. El autor, animado por ese propósito, ha publicado: *Manual elemental de derecho romano*. (Personas y Familia). Lima. Universidad Inca Garcilaso de la Vega. 2004; *La crisis de las humanidades. El caso del derecho romano*. En: Derecho a Survivir. Revista de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur. Año 1. N° 1. 2014, pp. 227-236; *La influencia de Justiniano en el derecho de sucesiones*. En: Ágora. Revista de Derecho. Números 7 y 8, agosto 2006, diciembre 2008. (págs. 467-480). Edición electrónica: www.derecho-uigv.com; *¿Existió protección a los sujetos de derecho en Roma? Una mirada al derecho romano desde el derecho civil*. (Segunda parte) En: Ágora. Revista de Derecho. Números 5 y 6. Julio 2004-2006. (págs. 277-307) Edición electrónica: www.derecho-uigv.com. *¿Existió protección a los sujetos de derecho en Roma? Una mirada al derecho romano desde el derecho civil*. (Primera parte). En: Ágora. Revista de Derecho. Números 3 y 4, julio 2002-2004. (págs. 395-412) Edición electrónica: www.derecho-uigv.com

2 Abogado. Magíster en Derecho y Doctor en Derecho por la UNMSM. Profesor en la Maestría en Derecho, con mención en Derecho Civil y Comercial de la UNMSM.

manu, entonces. 4. Si la mujer *sui iuris* bajo el régimen del matrimonio *sine manu*. Principios complementarios sobre el patrimonio conyugal romano. La presunción *muciana*. La prohibición de donaciones entre los cónyuges.

IV. La dote.

Características de la dote. Clasificación de la dote. Etimología de la palabra dote. Destino y restitución de la dote. El destino de la dote en el derecho arcaico. El destino de la dote en el derecho preclásico y clásico ¿Qué ocurría si el marido se negaba a restituir la dote? Los remedios para tales circunstancias: 1. La *actio ex stipulatu de dos reddenda* 2. La *actio rei uxoriæ*. Los bienes parafernales. Las donaciones antes del matrimonio (*donatio ante nuptias*)

Conclusiones

Bibliografía

Palabras claves

Derecho romano. Matrimonio romano. Familia romana. El patrimonio conyugal en Roma. El régimen patrimonial. La dote.

I. ¿ESTÁ AÚN VIGENTE EL DERECHO ROMANO?

1.1. Desde que el derecho romano quedó expulsado del terreno del derecho positivo perdió parte de su popularidad entre los estudiosos del derecho y ahora tiende a convertirse en una ciencia esotérica, monopolio de un grupo de eruditos, de esta manera en vez de ser una disciplina popular, el derecho romano se ha convertido en una ciencia de catedráticos.³

¿Por qué el pesimismo del profesor Floris Margadant de la Universidad Autónoma de México? Él mismo se encarga de responder a esa pregunta con las siguientes afirmaciones.

La actitud hacia la cultura antigua ofrece un espectáculo no muy alentador para una disciplina ligada a la antigüedad. El público culto sabe menos de la antigüedad que en siglos anteriores, circunstancia que reclama un pronto remedio.⁴ La desaparición, del derecho romano, como derecho positivo. Un decreciente interés por lo clásico. La admisión a la universidad de alumnos poco preparados para la cultura clásica.⁵

1.2. Por otro lado el profesor Giovanni Lobrano sostiene, enfáticamente, que

3 FLORIS MARGADANT S-S, Guillermo. El significado del Derecho Romano dentro de la enseñanza jurídica contemporánea. México. Universidad nacional Autónoma de México. 1960, pág. 55

4 Opus cit, pág. 59.

5 Opus cit, pág. 59.

el derecho romano es un sistema de derecho que tiene una dimensión histórica y una dimensión dogmática.⁶

La dimensión histórica no ha terminado todavía porque la experiencia jurídica actual divide al mundo en grandes sistemas y uno de ellos es el sistema jurídico romano. Por eso no podemos decir que el derecho romano pertenezca a una fase histórica sobrepasada, aunque sí podemos destacar momentos históricos sobresalientes.⁷

Examinemos, entonces, las afirmaciones del profesor Lobrano. A principios del siglo VI d.C. el emperador *Justiniano* produjo la gran obra de codificación del derecho romano, el *Corpus Iuris Civilis*, que comprendieron tres textos:

1. *Digesta*, la recopilación de las máximas de los grandes juristas;
2. *Institutas*, que es una obra para el aprendizaje del derecho;
3. El *Codex* o el código de las constituciones imperiales.⁸

1.3. En efecto, el aporte más importante y trascendental, en materia de codificación para Roma, fue la obra de *Justiniano*. Su afán ordenador lo llevó a mandar a confeccionar el *Digesto* (que se traduce como: poner en orden) o conocido como *Pandectas* (cuya traducción es: que lo contiene todo), el que se publicó el 16 de diciembre de 533 d. C. y rigió desde el 30 de diciembre de ese año.⁹

El profesor y romanista alemán Ferdinand Mackeldey, por su parte, dijo al respecto, al publicar las *Pandectas*, *Justiniano* tuvo la inteligencia y el tino de prohibir el uso de los escritos de los antiguos jurisconsultos y que tenían por objeto enseñar el derecho a los principiantes.¹⁰

Luego se publicaron *Las Institutas*, divididas en cuatro libros (que fueron el resumen de las *Pandectas*) y estaban destinadas a los estudiantes de Derecho y debían, asimismo, presentar: “*Los principios capitales de la ciencia, considerando el antiguo, pero, incidiendo en la práctica*”.¹¹

El 16 de noviembre 534 d. C. *Justiniano* promulgó, *El Código Nuevo* de 12 libros en el que se hallaban las *Constituciones*. Así el cuerpo del Derecho había quedado completo: *Digesto (Pandectas)*; *Las Instituciones*; *El Nuevo*

6 LOBRANO, Giovanni. XVII Congreso Latinoamericano de Derecho Romano realizado en la PUCP en el mes de julio del año 2011. Entrevista. [Documento en Línea]. <http://puntoedu.pucp.edu.pe/entrevistas/el-derecho-romano-tiene-un-papel-importante-en-la-formacion-del-jurista-y-de-su-pensamiento-democratico>. Disponible: [Consulta: 2015. Julio 08],

7 Opus cit.

8 Opus cit.

9 MACKELDEY, Ferdinand. Elementos de Derecho Romano; teoría de las *Institutas*. Madrid: 1876 p.41

10 Opus cit. p.41

11 Opus cit, p.43

Código, pero *Justiniano* desde 529 hasta 566 d. C. dio una multitud de ordenanzas que variaba lo antes publicado, ellas fueron llamadas *Nuevas Constituciones (Novelas)*. Después de la muerte de *Justiniano* se hizo una colección de 168 *Novelas* de cuyo número sólo 154 pertenecen a *Justiniano*, siendo las demás de sus sucesores.¹²

La existencia del *Codex Iustinianus* y la publicación de la compilación de las obras de la jurisprudencia, *Digesta* o *Pandectae*, hicieron necesaria una reforma del plan de estudios de Derecho para adaptarlo a los profundos cambios que se habían producido en las estructuras del derecho positivo de aquel entonces.¹³

El plan de estudios que *Justiniano* diseñó y estableció en la *Constitución Omnem* (2-5) tuvo una duración de cinco años y un preciso material de estudio, que naturalmente fue su *Compilación*.¹⁴ La materia se distribuyó de la siguiente manera:

El primer año, los alumnos, se llamaron «jóvenes justinianeos», estudiaron las *Instituciones de Justiniano*, más la parte llamada *Prota*, que contenían principios generales sobre el derecho y la jurisdicción, fueron los libros *De Iustitia et Iure*, *De iurisdictione*, *De postulando* y *De in integrum restitutionibus*.¹⁵

El segundo año, los alumnos, se llamaban «edictales», en recuerdo a la obra de *Ulpiano* *Libri ad Edictum*, estudiaban los siete libros *De iudiciis*, o bien, los ocho libros *De rebus*, según lo permitía, en cada caso, la duración del curso. Además estudiaban cuatro libros más: sobre tutela, sobre dote, sobre testamento y sobre legados y fideicomisos, dejando los otros diez para mejor momento, pues ni la duración del curso lo permitía ni cabía una explicación detenida de esos catorce libros.¹⁶

El tercer año, los alumnos se llamaron «papinianistas» en honor al gran *Papiniano*. Se completaba el estudio *De iudiciis* o *De rebus*, en la forma que correspondiese según lo estudiado en el año anterior. Además estudiaban tres *libri* singulares: sobre la fórmula hipotecaria, sobre el edicto de los ediles y la acción *rehabitoria* respecto a la compraventa, y sobre la evicción y vicios ocultos. Se completaba con el estudio de una selección de textos de *Papiniano* de sus *Respuestas*, *Cuestiones* y *Definiciones*.¹⁷

12 *Ibidem.*, p.46

13 AGUDO RUIZ, A., Oriente y Occidente: Dos modelos de enseñanza del Derecho Romano, REDUR 8, diciembre 2010, (REDUR) [Documento en Línea]. Disponible: www.unirioja.es [Consulta: 2012. Julio 08], pág. 14.

14 *Ibidem.*, pág. 15.

15 *Ibidem.*, pág. 15.

16 *Ibidem.*, pág. 15.

17 *Ibidem.*, pág. 15.

El cuarto año, los alumnos se llamaron «*resolvedores de casos*». Estudiaban los restantes 10 *libri* singulares del *Digesto* que fueron continuación de la parte de Familia y Sucesiones estudiada en el segundo año, además de donaciones entre cónyuges, testamentos, legados y fideicomisos.¹⁸ Derecho romano ha desaparecido como derecho positivo, pero sigue vigente, entre nosotros, la dimensión histórica y la dimensión dogmática.

II. EL MATRIMONIO ROMANO

Palabras liminares

Sin lugar a dudas la historia del derecho es una de las partes más importantes de la historia de los pueblos. Nadie dejará de convenir en que la historia del derecho es una fuente inagotable de conocimiento. Pero por motivos muy naturales, la historia de los romanos, ente los pueblos antiguos y la historia de los germanos entre los pueblos modernos, son las que ofrecen mayor interés y han sido objeto de innumerables estudios.¹⁹

Breves aproximaciones sobre lo que fue la familia romana.

Es oportuno señalar que en el siglo XIX el profesor Troplong se formuló las siguientes preguntas.

¿Qué es pues la familia romana? ¿Tiene por fundamento la sangre, la naturaleza? No, solamente el lazo civil de la autoridad, *manus* que une sus miembros y mantiene su agregación. No se pertenece a la familia por ser hijo o esposa o pariente, sino por ser hijo bajo potestad, esposa bajo sumisión a esa potestad. En una palabra la familia romana es creación singular de un pueblo nacido para el poder. La familia no es otra cosa que el conjunto de individuos que reconocen la potestad de un jefe. El que depende de este poder esta en la familia. El *manumitido* ya no está en la familia.²⁰

En efecto la idea de poder sobre el cual estaba fundada la familia romana se debe tomar en el sentido más absoluto. El jefe de ella era el señor el propietario de todos los demás y del patrimonio. Todo estaba a su disposición, sólo él era independiente.²¹

Por otro lado, la familia para proveer a la propia necesidad, es decir, al sostenimiento de sus componentes, la educación de los hijos, necesitó de un sostén patrimonial; se habla, entonces, del régimen patrimonial de la familia en

18 *Ibidem*, pág. 15.

19 HUGO, Gustavo. Historia del derecho romano. Traducida del alemán al castellano por Manuel Casado Tello. Madrid. Establecimiento tipográfico de Rivera. 1850, pág. 6

20 TROPLONG, Raymond Théodore. La influencia el cristianismo en el derecho romano. Traducido por Manuel de Zequeira y Caro. La Habana. Imprenta del gobierno. 1847, págs. 19-20

21 VARELA STOLLE, Antonio. Explicaciones (sic) históricas elementales del derecho romano. Madrid 1858, pág. 53

relación a los bienes destinados a solventar tales funciones que, naturalmente, trascienden los intereses particulares de los miembros de la misma.²²

Naturaleza del matrimonio romano

La naturaleza del matrimonio romano es profundamente diversa del actual matrimonio. El derecho canónico lo considera, al mismo tiempo, un sacramento y un contrato. El derecho civil moderno lo considera un negocio jurídico complejo en el cual interviene, por un lado la voluntad de las partes y la del Estado. El Derecho romano, en cambio, considera al matrimonio como un estado de hecho con importantes consecuencias jurídicas.²³

Etimología del matrimonio.

Matrimonium es una palabra compuesta que puede provenir de:

1. *Monos materia*, es decir, unión que produce una sola materia.²⁴
2. *Matrem muniens*, es decir, defensa, protección de la madre.²⁵
3. *Matris munium*, es decir, oficio o actividad de madre.²⁶

Algunas definiciones.

1. El *matrimonium* fue la unión de hombre y mujer en un consorcio permanente. Es bueno recordar que en latín la definición de matrimonio es: “*Nuptiæ sunt conjunctio maris et fæminæ consortium omnis viíta (...)*”, es decir, las nupcias (ritos y ceremonias) son las suertes conjuntas entre un hombre y una mujer en todas las cosas de la vida ya sean prósperas o adversas.²⁷
2. El *matrimonium* fue una unión entre el hombre y la mujer para vivir en una indivisible sociedad.²⁸
3. El *matrimonium* fue la unión del varón y la mujer en una comunidad permanente de vida.
4. El *matrimonium* fue monogámico, celebrado entre personas capaces y en legítima forma.²⁹

¿Quiénes fueron los sujetos de derecho que intervinieron en el matrimonio?

1. El hombre, que se convertía en *vir* al casarse.³⁰

22 D-ANGELO, Ana. Istituzioni de diritto romano e cenni di diritti dell'Antichità. V. Edizione. Seria Manuali. Napoli. Grupo editoriali Esselibri-Simone. 2007, pág. 73

23 SANFILIPPO, Cesare. Istituzioni de diritto romano. Décima edizione. Rubbettino Editore. 2002, pág. 59

24 PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo. Derecho romano. Valencia. Tirant lo Blanch, 2004, pág. 300

25 Opus cit, pág. 300

26 Opus cit, pág. 300

27 Opus cit, págs. 302-303

28 MACKELDEY, Ferdinand. Elementos del Derecho Romano. Teoría de las Institutas. 3ra. Edición Madrid. Leocadio López. Editor 1876 pág. 228

29 RODRÍGUEZ PASTOR, Carlos. Prontuario de Derecho Romano. Lima. Imprenta americana. 1938, pág. 23

30 CASIONE, Cosimo. Manuale breve Diritto Romano. Milano. Percorsi. 2007, pág 60.

2. La mujer, que se convertía en *uxor* al casarse.³¹

¿Cuáles fueron los fundamentos del matrimonio?

El *matrimonium* se fundó básicamente en dos pilares:

1. La ***affectio maritalis*** (de derecho)

Es el elemento subjetivo, interno, expresado en la intención (*animus*) recíproca de los contrayentes de tenerse por marido y mujer día a día, creando un proyecto de vida juntos.³²

2. El ***honor matrimonii*** (de hecho)

Es el elemento objetivo, externo, ético que consiste en guardarse, recíprocamente consideración respeto y estima permanente, así los cónyuges habitarán largo tiempo separados.³³

Ambos elementos se refunden en una exigencia: el *animus matrimonii*, es decir, que los cónyuges tengan por objeto vivir en una unión completa y participar, durante toda su vida, de la misma suerte, el mismo destino y el proyecto de vida.³⁴

Diversas formas de matrimonio romano:³⁵

Después de las *iustæ nuptiæ* surgió un poder del marido sobre su mujer: *manus*. Esto significó que:

1. La mujer ingresaba a la familia de su marido.
2. La mujer rompía todo lazo con su familia de origen y quedaba sujeta a una nueva autoridad, la del cónyuge.
3. La mujer ingresaba a la nueva familia en calidad de hija: *loco filia*, si es que su marido fue: *sui iuris*.
4. La mujer ingresaba a la nueva familia en calidad de nieta: *loco neptis*, si es que su marido fue: *alieni iuris*.

Este poder: *manus* se adquirió de tres formas, lo que a su vez presentó tres formas de celebrar el matrimonio:³⁶

1. Por el pan: *Confarreatio* (*Farreo*, que en latín significa pan)
2. Por la compra: *Coemptio*.
3. Por el uso: *Por cohabitación*.

31 ALZAMORA, Lizardo. Derecho romano. Revisado y anotado por Lizardo Alzamora Silva. Lima: [Tall. de Linotipia], 1946, pág. 88

32 PANERO G. Ricardo. Opus cit. pág. 303

33 Opus cit. pág. 304

34 MACKELDEY, Ferdinand. Opus cit. pág. 329

35 PANERO. Ricardo Opus cit, pág. 309

36 Opus cit, pág. 309

i. La *confarreatio*; características:³⁷

1. Ceremonia exclusiva para los patricios. Sobre ellos, el filólogo alemán Theodor Mommsen, señaló al respecto que en la primera etapa de la historia de Roma los patricios fueron los descendientes de las treinta curias primitivas. La palabra proviene del latín *pater* (traducido significa: padre), en referencia a que son descendientes de los primeros padres fundadores de Roma.
2. Ceremonia religiosa en presencia de un pontífice.
3. Ceremonia que exigió diez testigos.
4. Ceremonia en que se ofrecía: pan de trigo a *Júpiter*.³⁸ ¿Por qué a *Júpiter*? El académico y erudito británico Robert Graves, experto en mitos griegos, señaló lo siguiente. *Júpiter* es divinidad suprema de la religión Romana. Es el dios de la fidelidad que vela por el cumplimiento de los juramentos y la observancia de las leyes de la hospitalidad. La hospitalidad entre individuos suponía el compromiso de protegerse mutuamente. Eso explica el tributo a *Júpiter*.

ii. La *coemptio*; características:³⁹

1. Fue una “venta” simbólica.
2. El contrayente entregaba una moneda de cobre al “vendedor” (el padre o el tutor).

iii. El *usus*, características:⁴⁰

1. La mujer cohabitaba un año consecutivo con el marido sin interrupción.
2. La *manus* era adquirida por el marido por *usucapión*. La *usucapión*, como es conocido, es la adquisición de la propiedad por una posesión suficientemente prolongada reuniendo las condiciones de justo título y buena fe, se debe poseerla realmente y sin interrupción.
3. La mujer podía impedir que el marido adquiriese sobre ella la *manus* para lo cual bastaba que la mujer se alejara por tres noches seguidas (*trinocti*) de la casa marital, con su ausencia interrumpía la posesión del marido e impedía que éste adquiriese sobre ella la *manus*.
4. A consecuencia de esta interrupción de la posesión podía tener patrimonio propio y conservarlo.

37 Opus cit, pág. 309

38 Etimológicamente *Júpiter* “padre de la luz”, representa la justicia, el derecho, la norma. Protector de la ciudad y del Estado romano. Mantenía el orden entre los dioses y los seres humanos, juzgaba sus conflictos.

39 SERAFINI, Felipe. Instituciones de derecho romano. Barcelona. Hijos de Espasa. s/f, pág. 182

40 Opus cit. pág. 183

III. EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DENTRO DEL MATRIMONIO ROMANO

En el derecho romano el principio básico del régimen económico del matrimonio fue la unidad del patrimonio y quien dirigía y administraba este patrimonio fue el *paterfamilias*, sin embargo hay que tener presente cuatro supuestos que se daban en el derecho romano; a saber:⁴¹

1. Si la mujer fue *alieni iuris* y su matrimonio *cum manu*
2. Si la mujer fue *alieni iuris* y su matrimonio *sine manu*
3. Si la mujer fue *sui iuris* y su matrimonio *cum manu*
4. Si la mujer fue *sui iuris* y su matrimonio *sine manu*⁴²

Desarrollando los supuestos tenemos que:⁴³

Si la mujer fue *alieni iuris* bajo el régimen del matrimonio *cum manu* entonces:

1. De la potestad del *paterfamilias* (cuando fue soltera), pasó a la potestad del marido.
2. Ocupaba el lugar de hija: *loco filiae*; o de nieta: *loco neptis*, según haya sido el caso.
3. Para ella rigió el principio: *nihil suum habere potest*, que puede traducirse como: no puede tener nada propio

Si la mujer fue *alieni iuris*, bajo el régimen del matrimonio *sine manu*, entonces:

Siguió bajo la autoridad de su padre (*paterfamilias*) y no del marido.

Todo lo que adquirió fue en beneficio de su padre.

Si la mujer fue *sui iuris*, bajo el régimen del matrimonio *cum manu*, entonces:

1. Se convertía en *alieni iuris*, respecto de su marido.
2. Operaba la: *sucessio in universum inter vivos*, que puede traducirse como: todo el patrimonio de la mujer pasaba íntegro al patrimonio del marido en propiedad, respecto de su matrimonio a favor de su marido.
3. Todo lo que tenía la mujer y lo que podía adquirir después pasaba a su marido o al padre de éste, según, el caso. A esto último se conoce como el régimen de absorción de bienes.

Si la mujer *sui iuris* bajo el régimen del matrimonio *sine manu*.

1. No perdió la propiedad de lo que tuvo antes de casarse.
2. Todo lo que adquiriría después de casarse fue de ella.

41 PANERO G., Ricardo. Opus cit, pág. 317

42 Opus cit, págs. 317-318

43 Opus cit, pág. 317-318

3. En este supuesto se formó lo que se conoce como el régimen de separación de bienes: cada cónyuge conserva su propio patrimonio, no obstante estaban casados.

Principios complementarios sobre el patrimonio conyugal romano.

1. La presunción *muciana*.

Conviene, para propósitos pedagógicos, precisar, epistemológicamente, lo que en derecho significa presunción: la presunción es el hecho que la ley tiene por cierto sin necesidad que sea probado, en otras palabras, lo que el derecho da por cierto hasta que no de pruebe lo contrario.

La presunción *muciana*, entonces, determinó que los bienes de la mujer casada, cuya procedencia no podía demostrar, se presumían, entonces, que esos bienes provenían del marido.⁴⁴

2. La prohibición de donaciones entre cónyuges.

Para evitar que se compre la concordia conyugal con dinero o que uno de los cónyuges caiga en la pobreza y el otro se haga rico.⁴⁵

2.1. La influencia de la prohibición en el derecho contemporáneo.

Al respecto esta prohibición está, hoy, regulada en algunos códigos.

2.1.1. El código civil italiano de 1942, regula esta figura del derecho romano en el Libro Primero: De la persona y de la familia, en el artículo 166 del siguiente modo.

*Es nulo todo acuerdo que, de cualquier modo, tienda a constituir los bienes en dote.*⁴⁶

2.1.2. El código civil del Perú de 1984, regula esta figura del derecho romano en el Libro III: Derecho de Familia, en el artículo 312 del siguiente modo.

Artículo 312

Los cónyuges no pueden celebrar contratos entre sí respecto de los bienes de la sociedad.

El código civil del Japón de 1898, revisado en 1947 regula esta figura del derecho romano en el Libro IV: De la Familia, en el artículo 754 del siguiente modo.

44 Opus cit, pág. 31

45 Opus cit, pág. 318

46 Capo VI. Del regime patrimoniale della famiglia. Sezione I. Disposizioni generali. Art. 166-bis. Divieto di costituzione di dote. "E' nulla ogni convenzione che comunque tenda alla costituzione di beni in dote".

Artículo 754. Prohibición de contratar entre cónyuges.

El contrato celebrado entre cónyuges, podrá ser anulado por cualquiera de ellos, mientras dure el matrimonio, siempre que no se perjudiquen los derechos de terceros.

IV. LA DOTE. (Dos)

Fue el conjunto de bienes que el marido recibió de la mujer o de otra persona, en su nombre, para ayudar a soportar las cargas del matrimonio.⁴⁷

La base del régimen del matrimonio romano estuvo en la regla siguiente: las *oneri patrimonio* debían ser soportadas por el marido.⁴⁸

El marido guardaba estos bienes mientras subsistía el matrimonio, pero después de su disolución debía regresarlos. Si se negaba había contra él la: *actio dotis*.⁴⁹

4.1. Características de la dote:⁵⁰

- La dote tuvo lugar solamente en el matrimonio *sine manus*.
- No fue necesario en el matrimonio *cum mano* porque en ese tipo de matrimonio todos los bienes de la mujer pasaban a ser propiedad del marido.
- La mujer *sui iuris* conservó la propiedad de su patrimonio que no estuvo comprendido en la dote.
- La dote la constituyó, obligatoriamente, el padre o el ascendiente de la novia, lo que se conoce en doctrina como *dote profecticia*.
- La dote pudo constituirla la misma novia, lo que se conoce en doctrina como *dote adventicia*.
- La dote pudo ser constituida también por un extraño, lo que se conoce en doctrina como *dote adventicia*.
- La dote se pudo constituir por acto jurídico *inter vivos*, es decir, que tienen efecto en vida de los sujetos que lo celebran.
- La dote pudo ser constituida también por acto jurídico *mortis causa*, es decir, que tienen sus efectos jurídicos después de la muerte de uno de los sujetos que celebró dicho acto. El ejemplo por excelencia de este tipo de actos jurídicos es: el testamento, que lo formula el testador cuando vive, pero sus consecuencias se verifican después de su muerte.

47 ERRAZURIZ, Maximiano. Apuntes de derecho romano. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1982, pág. 67

48 CASIONE, Cosimo. Opus cit, pág 60.

49 MACKELDEY, Ferdinand. Opus cit, pág. 336

50 Opus cit, págs. 67-68

4.2. Clasificación de la dote

Dote profecticia.- Fue la que constituyó el padre o el ascendiente de la mujer.⁵¹

Dote adventicia.- Fue la que constituyó la mujer con su fortuna particular o cualquier persona extraña.⁵²

Dote recepticia.- Se llama así cuando el que la constituye ha pactado que se le restituya, recuperando así sus bienes.⁵³

4.3. Etimología de la palabra dote:

La palabra *dote* provino del latín: *dos* que comporta la idea de: dar y de donar.

En el derecho romano clásico, dote equivalió a: *res uxoria*, es decir, bienes de la mujer que ésta da al marido.

Asimismo, fue una institución que estuvo sujeta a condición, dependiendo que se celebrara el acto jurídico del matrimonio.⁵⁴ *Neque enim dos sine matrimonio esse potest*: Lo que puede traducirse como: en efecto, no se puede dotar sin que se haya realizado el matrimonio.

4.4. Destino y restitución de la dote

Disuelto o extinguido el matrimonio, la dote careció de razón de ser y por lo tanto hubo de restituirse al que, en su momento, la constituyó.⁵⁵

4.4.1. El destino de la dote en el derecho arcaico:

La dote le perteneció al marido *supérstite*.⁵⁶

4.4.2. El destino de la dote en el derecho preclásico y clásico:

Como en esa época proliferaron los divorcios, se consideró injusto que el marido se quedara con la dote, impidiendo que la mujer divorciada pudiera constituir dote para un nuevo matrimonio.

La práctica fue entonces que el marido restituía la dote a la mujer a través de un: *contrato verbal (stipulatio)*.⁵⁷

4.5. ¿Qué ocurría si el marido se negaba a restituir la dote?

La mujer dispuso de dos tipos de acciones que sucesivamente se dieron en la historia de Roma:⁵⁸

51 PANERO G, Ricardo. Opus cit., pág. 319

52 Opus cit., pág. 319

53 Opus cit., pág. 319

54 Opus cit., pág. 324

55 Opus cit., pág. 324

56 Opus cit., pág. 324

57 Opus cit., pág. 324

58 MACKELDEY, Ferdinand. Opus cit., pág. 343

4.5.1. La *actio ex stipulatu de dos reddenda*. (Acción de convenio de restitución de dote)

Fue una acción contra el marido y sus herederos para la restitución de la dote.

El marido estaba obligado a restituir todo lo que había recibido, aun cuando hubiese caído en la indignencia.⁵⁹

4.5.2. La *actio rei uxoriæ*.⁶⁰

Fue una acción también contra el marido para la devolución de la dote y; a diferencia del anterior, al marido no se le pudo exigir más de lo que sus recursos le permitieron.⁶¹

4.6. La dote en el derecho contemporáneo.

La dote está, hoy, regulada en algunos códigos.

4.6.1. El código civil español de 1889, regula esta figura del derecho romano en el Libro Cuarto: De las obligaciones y contratos, Título III. Del régimen económico matrimonial. Capítulo III. De las donaciones por razón de matrimonio, en los artículos 1336 y 1342 del siguiente modo.

Artículo 1336

Son donaciones por razón de matrimonio las que cualquier persona hace, antes de celebrarse, en consideración al mismo y en favor de uno o de los dos esposos.

Artículo 1342

Quedarán sin efecto las donaciones por razón de matrimonio si no llegara a contraerse en el plazo de un año.

4.6.2. El código civil del Perú de 1984, regula esta figura del derecho romano en el Libro VII: Fuente de las obligaciones, en los artículos 1626 y 1646 del siguiente modo.

Donación de muebles por nupcias

Artículo 1626.-

La donación de bienes muebles con ocasión de bodas o acontecimientos similares no está sujeta a las formalidades establecidas por los artículos 1624 y 1625.

59 Opus cit., pág. 343

60 PANERO, Ricardo. Opus cit., pág. 326

61 MACKELDEY, Ferdinand. Opus cit., pág. 343

Donación por matrimonio

Artículo 1646.-

La donación hecha por razón de matrimonio está sujeta a la condición de que se celebre el acto

Los bienes parafernales

Son los bienes propios de la mujer que están fuera o al margen de la dote. Estos tipos de bienes solo existieron en los matrimonios de mujeres *sui iuris, sine manu*.⁶²

Los bienes parafernales estuvieron constituidos por: los muebles, las joyas, los utensilios domésticos, los créditos y los predios.⁶³

Las donaciones antes del matrimonio (*donatio ante nuptias*)

En Roma era frecuente que el novio hiciera regalos (donaciones) a la novia con motivo de *los sponsales*, es decir, la promesa recíproca de matrimonio futuro, inspiración de los pueblos orientales, los cuales cumplían un doble objetivo.

Por un lado asegurar a la mujer un patrimonio en caso de disolución del matrimonio y por otro lado servir de contradote.⁶⁴

La *donatio ante nuptias* fue desconocida hasta el emperador *Justino*, quien, por cierto, fue emperador romano de oriente o llamado también bizantino; reinó entre los años 518 al 527 d.C. Fue antecesor de Justiniano quién es el más famoso de los emperadores de oriente y que gobernó entre los años 527 al 565 d.C., *Justino* la admitió como una nueva figura jurídica de derecho romano.

Con el tiempo la *donatio antenuptias* cambió de nombre y hoy se le conoce como: *donatio propter nuptias*, es decir, donación por razón o causa de matrimonio.

62 PANERO, Ricardo. Opus cit., pág. 327

63 Ibidem, pág. 327

64 Ibidem, pág. 328

CONCLUSIONES

1. Se ha pretendido, en el presente artículo, desterrar la idea que el derecho romano es ciencia esotérica, monopolio de un grupo de eruditos.
2. De esta manera se prendió transmitir la idea que el derecho romano puede ser una disciplina popular.
3. El derecho romano, en efecto, ha desaparecido como derecho positivo, pero sigue vigente, entre nosotros, no sólo en su dimensión histórica, sino también en su dimensión pedagógica, como lo señaló el profesor Giovanni Lobrano.
4. La dimensión pedagógica no ha terminado todavía porque la experiencia jurídica actual nos demuestra que seguimos resolviendo situaciones humanas con las reglas del derecho romano.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUDO RUIZ, A. **Oriente y Occidente: dos modelos de enseñanza del derecho romano**, REDUR 8, diciembre 2010, (REDUR) [Documento en Línea]. Disponible: www.unirioja.es [Consulta: 2012. Julio 08].
- ALZAMORA, Lizardo. **Derecho romano**. Revisado y anotado por Lizardo Alzamora Silva. Lima: [Tall. de Linotipia], 1946.
- CASIONE, Cosimo. **Manuale breve diritto romano**. Milano. Percorsi. 2007.
- D'ANGELO, Ana. **Istituzioni de diritto romano e cenni di diritti dell'antichità**. V. Edizione. Seria Manuali. Napoli. Grupo editoriali Esselibri-Simone. 2007.
- ERRAZURIZ, Maximiano. **Apuntes de derecho romano**. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1982.
- FLORIS MARGADANT S-S, Guillermo. **El significado del derecho romano dentro de la enseñanza jurídica contemporánea**. México. Universidad nacional Autónoma de México. 1960.
- HUGO, Gustavo. **Historia del derecho romano**. Traducida del alemán al castellano por Manuel Casado Tello. Madrid. Establecimiento tipográfico de Rivera. 1850.
- LOBRANO, Giovanni. **XVII Congreso Latinoamericano de Derecho Romano** realizado en la PUCP en el mes de julio del año 2011. Entrevista. [Documento en Línea] <http://puntoedu.pucp.edu.pe/entrevistas/el-derecho-romano-tiene-un-papel-importante-en-la-formacion-del-jurista-y-de-su-pensamiento-democratico>. Disponible: [Consulta: 2015. Julio 08]
- PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo. **Derecho romano**. Valencia. Tirant lo Blanch, 2004.

- MACKELDEY, Ferdinand. **Elementos de derecho romano.** Teoría de las Institutas. Madrid: 1876.
- RODRÍGUEZ PASTOR, Carlos. **Prontuario de derecho romano.** Lima. Imprenta americana. 1938.
- SANFILIPPO, Cesare. **Istituzioni de diritto romano.** Décima edizione. Rubbettino Editore. 2002.
- SERAFINI, Felipe. **Instituciones de derecho romano.** Barcelona. Hijos de Espasa. s/f.
- TROPLONG, Raymond Théodore. **La influencia el cristianismo en el derecho romano.** Traducido por Manuel de Zequeira y Caro. La Habana. Imprenta del gobierno. 1847.
- VARELA STOLLE, Antonio. **Esplicaciones (sic) históricas elementales del derecho romano.** Madrid 1858.

GALERÍA DE FOTOS



Junta Directiva 2014-2015. Ceremonia De Juramentación. Enero 2014.



Ceremonia de Condecoración por el 4to Aniversario Institucional, en la foto de izquierda a derecha, doctor Pedro Cartolin Pastor – Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, doctor Jesús Rivera Oré – Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur, doctor Víctor Ticona Postigo – Presidente de la Corte Suprema, doctor Pablo Talavera Elguera – Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura y el doctor Iván Noguera Ramos – Miembro del Consejo Nacional de la Magistratura.



Campaña en Beneficia a la madre de Lima Sur. Foto de izq. a der.: Oficial Mayor Ma. Antonieta Sánchez; Director de Ética Óscar Zúñiga; Directora de Bienestar; Vice Decano Roberto Romo, Directora de Biblioteca Rosa Cabrera.



Campaña médica organizada por la Dirección de Bienestar Social. En la foto, la Directora de Bienesta Social Cecilia Alegría Trujillo. Mayo 2015.



Justicia en tu comunidad, organizado por la Corte Superior de Lima Sur.



Abogados de la orden brindando asesoría.



Jueces Superiores apoyando este evento de Justicia en tu comunidad junto al banner del Colegio. Foto: izq. a der. Dra. Carmen Julia Cabello, jueza Suprema, tercero Dr. César Sahuanay Pte. de la Corte Lima Sur 2014.



**ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS
LIMA SUR**

ESIN COSTO!

**DIPLOMADO
DE ALTA ESPECIALIZACIÓN EN LA NUEVA
LEY PROCESAL DE TRABAJO**

DEL 2 DE JULIO AL 10 DE SEPTIEMBRE DEL 2015
HORARIO: 5:30 - 7:30 pm

FECHAS	
JULIO:	Jueves 2 Jueves 16 Jueves 23
AGOSTO:	Jueves 6 Jueves 13 Jueves 20 Jueves 27
SEPTIEMBRE:	Jueves 3 Jueves 10

PONENTES	
 Dr. Raúl Muñoz Guzmán	 Dr. César Yangoly Ibarra
 Dr. José Rojas Flores	 Dr. Javier Ancochea Vela
 Dr. Guadalupe Jorge Rojas	

- 110 horas académicas
- Método para el Consejo Nacional de la Magistratura.
- Presencial.
- Horario: 5:30 - 7:30 pm.
- Las clases serán prácticas y con participación del alumno.
- Se entregará material de estudio y diplomas.
- Vacaciones laborales.
- Coffee break.

CONVENIOS

DR. JESUS ANTONIO RIVERA ORE
DECANO ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS LIMA - SUR
LUGAR: AUDITORIO DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA SUR

Diplomado en Laboral organizados por nuestra Orden, totalmente gratuito para nuestros agremiados.



Gran acogida en el Diplomado de Derecho Procesal Laboral. En la Mesa el Dr. Gino Yangali, Juez Superior de Lima.



Clausura del Diplomado en Derecho Procesal Laboral, por el Director de Defensa Gremial Felipe Villacorta Usca y el Director Académico Dioner Arévalo Villacorta.



Ceremonia de Incorporación en el cual se condecoró como Miembro Honorario al doctor Vicente Sánchez Rodríguez - Decano del Colegio de Alcalá de Henares de la ciudad de Madrid, España, asimismo asistieron a este evento el doctor José Palomino Manchego, el doctor Pedro Cartolin Pastor, el doctor Jesús Rivera Oré- Decano Colegio de Abogados de Lima Sur, y un representante de la Universidad de Alcalá de Henares de la Ciudad de Madrid – España.



Ceremonia de Incorporación.



Curso de Practica Forense, curso obligatoria para realizar la colegiatura. En la foto el Director Académico, Dr. Dioner Arévalo presenta a los profesores del curso.



Justicia en tu Comunidad, el Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur, siempre apoyando a este aporte a la comunidad.



MOTIVENSA
Editora Jurídica

Este libro se terminó
de imprimir en Noviembre del 2015

Telefax: 4237644
www.motivensa.com
ventas@motivensa.com
LIMA – PERÚ